

Capítulo III

Los Ombudsman especiales y/o sectoriales

Hasta aquí nos hemos referido a lo que conocemos como el Ombudsman clásico o típico; aquel que ha servido de fundamento para formular la teoría de base respecto a las características jurídicas y a las peculiaridades de esta figura. Para Rowalt, tres son en resumen los rasgos típicos que caracterizan a este funcionario:

- 1) El Ombudsman es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución, que vigila la administración. 2) Se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y errores administrativos, y, 3) Tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas.¹

Para varios tratadistas de diversas latitudes, estas notas definitorias conforman el marco teórico que sirve para distinguir al Ombudsman clásico de otras figuras que en mayor o menor medida² se parecen a la original. Algunos de ellos opinan que las otras figuras, por muy similares que parezcan sus características o por muy nobles que puedan ser sus acometidos, son *seudoombudsman* o simplemente son Ombudsman sectoriales o especiales. Es decir que responden a intereses específicos, parciales, y que sobre todo ya no son nombrados por el Parlamento sino en algunos casos por el Ejecutivo.³ Algunos tienen la calidad de nacionales y otros son municipales, regionales, provinciales, cantonales de los *Länder* o como se los conozca de acuerdo con la organización política del país; otros son nombrados con fines específicos

1 Rowalt: *El Ombudsman...*, o. cit., pp. 38-39. Sobre esto el autor comenta: "ahora es probable que cualquier clase de funcionario que se encargue de quejas o apelaciones, en cualquier tipo de organización, sea erróneamente designado como ombudsman, para obtener el apoyo popular a sus actividades. Es muy fácil perder de vista los rasgos esenciales de los sistemas originales de ombudsman".

2 No nos vamos a ceñir a la clasificación estricta que hace Rowalt con respecto a quien designa al Ombudsman. Sin dejar de reconocer las características fundamentales, dejaremos abierto un espectro más amplio para conocer las actividades de los Ombudsman sectoriales o especiales debido a la importancia que éstas pueden tener para los "Ombudsman clásicos" que abarcan diferentes áreas, sobre todo debido a la diversidad de campos que da lugar la cobertura de los diversos derechos civiles.

3 Muchos de ellos discuten inclusive sobre todo acerca de las figuras del Comisionado de Inglaterra y del Mediador francés, cuyas peculiaridades, como hemos descrito, presentan variaciones que difieren del modelo original. Cf. Peñón Rivero: art. cit.; Patrice Verrier: "Le Médiateur", *Revue de Droit Public et de la Science Publique*, VII-VIII, 1973; Fairen Guillén: o. cit.

para proteger ciertas áreas de servicio público, como por ejemplo, la prestación de salud, la policía o el servicio militar. Sin embargo, existen otros que nacen de la iniciativa privada y que “irónicamente” son nombrados por los mismos grupos interesados en que exista un control o un medio de canalizar las quejas de sus clientes, usuarios o consumidores; es el caso de los Ombudsman de los bancos, de los servicios financieros, de los servicios legales, de los funerales, de los seguros, etc. Sin restarles la importancia que merecen —puesto que muchos de ellos tienen su punto de partida en los mismos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente—, en esta sección conoceremos algunas de sus clases, sus características, sus atribuciones, su jurisdicción y, lo más importante, procuraremos entender el porqué de su existencia, conociendo cuáles fueron las razones, motivos y necesidades que gestaron el nacimiento de estas nuevas figuras.

1. El Ombudsman para Asuntos Civiles en Alemania

El primer Ombudsman para Asuntos Civiles (*Bundesbeauftragter für den Zivildienst*) fue creado en Alemania en mayo de 1974 por iniciativa del premier Kohl, quien figuraba como un líder progresista de Renania, preocupado de proteger los derechos de los ciudadanos contra los abusos de poder de las instituciones públicas. Luego de un gran debate político sobre los cambios en las elecciones, el resultado final fue que el Ombudsman fue excluido de la Constitución del estado o *Land* y fue instituido como un comisionado permanente en el Comité de Peticiones Nacional (*Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz*). Cada una de las solicitudes que el Parlamento del estado federado de Renania o el Comité de Peticiones (*Petitionsausschuss*) reciben, debe ser comunicada al Ombudsman para Asuntos Civiles (*Bürgerbeauftragter*)⁴ como miembro del Comité de Peticiones.

Como un comisionado permanente, el Ombudsman para Asuntos Civiles tiene el deber, en el marco de la ley del control parlamentario de los estados federados, de tomar el lugar de los ciudadanos para fortalecer su relación con la autoridad administrativa. También es su misión actuar, sea por solicitud del estado federado, de la Comisión de Peticiones o por cuenta propia, y ocuparse de solucionar los inconvenientes o los asuntos ilegales de los

4 Rechtsnormen betreffend den Bürgerbeauftragten, II. Landesgesetz über den Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz, vom 3. Mai 1974, i. d. F. vom 5. November 1974: (Ombudsman para Asuntos Civiles, capítulo II, artículo 1, “De las funciones”, incisos 1, 2 y 3): “A.: Aufgaben: (1) Der Bürgerbeauftragte hat die Aufgabe, im Rahmen des parlamentarischen Kontrollrechts des Landtags die Stellung des Bürgers im Verkehr mit den Behörden zu stärken. (2) Der Bürgerbeauftragte wird seinem Auftrag gemäß tätig, wenn er durch Eingaben an den Landtag oder an den Petitionsausschuss oder in sonstiger Weise hinreichende Anhaltspunkte dafür erhält, daß Stellen, die der parlamentarischen Kontrolle des Landtags unterliegen, Angelegenheiten von Bürgern rechtswidrig oder unzweckmäßig erledigt oder erledigt haben. (3) Eingaben an den Landtag oder an den Petitionsausschuss sind dem Bürgerbeauftragten zuzuleiten”.

ciudadanos. Toda persona tiene el derecho de dirigir sus peticiones, sea por escrito u orales, al Ombudsman de Asuntos Civiles, quien además está en la obligación de ayudar a los que se sienten afectados a aclarar sus demandas y a determinar si ellas están dentro de su jurisdicción, la cual excluye a las autoridades de gobierno locales. Sin embargo, de todo el resultado de su labor el Ombudsman tiene la obligación de comunicar por escrito al solicitante. Todos los asuntos que sean de competencia del estado federado o que le corresponda solucionar a la Comisión de Peticiones deben ser tramitados por el Ombudsman para Asuntos Civiles.

Entre las atribuciones que tiene está la de dirigirse a todas las autoridades administrativas del estado federado, así como a las corporaciones, a los institutos y las fundaciones de derecho público que estén bajo la vigilancia del estado federado para solicitar información, ya sea oral o por escrito, con capacidad para examinar los archivos y documentos y acceso a las organismos administrativos de su jurisdicción. Las mismas atribuciones tiene para con las personas jurídicas de derecho privado, los organismos sin capacidad jurídica y las personas naturales. Esta capacidad para investigar y tomar acciones cuando recibe suficiente información de que alguna institución sujeta al control parlamentario ha actuado ilegalmente lo convierte en una de las pocas autoridades alemanas que puede investigar por iniciativa propia, al igual que el Ombudsman sueco o el escandinavo.

Sin embargo, su capacidad para solicitar una revisión o comprobación está limitada en ciertos casos cuando la competencia o la posibilidad de acción jurídica de una autoridad nacional no lo autoriza, cuando se trata de un proceso judicial que ha sido legalmente concluido; cuando se trata de un sumario administrativo su opinión imparcial es admisible siempre que se refiera a un retardo o demora en el procedimiento; cuando se le requiere para intervenir en un procedimiento judicial en trámite o cuando se trata de verificar una decisión judicial su comportamiento es actuar como parte interesada o aportando con una conclusión válida en el proceso judicial. El Ombudsman para Asuntos Civiles puede prescindir de opinar cuando el solicitante no le ha proporcionado su nombre o su datos completos, cuando su petición no es concreta y cuando se trata de la forma o el contenido de un hecho punible.

Su condición de objetividad y los conocimientos fundamentados en su función le dan la oportunidad de opinar sobre la reglamentación y el procedimiento, asuntos de los que participa al Comité de Peticiones; debe informar dentro del plazo adecuado o por solicitud sobre el motivo de la medida adoptada, el avance o el resultado del asunto. Cuando no está conforme con una regulación puede dar su interpretación y presentar su propuesta al Comité de Peticiones, el cual puede encargarle que complete la investigación.

Toda la administración y oficinas de gobierno del estado federado, así como las corporaciones, instituciones y fundaciones de derecho público que estén bajo su control, tienen la obligación de asistirlo en su labor.

El Comité de Peticiones y el Parlamento del estado federado pueden en cualquier momento requerir de los informes o la presencia del Ombudsman, quien puede siempre asistir e intervenir en las reuniones del Comité de Peticiones. Cada año, hasta el 31 de marzo, debe presentar un informe escrito de actividades y discutirlo frente al Parlamento y con la presencia de las comisiones que pueden solicitarle que se pronuncie sobre un determinado tema; el Comité de Peticiones, una fracción o una quinta parte de los miembros, pueden solicitarle en cualquier momento un informe sobre algún caso en particular.

El Ombudsman para Asuntos Civiles tiene la obligación, aun luego de haber cesado en sus funciones, de guardar en completa reserva todos los asuntos de que haya llegado a conocer en su cargo oficial. Esta disposición de mantener en secreto la información también se aplica a todos quienes hayan tenido conocimiento de oficio o de hecho notorio o a todos aquellos de quienes se haya requerido su opinión. Tampoco debe dar explicaciones de los asuntos que están bajo la obligación de ser guardados en estricta reserva, ni con autorización judicial ni sin ella; la autorización le corresponde al presidente del Parlamento únicamente luego de escuchar a los respectivos ciudadanos y a los respectivos miembros del Parlamento. Esta disposición legal obligatoria permanece inalterable para no romper con la disposición democrática de la Constitución que pone en peligro el derecho a la libertad.

2. El Ombudsman para los Intereses de los Extranjeros en Alemania

Hace más de cuarenta años, la entonces joven República Democrática Alemana abrió las puertas a los extranjeros. Con el primer contrato de trabajadores por enganche italianos se inicia la historia de un país de inmigrantes que no ha cesado hasta hoy día. A fines de 1994, según las estadísticas oficiales, alrededor de siete millones de extranjeros vivían en Alemania; la mitad de ellos había permanecido ya por más de diez años en el país y muchos con dos o tres generaciones consideraban a Alemania como su segunda patria. En este sentido el término *extranjero* es un concepto que día a día se modifica; sin embargo, para los fines legales este concepto no tiene que ver con la voluntad de estos inmigrantes de permanecer o no en el país, sino con la necesidad apremiante del gobierno de formalizar su calidad legal y de hacer llevadera la convivencia social de estos grupos.

Varios intentos por tratar de modificar las leyes con respecto a los extranjeros, debates y posiciones políticas sobre la conveniencia de aplicar los principios del *ius sanguinis* o del *ius soli*, así como el facilitar los procesos de naturalización, no han tenido la acogida mayoritaria en el Parlamento. Mientras tanto, conflictos políticos y étnicos como los de Turquía, Argelia, las antiguas Yugoslavia y Unión Soviética, Polonia y otros, siguen incrementando el grupo de inmigrantes; a ello se suma la situación de los trabajadores por contrato extranjeros que residían en los nuevos estados federados de la antigua Alemania Oriental. Ya el término *extranjero* no resulta suficiente para definir a toda la variedad de inmigrantes, refugiados, asilados, jóvenes y niños extranjeros (*ausländisch*) y, por añadidura, con pasaporte extranjero; pero lo más grave se produce cuando en la descripción entran en juego otros temas más importantes para la existencia diaria, como son los de los niños, jóvenes, mujeres, desocupados, educación, cultura, medios, religión, delitos, salud y otros. Entonces la única solución posible es hablar de *integración*, de incorporar a las políticas para los extranjeros las posibilidades y condiciones que les permitan llegar a la integración del país y, luego, de los ciudadanos de la Comunidad Europea. Este doble proceso no puede ser logrado sino con una política planificada que parta de un conocimiento concreto de la realidad, y quien mejor la conoce es el Ombudsman de los Extranjeros.

En 1978 el Gobierno de la República Federal Alemana concretó finalmente la idea de la creación del Comisionado para la Integración de los Trabajadores Extranjeros y los Miembros de sus Familias (*Beauftragter für die Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen*).⁵ La idea central de su creación fue la de evitar que el empleado extranjero regresara a su país de origen, y procurar que preferentemente permaneciera en Alemania. A partir de 1991, el nombre de dicha dependencia fue cambiado por el de Comisionado del Gobierno Federal para los Intereses de los Extranjeros (*Beauftragte der Bundesregierung für die Belange der Ausländer*). Con este cambio de nombre se pretendió modificar la condición de aislamiento de los trabajadores extranjeros en Alemania, propendiendo a que sus intereses sean tomados en cuenta como aspectos de integración definitiva al país.

En virtud del acuerdo ministerial del 14 de noviembre de 1991 se instuyeron las obligaciones del Comisionado, cuyo campo de actividades depende institucional y logísticamente del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social y del grupo de trabajo interministerial que mantiene el ministro de esa cartera, por lo cual todos los departamentos de gobierno están llamados a proteger y asistir al Comisionado para los Intereses de los Extranjeros en el

⁵ Beauftragter der Bundesregierung für die Belange der Ausländer: *Bericht des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Ausländer* (Informe del Comisionado del Gobierno Federal para los Intereses de los Extranjeros), Bonn, 1995.

cumplimiento de sus obligaciones. El equipo de trabajo con el que cuenta está integrado por funcionarios que dependen del Ministerio; el departamento lo conforman en total dieciséis personas repartidas entre la administración con sede en Bonn y dos representantes en Berlín.⁶

Este funcionario es responsable de los empleados extranjeros y de todo extranjero que tenga permiso de estadía en el país, ya sea por un convenio bilateral entre Estados, el convenio de la Unión Europea o por un contrato de servicios, así como de los miembros de sus familias, con la excepción de los asilados que enfrenten un proceso judicial. Está llamado a proteger y asesorar acerca de las gestiones y política sobre asuntos exteriores del gobierno, por lo cual también está encargado de hacer sugerencias sobre el desarrollo de las políticas integracionistas en el ámbito de la integración europea, y a tomar parte en las iniciativas de integración que lleven a cabo los gobiernos federales o municipales o los grupos particulares que tengan como fin promover las buenas relaciones entre nacionales y extranjeros y la protección de éstos. Debe mantener el contacto permanente con los centros de asistencia social, los representantes de los empleadores, los sindicatos y un sinnúmero de asociaciones, comités y locales que promueven esta iniciativa.

En los casos de conflictos entre ciudadanos alemanes y extranjeros, el Comisionado debe actuar como un intermediario para reivindicar la convivencia pacífica. Para la prevención de estos problemas tiene tareas específicas que realizar, como instruir sobre los derechos y las obligaciones de cada persona a través de seminarios o charlas abiertas para diversos grupos sociales. En el marco de esta tarea de difusión pública, el Comisionado mantiene también informada a la prensa sobre sus funciones y las condiciones políticas de los extranjeros, así como también sobre otros asuntos de difusión cultural.

El Comisionado está llamado a tomar parte en la preparación y discusión de proyectos de ley y todo lo relacionado con los asuntos que disponga la resolución ministerial, para lo cual debe mantenerse en contacto e intercambiar opiniones sobre el tema tanto con los miembros del Parlamento como con los de los gobiernos federales y sectoriales; el contacto con los representantes del gobierno y sobre todo con los representantes de los antiguos países de los cuales se reclutaron trabajadores es también esencial.

⁶ De acuerdo con la división política de la República Federal Alemana, los estados federados pueden tener también un Comisionado para los Extranjeros (*Ausländerbeauftragter*) o un funcionario de alguno de los ministerios de los estados federados que atienda lo relacionado con el tema, al igual que existe una contraparte en varias ciudades y distritos. En la actualidad están registrados trece comisionados de los estados federados y ochenta y siete de varias ciudades y distritos; además existen invitados permanentes de varias organizaciones de países amigos.

3. El Ombudsman Militar en Alemania

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la República Federal Alemana tuvo que restablecer sus Fuerzas Armadas. Bajo los parámetros de la democracia, el argumento para la reforma a la Constitución fue la necesidad de crear un órgano que reforzara la supervisión y control del Parlamento para vigilar y equiparar en cierta forma el poder del Ejecutivo sobre las Fuerzas Armadas. Por consenso se aprobaron las reformas que crearon el Comité de Defensa del Parlamento, órgano con derechos y obligaciones especiales y un Comisionado de Defensa del Parlamento,⁷ funcionario que debe asegurar el cumplimiento de los derechos básicos y ayudar al Parlamento Federal (*Bundestag*) a ejercer el control parlamentario. La ley del Comisionado de Defensa⁸ define los términos de su actuación, que son los siguientes:

- 1) Bajo la dirección del Parlamento o el Comité de Defensa debe investigar ciertos asuntos especiales.
- 2) Debe hacerlo como un deber bajo su propia discreción si en el ejercicio de su derecho a visitar las tropas, a través de la comunicación de los representantes al Parlamento, recibe quejas de los soldados o, de cualquier otra forma, llega a saber de circunstancias que sugieran que los derechos básicos de los soldados o los principios básicos de la conducción interna (*Innere Führung*) han sido violados.

El argumento para su creación resalta el espíritu de las nuevas Fuerzas Armadas dentro de un Estado liberal donde las libertades individuales de las personas sean igualmente compartidas por los oficiales de las Fuerzas Armadas y sus derechos también estén bajo la soberanía de la ley, y no del abuso del poder que caracterizó al régimen nazi. Además, se pretendía que a través de un procedimiento legal fueran protegidos por un control parlamentario que asegurara el principio interno del liderazgo militar (*Grundsätze der Inneren Führung*) y el desarrollo de su estructura interna. Este liderazgo interno comprendía asimismo normas de comportamiento moral para el ejercicio del mando que no podían ser descritas en reglamentos internos. El objetivo final era integrar a los soldados de la República como ciudadanos uniformados y a las Fuerzas Armadas como parte de la sociedad y del Estado, vínculo fundamental entre la misión del ejército y el orden constitucional. La jurisdicción del Comisionado de Defensa es aplicable

⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland GG (Constitución de la República Federal Alemana): artículo 45 b (El Comisionado de Defensa del Parlamento): "Zum Schutz der Grundrechte und als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle wird ein Wehrbeauftragter des Bundestages berufen. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz".

⁸ Wehrbeauftragter des Bundestages: Ley del Comisionado de Defensa del Parlamento de junio 16 de 1982, última reforma de marzo 30 de 1990 y el Reglamento del Parlamento Federal del 2 de julio de 1980.

únicamente a las personas dentro del servicio activo militar y no a los empleados civiles de las Fuerzas Armadas Federales.

Fuera de esta actividad de control interno y resguardo de los derechos fundamentales, el Comisionado no está autorizado a ejercer ninguna función para asistir al Parlamento en el campo de la defensa. Si el Parlamento Federal o el Comité de Defensa le asignan alguna tarea de investigación específica, será dentro del amplio espectro de la defensa de los derechos constitucionales, pero de ninguna medida preventiva en los aspectos de la defensa nacional.

Cuando el Comisionado de Defensa requiere de información específica, puede dirigirse oficialmente y solicitarla al Ministro de Defensa y todas las agencias y personas bajo su mando. Puede pedir la información, el acceso a los archivos o los informes generales de disciplina de las autoridades de las Fuerzas Armadas. Puede también visitar los cuarteles, regimientos militares, oficinas administrativas y otros establecimientos de las Fuerzas Armadas Federales en cualquier momento y sin previo aviso. Además tiene la libertad de estar presente en la cortes para escuchar en las audiencias las acciones disciplinarias y penales concernientes a su campo de acción y a la responsabilidad encomendada; consecuentemente también tiene acceso a los registros y los archivos del fiscal. Sin embargo, la autoridad del Comisionado no incluye dar instrucciones ni sugerir directrices al Ministro de Defensa ni a ninguna otra autoridad que esté bajo su control, puesto que su poder es el de un órgano auxiliar que no puede extralimitarse de la misma capacidad que tiene el Parlamento.

Las sugerencias del Comisionado de Defensa no dan lugar a iniciar ningún proceso; se limitan por regla general a ser tomadas en cuenta por las autoridades competentes; a menos que ellas piensen lo contrario, deben justificar que dicha información lo amerita. De esta forma el Comisionado, haciendo uso de su poder, actúa para llamar la atención de una autoridad superior o del Ministro de Defensa.

La Ley del Comisionado de Defensa otorga a cada soldado el derecho a dirigir reclamos directamente, sin intermediarios, al Comisionado; éste actúa como una institución legal especial a la que pueden apelar en cualquier momento y sin temor a sufrir castigos disciplinarios por ello. El Comisionado examina si dichos reclamos tienen sustento en los derechos y principios que él ampara; de ser así, el procedimiento por regla general es llamar la atención a la autoridad respectiva y requerir que el asunto sea estudiado y comentado. Una vez que la autoridad recibe dicha petición, debe emitir un informe aclarando el malentendido y corregir cualquier deficiencia que haya llevado al reclamo. Este procedimiento tiene también un efecto suspensivo cuando el asunto del cual trata el reclamo también está siendo investigado como una acción disciplinaria, criminal o administrativa por otro Comisionado de Defensa; entonces la política es de no interferir con el trabajo personal de ningu-

no de ellos y suspender cualquier otra investigación hasta que se tome una decisión final.

El Parlamento controla las actividades del Comisionado a través de informes individuales sobre cada asunto y también a través de un informe anual que éste tiene la obligación de elaborar y de justificar si así lo requiere el Parlamento durante el debate en las sesiones del plenario. Aparte de esta deliberación, el Comisionado tiene que estar en contacto permanente con el Parlamento y en especial con el Comité de Defensa, con el cual tiene la oportunidad de dialogar constantemente sobre los asuntos de su competencia.

La elección del Comisionado de Defensa se hace mediante el voto secreto de la mayoría de miembros del Parlamento, sin previo debate, y es designado por el Presidente del Parlamento. Entre otros, quienes pueden postular un candidato son el Comité de Defensa y las fracciones parlamentarias. Puede ser Comisionado de Defensa, según la ley establece, cualquier alemán mayor de treinta y cinco años de edad que haya hecho por lo menos un año de servicio militar obligatorio y que cumpla con los demás requisitos establecidos para ser miembro del Parlamento.

El período de sus funciones es de cinco años, luego de los cuales puede ser reelecto. No puede ejercer ninguna otra actividad, práctica o profesional, ser miembro de una mesa directiva, una dirección administrativa o cualquier empresa que tenga fines de lucro; tampoco pertenecer a ningún cuerpo legislativo a nivel federal o local. Como autoridad pública, tiene el mismo trato que le corresponde a un ministro federal. Sus funciones pueden cesar por su propia dimisión, por separación del cargo a requerimiento del presidente del Parlamento o por la muerte del funcionario.

El Comisionado de Defensa tiene un equipo de trabajo dividido en varias secciones; el personal de cada una se adecua al número de reclamos que se reciben. El Comisionado puede ser representado por su secretario ejecutivo.

4. El Ombudsman para la Protección de Datos en Alemania

El interés por proteger los datos y la iniciativa de legislar al respecto empieza alrededor de los años setenta en Francia y Canadá; sin embargo, ya desde 1968 en los Estados Unidos las agencias privadas de información contaban en sus estatutos con regulaciones especiales sobre ello. En Alemania la iniciativa fue tomada por el Parlamento del estado de Hesse en 1969, el que por ley estableció una Oficina Central de Procesamiento de Datos (HZD) y otros centros de cómputo de la administración pública para el extenso trabajo automatizado administrativo de rutina —pago de impuestos, estadísticas, salarios, etc.—, todo ello con el afán de planificar el desarrollo del estado de

Hesse. Al año siguiente, 1970, el Gobierno demandó la necesidad de la creación de una ley para la protección de datos para el sector administrativo.⁹

Desde los primeros informes de labores del Comisionado de Hesse, se cuestionó cuál es el contenido y la extensión de los derechos personales; su respuesta fue que la esfera de la privacidad no se puede definir tan fácilmente y propuso el total anonimato para los datos personales. Esta propuesta, sin embargo, complica los casos en los cuales esta información debería permanecer solo para uso interno; siendo así, la disposición legal de permitir el acceso a otras personas autorizadas no se puede cumplir. Por otra parte, la confidencialidad de esos datos tampoco puede ser total, como en el ejemplo de las epidemias. En general la necesidad de conocer dichos datos debe ser examinada por cada área por separado y sin perder de vista un interés equitativo entre la necesidad de protección y la necesidad de información pública. De allí que existen varias regulaciones específicas que deben ser contempladas, como en el caso de la salud pública.

Otro problema que describe en su informe es el relacionado con los datos que se han librado para una autoridad específica de la unidad de la administración bajo la obligatoriedad de ser tratados confidencialmente y que pueden ser comunicados a un tercero bajo una regulación legal específica o con el consentimiento del sujeto de la información.¹⁰ Todos estos problemas, que no se referían únicamente a la protección de datos personales de las instancias administrativas sino también al uso que podían hacer de ellos los particulares, fueron tema de largas discusiones parlamentarias que duraron más de seis años, hasta que el Bundestag aprobó en 1977 la Ley Federal de Protección de Datos (Bundesdatenschutzgesetz o BDSG).¹¹

El Comisionado Federal para la Protección de Datos (*Bundesbeauftragter für den Datenschutz* o BfD) inició sus actividades a principios de 1979. Su creación dio lugar a una gran discusión sobre los sistemas de control. Podía encomendarse al propio organismo procesador de información el ejercer y asegurar un sistema de control propio de acuerdo con la disposición legal, o bien era necesario buscar otra autoridad competente pero independiente (*Fremdkontrolle*). Unos argumentaban que el sistema de seguridad legal existente era suficiente, mientras que otros opinaban que la seguridad pública no cumple los requerimientos legales. Finalmente se decidió que era necesaria

9 Herman Horstkotte: *Data Protection in Germany*, In Press, Bonn, 1992, p. 4. *Dokumentation einer Anhörung zum Referentenentwurf eines BDGS* (Documentación de una ponencia para la creación de la Ley Federal de Protección de Datos). El autor cita textualmente las palabras del primer ministro en su exposición al congreso: "In the computer age, the Data Protection Act is necessary to preserve the trust of the citizens in the state and to counter all fears that automation will reduce the area of democratic participation at state and local level".

10 Ibídem, p. 8: *Tätigkeitsberichte d. Hess. Datenschutzbeauftragten u. d. Stellungnahmen der Hess. Landesregierung 1972-1977* (Informe del Comisionado para la protección de datos de Hessen y Comentarios del Gobierno Federal de Hessen de 1972-1977).

11 Bundesdatenschutzgesetz O BDSG (Ley Federal de Protección de Datos) reformada el 20 de diciembre de 1990.

una autoridad de supervisión externa independiente a nivel estatal. Para los estados federados (*Länder*) y para los municipios (*Gemeinden*) se requerían Comisionados de la autoridad superior estatal. Al menos dos claros propósitos iniciales se concretaron: prevenir que la nueva tecnología de la informática viole la esfera privada de los individuos y mantener la separación y autonomía de los poderes del Estado sin que la tecnología de la informática sea una ventaja del Ejecutivo sobre el Legislativo.

El fundamento jurídico de esta Ley de Protección de Datos parte de los artículos 1 y 2 de la Constitución¹² y su objetivo general, que recogen los varios reglamentos de protección de datos, está descrito en el artículo 1 (“Del objetivo y del campo de aplicación de la ley”), que se refiere a la finalidad de proteger la armonía de su dignidad y su derecho a la privacidad que pueda verse afectada por el manejo de los datos personales librados.

Luego del censo de opinión pública del 15 de diciembre de 1983, se añadió a la Constitución el derecho de autodeterminación, que concede a cada persona la libertad de decidir sobre el empleo y uso de sus datos personales. La ley da la posibilidad al ciudadano de mantener la esfera de la privacidad cuando sabe con suficiente seguridad quién, qué, cuándo y en qué medida se conoce sobre su persona, para de esta forma evitar la total dependencia que puede acarrear el conocimiento de la información que el Estado guarda sobre sí.

En la actualidad, la modernización del Estado y la eficacia de la administración pública exigen el manejo de una voluminosa cantidad de datos personales de los ciudadanos. Sin la libre cooperación en la entrega de estos datos ningún organismo de servicio público podría efectuar su trabajo correctamente. Es en esta medida que el derecho a la autodeterminación debe ser resguardado por una ley mediante la cual se proteja al ciudadano, pero que no limite la tarea del Estado, que resguarde los intereses de ambas partes y que sea equitativamente proporcional. Una ley que determine y exija el mínimo de datos requeridos con un propósito definido y con un procedimiento que asegure el trato de los datos y el respeto a este derecho.

El campo de aplicación de la Ley Federal de Protección de Datos procede sin restricción para todos los servicios públicos federales y para los privados; está únicamente limitada para ciertos servicios públicos de los estados federados. Son servicios públicos nacionales las oficinas de la administración pública, los órganos de administración de justicia, los organismos, institucio-

12 Constitución de la República Federal Alemana. Artículo 1, “*Menschenwürde und Menschenrechte*” (la dignidad y el derecho de los hombres): “1) La dignidad de los hombres es inviolable. Es deber de todo gobierno electo el velar por ella y protegerla”. Artículo 2, “*Persönlichkeitsrechte*” (el derecho a la personalidad): “1) Cada persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, en cuanto no lesione los derechos de los demás ni contravenga las disposiciones del orden establecido”.

nes, corporaciones y fundaciones de derecho público que estén bajo la supervisión del Estado y ciertas asociaciones públicas, empresas de este orden, sociedades o instituciones también de derecho privado. Los servicios públicos de los estados federados son la administración pública, la administración de justicia (excepto los que se ocupan de los asuntos administrativos), otros organismos organizados bajo la competencia del estado federado o de la municipalidad y ciertas instituciones de derecho público y también de derecho privado para los cuales la Ley Federal de Protección de Datos es válida únicamente en cuanto no exista una ley similar del estado federado.¹³

Los servicios privados que no están bajo el control de esta ley son las personas naturales, las personas jurídicas y las sociedades de personas de derecho privado, siempre que no sean empresas prestadoras de servicios que tengan que observar las mismas leyes que la administración pública. Estos servicios privados caen bajo el régimen de la ley federal solamente cuando se utilizan los datos con fines profesionales, industriales o cuando son datos personales que han sido librados a través del procesamiento de datos, para lo cual también existen excepciones. Cuando se habla de datos se incluyen actas, libros, fotografías, filmes, videos, listas y grabaciones que han sido evidentemente elaborados con los datos librados, o cuando la información de los afectados no proviene de los archivos, o son datos transmitidos por otros servicios, como los que proporcionan información para brindar crédito. La legislación es aplicable para todos los bancos y registros de información, ya sea que procesen la información automáticamente o de forma manual. El procesamiento de información a cargo de instituciones privadas no es supervisado por estos organismos, sino por otras autoridades estatales.

A pesar de que esta ley cubre una amplia gama de actividades alrededor del procesamiento de datos, no es sino la base sobre la que se originan otras leyes que tienen también que ver con la protección de datos y que se relacionan con otros derechos básicos, como son la salud, la protección policial, la seguridad social, el registro civil, etc.; para cada uno de ellos existen disposiciones especiales sobre la protección de datos en otras leyes específicas, como la Ley del Registro Civil Federal, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley del Registro Central de Extranjeros, La Ley de Tránsito, que fortalecen y limitan el uso de la información. Son también de uso muy común la información que se recoge en las asociaciones de profesionales, así como en los consultorios particulares, para lo cual también existen regulaciones contenidas en sus propios reglamentos, como el del Secreto Profesional de los Médicos, la In-

13 Al respecto la competencia está claramente establecida en lo que dispone la Constitución con relación con la organización política de la República Federal Democrática y de los estados federados o *Länder* (capítulo II: *“Der Bund und die Länder”*, artículo 20-37), puesto que cada estado federado tiene su propio Ombudsman o Comisionado para la Protección de Datos.

formación Confidencial del Correo y las Telecomunicaciones, el Sigilo de la Declaración de Impuestos, la Privacidad sobre la Adopción, entre otros.

Este Comisionado u Ombudsman para la Protección de los Datos es electo por acuerdo de más del cincuenta por ciento de los miembros del Parlamento de una lista de candidatos que envía el Gobierno y es nombrado por el Presidente. El Comisionado Federal tiene que tener treinta y cinco años como mínimo para ser electo por un período de cinco años y puede ser reelecto sólo una vez. Está encargado de supervisar el cumplimiento y la protección de la información y de aconsejar al Gobierno cómo mejorar el sistema de protección de la información de las personas en lo relacionado con la privacidad a la cual ellas tienen derecho. Es independiente en el ejercicio de sus funciones en cuanto a lo que la Ley dispone, pero está bajo la subordinación del Gobierno y depende del Ministerio del Interior; es justamente el Ministro de esta cartera quien le toma el juramento en la posesión del cargo. El equipo de trabajo del que dispone está a su mando, pero la elección de este personal la hace entre el personal del Ministerio y de acuerdo con el Ministro, quien también puede encargar a un representante observar al Comisionado cuando éste en el ejercicio de sus funciones no haya cumplido con su tarea.

La labor que realiza el Ombudsman es la de investigar las quejas y reclamos que hacen los ciudadanos cuando creen que su privacidad ha sido afectada porque sus datos personales han sido revelados por las agencias estatales. En el proceso de investigación que realiza el Comisionado, estas agencias están en la obligación de brindar toda la información pertinente, salvo ciertas excepciones que se contemplan en la ley —la policía, el servicio secreto, las autoridades de seguridad nacional, el procurador general y algunos fiscales— en las cuales la información solamente puede ser revelada personalmente al Comisionado o al personal autorizado por él por escrito. Cuando la seguridad pública está en peligro, la información le puede ser negada en casos excepcionales; de lo contrario, el Comisionado puede remitir una queja formal a la institución pública pertinente y, si no recibe contestación satisfactoria, puede recurrir al Parlamento.

En la actualidad esta oficina está compuesta de más de treinta personas, la mayoría de las cuales son abogados; también hay matemáticos, ingenieros electrónicos y expertos en procesamiento de datos. El Comisionado trabaja directamente con la ayuda de un funcionario, jefe de Oficina, que está encargado de supervisar los siete departamentos de los que se compone la Oficina de Protección de Datos: asuntos de máxima importancia e internacionales; asuntos legales, financieros y de defensa; temas sociales y de personal; temas de medio ambiente, correos, salud, investigación, estadísticas, archivo, transporte y economía; policía, servicio de noticias y comprobación de seguridad; técnicas de información y telecomunicaciones; y varios, que comprenden apoyo interno en general, administración y derecho penal; cada uno

tiene su jefe de Departamento.¹⁴ Tanto el Comisionado como su grupo de trabajo están siempre involucrados en discusiones públicas sobre procesamiento de datos, protección de éstos en la administración pública y en la elaboración de nuevas leyes para regular el tráfico de información en la seguridad social, los censos y estadísticas y las oficinas de registro. También cumplen con la labor de inspección de las agencias públicas para asegurar el cumplimiento de la ley e investigar los abusos e infracciones que se denuncian. Además, se ocupan de su tarea de relaciones públicas educando a la comunidad, comentando la legislación y difundiéndola mediante la distribución de material informativo sobre estos derechos.

Los reclamos que el Comisionado recepta son de variada índole: personas que reclaman por información obsoleta sobre su estado de salud corporal o mental que se mantiene en los registros, o por información falsa, o porque permanecen en el registro como desempleados; ex convictos que permanecen en el registro central como tales cuando ya han cumplido su pena e inclusive no constan así en los archivos policiales; personas que se sienten acosadas porque su privacidad ha sido violada; reclamos porque el servicio de inteligencia ha revelado información que no debía; información confidencial que puede ser usada por grupos subversivos o terroristas, etc. Todos estos ejemplos muestran la gran variedad de personas, grupos sociales, edades, profesiones, intereses, etc. de los cuales provienen los reclamos. Muchos procedimientos han sido modificados de acuerdo con las recomendaciones hechas por el Comisionado como resultado de todas estas demandas; sin embargo, la velocidad con que avanza la tecnología de la informática obliga a una constante labor preventiva.

Actualmente, existe la convicción de que la protección del procesamiento de datos es un componente de la correcta administración y, por otro lado, también de la obligación que tiene el Estado para asegurar que el procesamiento automático de la información sea resguardado de posibles abusos o mala utilización que terminen por perturbar los derechos y los intereses individuales de los ciudadanos; así lo demuestran los datos estadísticos que señalan que la Oficina de Protección de Datos recibe en promedio más de tres mil solicitudes por año.

La automatización de los datos y de las telecomunicaciones, así como la búsqueda de una unificación y globalización de la información, no solo a escala regional sino mundial, se puede comparar solamente con el complejo sistema nervioso del cuerpo humano, donde una falla en el sistema puede acarrear graves consecuencias. Solamente con la ayuda legal se puede pensar que este objetivo es alcanzable, y es por ello que a nivel nacional y federal

¹⁴ Joachim Jacob: *Bundesbeauftragter für den Datenschutz, Tätigkeitsbericht 1993-1994* (Ombudsman Federal para la protección de datos, Informe de Labores 1993-1994), 15. Tätigkeitsbericht, Bonn, p. 533, 1994.

existen varias instituciones de control que han ido surgiendo de la práctica y las necesidades cotidianas.

Con la creación del Ombudsman o Comisionado para la Protección de los Datos el Parlamento ha logrado una institución de control especializada en todas las áreas del desarrollo de la informática, que puede ofrecer además asistencia técnica especializada y asesoramiento legal; pero sobre todo, ha logrado que el derecho a la privacidad de las personas no quede únicamente enunciado en la ley.

5. El Ombudsman del Consumidor

En España

El punto de arranque en el cual se fundamentan la Ley de Defensa del Consumidor es evidentemente el de los derechos y las garantías constitucionales. Sin ahondar en una reflexión de filosofía del derecho, Joaquín Ruiz Giménez aborda el tema desde la perspectiva de los valores esenciales del ser humano. El uso y el consumo¹⁵ responden a necesidades básicas de la vida humana, entendida en los términos en que la concibe Ortega, como una realidad radical, es decir, vista desde el hecho biológico y psicológico, en la cual, sin el derecho al uso y consumo de las cosas, el derecho a la vida sería imposible.

Señala la conexión entre el consumidor, que es un ciudadano que consume o usuario, y los valores fundamentales, los valores que van encarnando en derechos fundamentales. Eso es en un primer punto la conexión entre el fenómeno humano del uso y del consumo de las cosas y los valores personales y sociales básicos, que por eso se elevan al rango constitucional. [...] en conexión con esto, el proceso de hacer positivas de las normas sobre el consumo, y además encarnando en una jerarquía normativa, que incluso ha llegado al nivel constitucional [...].¹⁶

Sin bien está claro que el mandato constitucional no puede perder de vista esta verdad antropológica de la relación con los demás seres humanos y las cosas en la cual el hombre vive, no se puede dejar de lado la otra perspectiva, no menos cierta para que el ordenamiento jurídico y el derecho hayan ido ocupándose cada vez más de los problemas de los usuarios. Reconoce que la expli-

15 Joaquín Ruiz Giménez: "El papel del Defensor del Pueblo en la protección de los consumidores y usuarios", *Estudios Sobre Consumo*, nº 13, abril de 1988, p. 52. "Uso es la acción y el efecto de usar, como dice nuestra Real Academia, y usar es utilizar algo, alguna cosa material e incluso un servicio para los intereses personales o colectivos de la persona que acude al uso; el uso en este sentido abarcaría todo pero hay una forma específica del uso que es el consumo, y eso el diccionario de la Real Academia lo precisa de esta manera: El consumo es el gasto de aquellas cosas que con el uso se extinguen o se destruyen. [...] Especialmente el consumo lo vamos a tener muy presente en todo lo que se refiere a los productos del sector del área alimentaria y lo vamos a tener presente en medicamentos, etc., y en cambio el uso nos permitirá tener en cuenta los servicios públicos".

16 Ibídem, pp. 51-53.

ción reside en las necesidades de una sociedad de consumo donde todo está predeterminado por el Estado, en cuanto “a las exigencias de la Justicia en la distribución de los bienes necesarios para la vida y en las limitaciones a los poderes públicos en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores”. Pero a ello hay que sumar una preocupación más grave aún: el “derecho al consumo de los que no pueden consumir porque las circunstancias económicas sociales de sus respectivos pueblos o naciones lo hacen imposible”.¹⁷

La preocupación por integrar los derechos de los consumidores y de los usuarios en la categoría de derechos fundamentales se podría decir que es una consecuencia lógica de la evolución del concepto mismo de lo que significan los derechos fundamentales. En todas las Constituciones del siglo XIX y aun en el siglo XVIII, lo más importante eran los derechos de libertad: las libertades de las personas, la libertad religiosa, la libertad de pensamiento, la libertad de asociación, de reunión, de participación; derechos cívicos y políticos ligados a un movimiento político revolucionario liberal que respondía a las necesidades sociales del momento, antes que los derechos de igualdad y solidaridad humana y las libertades propiamente económicas, sociales, culturales y medioambientales que hoy en día la conciencia colectiva se plantea.

La iniciativa de reconocer los derechos de los consumidores y usuarios y de elevarlos al plano constitucional se origina en el nivel supranacional. Son varias las razones que se plantean los organismos internacionales, como lo muestra la Declaración de la ONU de 1948, que ya reconoce ciertos derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la educación, al trabajo y a la seguridad social. Posteriormente, la Carta Social Europea de 1961 ya contiene algunas indicaciones puntuales respecto a los derechos sociales que tienen que ser asegurados por los Estados democráticos. Aunque no se habla directamente de los derechos de los consumidores, se perfila ya a los ciudadanos como portadores de ellos. Ya desde 1961, el Consejo de Europa empieza a ocuparse de los derechos de los extranjeros y de los derechos fundamentales; entre ellos los derechos de los consumidores y usuarios que se recogen en la Carta de los Consumidores, resolución del año 73 (543/73) adoptada en la Asamblea del Consejo de Europa y posteriormente en la Declaración de los Derechos del Consumidor de 1975, de la cual se derivan los siguientes principios que luego se recogen en varias Constituciones:

17 En el mismo orden de consideración están las reflexiones que nos planteamos sobre un punto clave del consumo: la publicidad, marca distintiva de las economías de mercado, que con el impacto masivo determina inclusive las actitudes y valores humanos creando contrariamente problemas de otra índole en los países más pobres, para cuya población mayoritaria dichos productos no están a su alcance o difícilmente los emplearían con sus escasos recursos. Entonces hay que estudiar cuidadosamente los términos en los cuales los problemas de los consumidores y usuarios se van integrando a la categoría de derechos fundamentales y a las normativas específicas, porque, por ejemplo, la publicidad calificada de desleal con estos agravantes necesita enfrentar mecanismos más severos de control para restringirla.

- 1) Derecho a la protección y a la asistencia: Al usuario y al consumidor se le considera de alguna manera, todavía hoy, como un menor que necesita ser protegido, ¿protegido frente a quién? Protegido frente a los abusos de la Administración, pero sobre todo frente a los abusos del poder económico de las grandes empresas multinacionales, etc.
- 2) Derecho a la reparación de daños: Los daños sufridos, cuando por el uso o consumo se le han inferido en perjuicio.
- 3) Derecho a la información: Ha de ser informado patentemente y con veracidad de qué es lo que se le ofrece.
- 4) Derecho a la educación: Es decir, que es algo más, ya desde las escuelas se está educando a la mente del consumidor para que sepa que el ciudadano no es un súbdito de la Administración y de los poderes económicos, sino que es ciudadano con plenitud de derechos.
- 5) Derecho a la consulta: Ha de ser consultado en la elaboración de normas generales la representación. Es decir, a participar de alguna manera en el proceso normativo y de la actuación administrativa. Esto en el año 73, y luego en el concepto de la Comunidad Económica Europea, en su programa preliminar y en su programa segundo, insiste muchísimo en esos cinco derechos y añade, lo precisa más, derecho a la salud y a la seguridad, derecho a la protección de los intereses económicos:
 - Derecho a la reparación de daños.
 - Derecho a la información y educación.
 - Derecho a la representación, a ser escuchado.¹⁸

Sin embargo, en el plano nacional muchas Constituciones, inclusive las de los países de la Comunidad Europea,¹⁹ tardaron en concretar estos principios y valores más o menos éticos y sociales en normas jurídicas, pues en ellos se seguían debatiendo las concepciones económico-sociales de la economía social, del libre mercado y de la crisis política marxista que estimaba que las libertades tenían resueltas las necesidades básicas; entre una mentalidad progresista y una conservadora, que pensaba que elevar al rango de derechos constitucionales los derechos del consumidor era una especie de contraposición a la idea de

18 Ruiz Giménez: art. cit., p. 55.

19 Curiosamente las Constituciones de “vanguardia”, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en las cuales se concretan los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales como educación, seguridad social y trabajo, no se mencionan explícitamente los derechos de los consumidores, aunque contienen normas que convergen a ellos; por ejemplo, en varios de los artículos, como el 73 de la Ley Fundamental de Bonn, de la Constitución de la República Federal Alemana de 1949. La misma Constitución Española de 1978 (el modelo más próximo a la nuestra), que era la última Constitución que aparecía en Europa Occidental, luego de que ya varias otras como la de Portugal habían adoptado las recomendaciones del Consejo de la Comunidad Económica Europea, termina por aprobar tras muchas discusiones el artículo 51, situado en el capítulo III del título I que lleva como subtítulo “De los principios rectores de la política social y económica” y que recoge los derechos fundamentales, definidos así en el Pacto de 1966 y que reza: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. = 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. = 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

la economía liberal del mercado y la libertad de empresas a la cual estaba ligada. Pero detrás de todo ello se anticipaban ya los riesgos crecientes que la sociedad de consumo acarreaba, el reconocimiento de los abusos de las libertades que pueden darse debido a la masificación del consumo, a la producción en serie, a la incidencia de las compañías multinacionales, a la distancia y el desequilibrio cada vez mayor entre el productor o vendedor y el consumidor o usuario, la ampliación de los mercados y de las ofertas que ponían en riesgo la seguridad, el precio, la salud, etc. En ese estado de cosas, urgía que las ciencias sociales, todas las disciplinas jurídicas y sobre todo el derecho cumpliera con la función de proteger todo cuanto concierne a los consumidores y usuarios considerándolo como un derecho fundamental garantizado por la Constitución.

Desde este punto de vista, el uso y el consumo están estructurados dentro del núcleo de los derechos y libertades fundamentales que el Ombudsman debe resguardar. No entraremos en un debate doctrinario acerca de los límites de la jurisdicción del Ombudsman o el Defensor del Pueblo en materia de defensa de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones recíprocas (civil, hipotecario, mercantil, laboral), puesto que aquello es materia de los tribunales de justicia, pero sí recordaremos los derechos de los ciudadanos frente al conjunto de las administraciones públicas y a la posición que los poderes públicos tienen en relación con la protección de los derechos de los consumidores. Como tan claramente lo expone Joaquín Ruiz Giménez:

Somos abogados del pueblo, pero siempre que se dan dos coordenadas, dos dimensiones. Una, que está en juego uno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 1 de la Constitución [...]. Y segundo, que ese derecho haya resultado infringido por actuación; pero nosotros hemos ampliado la interpretación también por omisión de un servicio público, es decir, de un órgano de una Administración Pública, desde los Ayuntamientos, a los Ministerios y las compañías de capital público.²⁰

La institución del Defensor del Pueblo español ha detectado diez áreas muy claras donde los derechos de los usuarios y los consumidores están en juego. En primer lugar está el área del consumo alimentario, que implica la custodia de la calidad de los productos, de la calidad y el precio y la vigilancia de la publicidad. La segunda área es todo lo relativo a la asistencia sanitaria, que incluye la parte farmacéutica y de medicamentos; la tercera es el área de la vivienda; la cuarta son suministros de agua y electricidad; la quinta, transportes públicos, que incluye retrasos, extravíos de equipaje, accidentes; la sexta son las comunicaciones: teléfonos, correos y telégrafos; la séptima área es la de los se-

20 Ruiz Giménez, art. cit., pp. 53-56. El autor se refiere a la Constitución española y concretamente al caso de la Oficina del Defensor del Pueblo, que presidió en 1984. Proporciona datos concretos sobre la cantidad de quejas (70%) que se refieren a este tipo de problemas de uso de servicios públicos que no funcionan correctamente.

guros; la octava, “para nosotros la más grave y la más importante”, el servicio público de la Justicia; la novena es el área del medio ambiente; y, finalmente, la décima es el área del ocio y la juguetería.

Evidentemente, hoy en día en una sociedad tan compleja —donde intervienen nuevos modelos económicos y políticos, privatización de los servicios públicos, expansión de compañías transnacionales, políticas integracionistas, la globalización del mercado, nuevas técnicas de marketing, comunicación y comercialización, etc.—, los derechos y las garantías de los consumidores y usuarios son temas de vigilancia activa y permanente replanteamiento. Todavía tienen que ser evaluados en su plenitud, pero necesariamente se debe reconocer que, para que la ley tenga un amplio efecto, deben existir alianzas y colaboradores. En sociedades con participación más activa de la sociedad civil, un colaborador obvio es el consumidor educado y las organizaciones de consumidores; junto con ellos complementa su papel vigilante el Ombudsman o el Defensor del Pueblo, y más aún —en los casos concretos como el que veremos a continuación— los Ombudsman del Consumidor, establecidos como agencias públicas con el objetivo específico de controlar, supervisar y fomentar la legislación y su cumplimiento.

En Suecia

La actual Ley de Protección al Consumidor sueca es la base sobre la cual se creó la Oficina del Ombudsman del Consumidor, así como el Tribunal de Defensa del Consumidor. Su antecedente es la Ley de Comercialización de 1971, la cual implementó un significativo cambio en la perspectiva sobre la publicidad y las prácticas de comercialización. El justificativo de más peso fue el desequilibrio que surge en el mercado libre entre los comerciantes y el consumidor cuando los comerciantes abusan del poder de fijar los precios y del regateo. Para el consumidor es fundamental la educación y las posibilidades de compensación; es decir, contar con ciertas pautas que le posibiliten una elección segura tomando en cuenta la relación calidad-precio, como son la publicidad honesta, sanas prácticas comerciales, productos de consumo seguros y términos contractuales equitativos.

Aunque la legislación básica prohíbe en términos generales una conducta comercial inadecuada o carente de escrúpulos y una comercialización inapropiada,²¹ contiene además disposiciones específicas sobre algunos te-

²¹ Ley de Comercialización de 1975, sección 2: “A un comerciante que, para la comercialización de cualquier mercancía, servicio u otro bien, promociona o realiza cualquier otra acción que, por estar en conflicto con las buenas normas comerciales o que de alguna otra manera afecte adversamente a los consumidores o comerciantes, el Tribunal de Defensa del Consumidor puede prohibirle que continúe con ella o tomar una medida similar. Asimismo, puede imponerse una prohibición a un empleado de un comerciante, como también a cualquier otra persona que haya contribuido sustancialmente a la acción”.

mas, como la publicidad engañosa, la obligación que tienen los comerciantes de suministrar información al consumidor, los términos contractuales desleales y la seguridad de los productos. Lo doctrinariamente más importante es el principio sobre el cual se basa la cláusula general sobre comercialización impropia, que es el principio de la *obligación inversa de probar*, establecido por primera vez por el Código de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (ICC). A saber, el comerciante debe ser capaz de demostrar que sus anuncios publicitarios son correctos, tema que en los países nórdicos no es materia controvertida, puesto que la ética comercial misma exige la sustanciación del anuncio publicitario.²² De no ser así, el Tribunal de Defensa del Consumidor puede prohibir el futuro uso de la actividad comercial. En algunos casos particulares —como los seguros y créditos de consumo, la publicidad del tabaco y las bebidas alcohólicas— existe una legislación que contiene requisitos más específicos aún, cuyo incumplimiento constituye también violaciones a la Ley de Comercialización. Sin embargo, en la práctica la tarea más difícil en cuanto a la protección del consumidor es la eficacia de las medidas de supervisión del cumplimiento de estas disposiciones legales. Por esta razón la ley estableció un Ombudsman del Consumidor, nombrado por el Gobierno para supervisar a los comerciantes, actuar sobre las reclamaciones e inclusive proceder por iniciativa propia.

En 1976, la oficina del Ombudsman del Consumidor sueca fue fusionada con la Junta Nacional de Políticas del Consumidor, cuyo Director General es al mismo tiempo Ombudsman del Consumidor. La oficina cuenta actualmente con más de 175 trabajadores distribuidos en varios departamentos, como investigación y análisis, vigilancia de leyes y publicaciones y el laboratorio de pruebas. El Ombudsman actúa ante el Tribunal como una especie de fiscal en nombre del interés colectivo de los consumidores. El Tribunal está presidido por un juez, asistido por un vicepresidente; cuenta además con tres miembros nombrados por el comercio y la industria y otros tres representantes de los consumidores y comerciantes. En casos de menor cuantía, puede emitir un mandato de suspensión de actividades ilegales que, de ser firmado por el comerciante implicado, tiene el mismo efecto que un mandato judicial del Tribunal de Defensa del Consumidor. Los casos que juzga el

22 La Ley de Prácticas de Comercialización noruega de 1972 comienza con una cláusula general, en el artículo 1, que dice: "En el desempeño de una actividad comercial, no debe llevarse a cabo ninguna acción que sea contraria a las buenas prácticas comerciales en la relación entre los empresarios, o que sea injustificable en relación con los consumidores". Se complementa con reglas especiales que disponen igualmente la prohibición de métodos comerciales engañosos, la prohibición de premios y loterías para buscar la promoción de ventas y expresamente la publicidad en la que se discrimina a los sexos. Se considera un tipo de publicidad desleal o ilegal cuando la publicidad de los productos que se ofertan no está respaldada por pruebas suficientes de su validez. En Noruega, el Ombudsman requiere documentación científica e imparcial de una institución reconocida; tal es el caso, por ejemplo, de los productos para adelgazar. (En los cuatro países nórdicos —Dinamarca, Finlandia, Suecia y Noruega— existe el mismo tipo de legislación, que prohíbe las prácticas de comercialización desleales y cuenta con un Ombudsman del Consumidor como organismo de supervisión.)

Tribunal pueden ser presentados por el Ombudsman del Consumidor, por las organizaciones de consumidores o por los comerciantes, quienes en la práctica son los que con más frecuencia querellan entre sí por la violación de la Ley de Comercialización.

El mejor indicador para saber dónde se concentran los problemas de los consumidores son los reclamos presentados ante la Junta de Consumidores o ante el Ombudsman del Consumidor: falsas promesas de descuentos, reducciones ficticias de precios, presiones de venta por parte de las empresas de tarjetas de crédito, productos de dudoso valor sanitario, etc. Sin embargo, existen también problemas de consumo de otro tipo, como aquellos que plantean las nuevas técnicas de marketing y que no pueden estar contemplados al detalle en los reglamentos. Las estipulaciones legales de tipo tradicional se complementan mediante las sentencias del Tribunal de Defensa del Consumidor, es decir, sentando jurisprudencia. (Más de trescientas sentencias se han elaborado en el transcurso de los años, la mayoría de las cuales se refiere a publicidad engañosa.) Además, aunque no con el carácter de vinculantes en el estricto sentido legal, la Junta de Consumidores publica las directrices relativas a la comercialización; es decir, la información que se exige a los comerciantes con relación a la publicidad, seguridad del producto, comercialización, etc., que es elaborada mediante consulta con la organización comercial pertinente y que el Tribunal de Defensa del Consumidor utiliza para emitir sus veredictos.

Al recibir una queja justificada, el Ombudsman del Consumidor intenta siempre llegar a arreglos comerciales rápidos, ya sea con los comerciantes individuales o con las organizaciones empresariales. Los propios comerciantes que tienen interés de permanecer en el mercado han desarrollado indirectamente los reglamentos siguiendo de cerca las actividades de la Junta del Consumidor y del Ombudsman; ya que en varios casos estos arreglos negociados se solucionan con la adopción de medidas voluntarias como formulaciones más claras o más orientadoras de las normas empresariales hacia el consumidor, modificación de sus anuncios, campañas de comercialización, métodos y formación del personal de ventas, utilización de términos contractuales equitativos; es decir, medidas que no sólo ayudan a mejorar la imagen de la empresa, sino que representan una indiscutible mejora de los derechos del consumidor que se reflejan en la mayoría de los casos en las decisiones del Tribunal de Defensa del Consumidor. Hay que reconocer que una de las razones para que el sistema funcione es indudablemente el hecho de que la empresa está representada en el Tribunal de Defensa del Consumidor y, por consiguiente, vinculada a los veredictos del organismo.

Es de destacar que en Suecia existe una red local para permitir el cumplimiento de la legislación de comercialización. La mayoría de las ciudades tienen en sus oficinas municipales sus propios asesores locales de consumo,

encargados de informar a los consumidores sobre sus derechos con relación a productos y servicios defectuosos. Aunque el asesoramiento al consumidor carece de competencia para emprender acciones legales, su influencia informal sobre el mercado es considerable, puesto que en la práctica, con sólo ponérse en contacto con el comerciante local, puede mantenerse una buena vigilancia del mercado. Además de vigilar las sanas prácticas comerciales, es capaz de impedir gran cantidad de publicidad dudosa, sobre todo cuando los grupos de consumidores son débiles o no están organizados ni articulados en organizaciones de consumidores. Por consiguiente, las oficinas municipales de Asesoramiento al Consumidor no sólo ayudan a prevenir los problemas de consumo y la vigilancia de las reglas del mercado, sino también a identificar problemas particulares que pueden ser tratados a través de una acción colectiva ante los tribunales ordinarios. Cuando los casos no pueden resolverse en el nivel local son comunicados a la Junta de Consumidores y al Ombudsman del Consumidor.

Las sentencias que el Tribunal de Defensa del Consumidor expide contienen la sanción de una multa²³ predeterminada y especificada en la orden del Tribunal. A pesar de que el derecho penal desempeña un papel limitado para los casos de fraude en el área del consumo, un comerciante que haya actuado intencionalmente utilizando descripciones engañosas con el fin de aumentar la demanda de sus productos puede, según la sección 6 de la Ley de Comercialización, ser multado e incluso condenado a prisión. Basado en esta estipulación y con la autorización del Ombudsman del Consumidor, el fiscal puede instituir acciones penales contra un comerciante en un tribunal ordinario.

En la actualidad, un tema que está siendo cada vez más debatido y elaborado es el del carácter informal de la aplicación de la ley en un mercado más internacional con motivo de la expansión de la comercialización. Como resultado, se conformó una comisión legislativa nombrada por el Gobierno para revisar la Ley de Comercialización. Uno de los principales puntos a tratar fue la necesidad de implementar medidas de control para hacer vigente la Ley de Comercialización en el mercado integrado de la Comunidad Europea, ya que mucha de la publicidad utilizada tiene su origen en el extranjero; otro fue la necesidad de implementar sanciones más severas en el caso de violaciones de las reglas de comercialización establecidas y prever una solución para los problemas de consumo que puedan llegar a provocar las nuevas técnicas de comunicación y de comercialización.

23 De acuerdo con una evaluación reciente que se hizo sobre la Ley de Comercialización, se anotó como uno de los principales defectos la cuestión de si la sanción “sentencia bajo amenaza de multa” es suficientemente efectiva como para evitar los usos incorrectos y la reincidencia en el mercado, y si el carácter informal de la aplicación de estas sanciones va a tener éxito en un mercado más internacional.

Hoy en día, varios temas siguen siendo motivo de constante estudio y análisis. La Comisión de Políticas del Consumidor de la Comisión Europea,²⁴ en el *Manual para el consumidor europeo en el mercado interno*,²⁵ publicado en 1995, señala que en el esfuerzo por alcanzar la meta de unificar las políticas y la legislación del consumidor se han encontrado con dos grandes obstáculos. En primer lugar, la falta de coordinación que hubo en el pasado de gran parte de la normativa de cada uno de los pocos Estados miembros con las políticas de la Unión Europea, con lo cual el procedimiento legal tiene inevitablemente para los ciudadanos la apariencia de un impenetrable laberinto y, por consiguiente, ellos mantienen una opinión negativa respecto al trabajo de integración de la Comunidad Europea, pensando, al contrario, que las políticas nacionales son las más eficaces. En segundo lugar, la dificultad radica en el plano en que la comunidad fundamenta las decisiones, las soluciones y compromisos eternos de los diferentes sectores de los países miembros, compromisos incoherentes que hasta ahora no han resuelto ningún problema. Sin embargo, la Comisión Europea sigue trabajando, con el apoyo de 56 órganos consultivos nombrados por tres años, con capacidad de ser reelectos por un período consecutivo, los cuales son representantes de las organizaciones nacionales y regionales de consumidores que trabajan en temas concretos por encargo de la Comisión y en asuntos que surgen de sus propias iniciativas y experiencia. Varios son los temas sobre los cuales se ha llegado a un consenso en materia de libre comercialización de productos: compras en países vecinos; pago del IVA; información y consejo legal; generalidades acerca de la protección de los consumidores como garantía, publicidad, etiquetas, contratos, ventas a distancia, ventas a domicilio y seguridad de varios productos; y otros temas específicos relacionados con comestibles y bebidas, cosméticos, juguetes, textiles, herramientas, vivienda, medicamentos, viajes, financiamiento y seguros.

6. El Ombudsman de las Compañías de Seguros en el Reino Unido

Los argumentos del sector privado y de prestación de servicios para buscar mecanismos alternativos de solución a los conflictos son los mismos que tiene el ciudadano cuando se refiere a los costos y la demora que representa para cada uno el dejar en manos de la justicia la solución a sus problemas. La falta de información, la falta de honestidad de los funcionarios y muchas veces inclusi-

²⁴ La Comisión Europea está conformada por 12 Estados miembros nombrados por cinco años; a partir de 1995 forman parte de dicha comisión 17 miembros que tienen entre sus objetivos el unificar las políticas y las normas jurídicas que competen a la integración.

²⁵ Europäische Kommission: *Leitfaden für den europäischen Verbraucher im Binnenmarkt*, Bruselas, 1995.

ve la falta de un marco legal que determine las pautas de conducta tanto para los prestadores de servicios como para quienes lo requieren, complican aún más las relaciones mercantiles y sociales. No es únicamente el Estado el que determina hoy en día el orden la vida cotidiana; indudablemente lo hacen con más fuerza quienes proveen de bienes y servicios, algunos de los cuales representan requerimientos, si no vitales, por lo menos de carácter legal.²⁶ Esta situación, hasta cierto punto normal debido al complejo desarrollo de la sociedad; provocó en ciertos países de Europa, sobre todo durante los años ochenta, la necesidad del sector privado de demostrar y proporcionar a los consumidores cierta seguridad en el mercado que se ofertaba.

En el caso de Inglaterra, como consecuencia de la apertura de los mercados financieros y los cambios regulatorios de dichos mercados, el método alternativo más favorable para la solución de los conflictos que surgían de las relaciones entre proveedores y consumidores fue el del Ombudsman,²⁷ puesto que era el que mayor seguridad ofrecía a los consumidores y también a los suministradores de los servicios financieros, quienes a través de este método podían mejorar los mecanismos de supervisión para los cuales estaban autorizados y así evitar que surgieran nuevos conflictos; además, les permitía establecer ciertas pautas de solución a los problemas cuando éstos ya habían surgido y —por qué no reconocerlo— también mejorar su imagen a la vez que promocionarse en el mercado.

La clave del problema de los contratos de seguros radica en que los consumidores por lo general no tienen la posibilidad de negociar o cambiar los términos de los contratos; normalmente éstos son contratos tipo ya impresos, de la clase que suelen usar las compañías aseguradoras y las reaseguradoras o *brokers*. Esta carencia de fuerza para negociar no se puede equiparar al principio de igualdad y honestidad que posibilita al consumidor litigar en una corte. Más aún, se agudiza la desigualdad cuando, como en el caso de Inglaterra, la ley dispone que en los contratos de seguros es el asegurado quien tiene la obligación de presentar la carga probatoria. A pesar de que las compañías de seguros afirmaban no tomar ventaja de estas circunstancias, las cortes, las asociaciones de consumidores y la Comisión Legal del Parlamento estaban colmadas de quejas al respecto; y lo que más preocupaba, sobre todo a las propias compañías ase-

26 Un ejemplo claro de una necesidad de consumo legal es el requerimiento obligatorio para los dueños de vehículos de adquirir una póliza de seguro para éstos. Ley de Tránsito y Transportes Terrestres de Ecuador dispone en su artículo 140: "Las compañías, empresas o cooperativas de transporte terrestre y los propietarios de vehículos a motor, sean de servicio masivo, de uso particular o del sector público, obligatoriamente contratarán un seguro de responsabilidad civil contra terceros según el caso, con el objeto de cubrir los riesgos de posibles accidentes de tránsito e indemnizar por la muerte, por las lesiones corporales causadas a las personas y los correspondientes gastos médicos, así como los daños materiales ocasionados a los bienes de terceros. Ningún vehículo podrá ser matriculado si su propietario no presenta el original del correspondiente contrato de seguro mencionado en el inciso anterior".

27 G. Borrie, citado por P. Rawlings y C. Willet: "Ombudsman Schemes in the United Kingdom's Financial Sector", *Journal of Consumer Policy*, vol. 17, nº 3, septiembre de 1994, p. 307. En Inglaterra el primer Ombudsman en el sector público fue el Comisionado Parlamentario para la Administración (1967), seguido por el Comisionado para el Servicio de Salud (1973) y el Ombudsman para los Gobiernos Locales (1974).

guradoras, era que el mercado de servicios financieros permitía a los consumidores negociar en mejores términos con compañías aseguradoras extranjeras.²⁸

Aunque las compañías aseguradoras británicas están sujetas al código que regula la Asociación de Aseguradoras Británicas (ABI), existen problemas que no están contemplados en el *Instructivo y práctica en general y a largo plazo de las compañías de seguros*; por ejemplo, el mecanismo para tratar las quejas o cuestiones de mayor envergadura, como la forma de regular la provisión de los servicios de seguros —que, según las disposiciones de la Comunidad Europea, quedan en manos de cada país de donde provienen las compañías de seguro extranjeras y no de las regulaciones nacionales del país que actúa como anfitrión—; el resultado lógico es que resulta simplemente imposible obligar a las compañías extranjeras a adoptar las normas del *Instructivo* sin hacer uso de las presiones comerciales. Otro problema es que este *Instructivo* cubre únicamente las garantías y resarcimientos (*disclosures*) y no requiere de un trato honesto en otros aspectos de las relaciones entre la aseguradora y el asegurado, puesto que las directrices de los contratos de los consumidores²⁹ no cubren los términos específicos de los contratos de seguros. Aparte de estos problemas del *Instructivo y práctica de seguros (Statements of Insurance Practice)*, el consumidor también afronta otros que tienen que ver con la complejidad y parcialidad de la Ley de Seguros.

En 1981, gracias a la iniciativa privada de las tres compañías de seguros más grandes de Inglaterra, se crea la oficina del Ombudsman de los Seguros (*Insurance Ombudsman Bureau*, IOB), que para 1990 ya contaba con más de trescientas compañías asociadas a la institución.³⁰ Sin embargo, su creación dio lugar inicialmente a varios temores, sobre todo del sector industrial, de que esta oficina pudiera convertirse en el asidero de todos problemas de los consumidores. Como una medida preventiva, la ABI creó un esquema alternativo: el Esquema Personal de Arbitraje de Seguros (*Personal Insurance Arbitration Scheme*), que también proporciona un mecanismo para la solución de conflictos.³¹

La IOB es una asociación particular regulada por sus propios estatutos y memorandos. Está sujeta a la supervisión de un Consejo y su Directiva, que son

28 El primer antecedente por parte de las compañías que surge como respuesta a esta inquietud es el Acta de Términos de Contratación Ilegales de 1977 (*Unfair Contract Terms Act*), que fue revisada en 1981 y reforzada con medidas más severas que dieron como resultado el Instructivo y Práctica en General y a Largo Plazo de las Compañías de Seguros de 1986 (*Statements of General and Longterm Insurance Practice 1986*). Más que un código de práctica voluntaria, este instructivo se convirtió en una condición para ser miembro de la Association of British Insurers (ABI) (Asociación de Aseguradoras Británicas).

29 Council Directive 93/13/EEC of 5th April, 1993: *Unfair Terms in Consumer Contracts Directive*, artículo 4.

30 Birds, Graham, Holding y otros citados por Rawlings y Willet: art. cit., p. 311. De acuerdo con algunos autores, la creación de la oficina del Ombudsman para los Seguros fue una estrategia, al igual que la que usaron los banqueros (Office of Banking Ombudsman), para introducir un paquete de medidas regulatorias.

31 Este modelo es mucho más restringido que el IOB, puesto que es únicamente válido para los residentes del Reino Unido. Tiene que existir el acuerdo contractual del arbitraje aceptado por ambas partes, tanto por el asegurado como la aseguradora. No permite la posibilidad de investigar sino más bien se asemeja a una audiencia judicial en la cual ambas partes tienen la obligación de acatar la decisión del árbitro. En los contratos de seguro se ha establecido ya como una cláusula formal. Una disposición paralela en nuestra legislación sería la del artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación y el sometimiento de la controversia, artículo 15, al Acta de la Audiencia de Mediación que “tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada”.

los que nombran al Ombudsman. Para asegurar la neutralidad en sus decisiones, solamente dos de las diez personas que conforman el Consejo están ligadas a compañías de seguros. La asociación trabaja con los fondos que recauda de sus miembros; el servicio que presta a los consumidores es gratuito. Posee un equipo de trabajo que labora a tiempo completo y que, entre otras actividades, tiene la de realizar investigaciones, recibir las quejas individuales o disputas sobre pólizas de seguro expedidas en Inglaterra en las que los mecanismos de reclamo internos hayan sido ya agotados, y actuar como árbitro conciliador o hacer concesiones sobre 100.000 libras. Sus miembros no tienen derecho a apelar sobre las decisiones, mientras que los consumidores pueden recurrir a las cortes. Dado que este modelo está basado en un contrato y en una membresía voluntaria, la Corte Superior dictaminó que no es un organismo que esté operando en el ámbito del derecho público —como opuesto al privado— y que, por lo tanto, sus decisiones no tienen carácter de ley y no están sujetas a revisión judicial.³²

Resulta relevante analizar los principios sobre los cuales se sustenta el criterio del Ombudsman y que sirven de guía para sus decisiones en relación con las quejas, demandas o reclamos. Tiene que tomar una determinación acorde con los términos del contrato, actuar de conformidad con las normas legales aplicables o las decisiones judiciales, con los principios generales de un proceder correcto en materia de seguros, con estos términos de referencia y con las directrices de la práctica de seguros, los códigos de procedimiento que emite la ABI y las Asociaciones pro Servicio a la Vida. Pero sobre todo, no tiene que estar ligado a una decisión previa tomada por él o por su antecesor, y en la determinación de lo que son los principios de práctica correcta en materia de seguros, cuando lo considere apropiado, debe consultar con este sector.³³ Dos son los criterios que priman en este principio: por un lado, la situación legal que regula los contratos y, por otro, la práctica acorde con los principios y el punto de vista del sector de los seguros. Sin embargo, puesto que tanto la ley como los principios no son del todo claros, se espera que el Ombudsman, con mejor criterio, llene los vacíos legales que dejan ambos y que de forma más rápida, directa y económica provea una decisión equitativa para ambas partes.

En los informes anuales esta posición está claramente establecida cuando se encuentran argumentos explicativos que hacen referencia al sentido común contrario a una posición estrictamente legal, o a una decisión que corresponde

32 *The Times*, 7 de abril de 1994, caso R v Insurance Ombudsman Bureau and Another, Ex Aegon Life Assurance Ltd.

33 Insurance Ombudsman Bureau: Annual report for 1992, England, IOB, 1992. “*The Ombudsman may, in relation to any complaint, dispute or claim comprised in a reference, make an award against any member named in such reference and in making any award he shall have regard to the terms of the contract, and act in conformity with any applicable rule of law or relevant practical authority, with general principles of good insurance practice, with these terms of reference and with the statement of insurance practice and codes of practice issued from time to time by the Association of British Insurers and the Life Offices Associations but shall not otherwise be bound by any previous decision made by him or any predecessor in his Office. In determining what are the principles of good insurance practice he should where he considers it appropriate consult with the industry*”.

a otra época y circunstancias históricas y cuyas implicaciones no corresponden a la realidad actual. En general, el criterio que predomina siempre en las decisiones del IOB es el de la equidad, puesto que existen casos concretos en los cuales se han ignorado las normas legales específicas contrarias a las expectativas del consumidor, como en el caso de las negligencias de los intermediarios. Según la ley, las compañías de seguros no tienen ninguna responsabilidad legal por las malas interpretaciones u ofrecimientos fallidos que los intermediarios ofrezcan a sus asegurados. A pesar de que existen varias opiniones contrarias a esta situación legal injusta, únicamente el Ombudsman las ha llevado a la práctica responsabilizando a las compañías aseguradoras por la acción de los intermediarios.³⁴

Concomitantemente con estos casos de aplicación práctica, el IOB también trata de introducir más seguridad en el procedimiento investigativo de las compañías aseguradoras, que es la queja constante de los asegurados, actuando como un mediador, aun cuando no haya pérdidas o reclamos monetarios de por medio. En definitiva, la labor que realiza la Oficina del Ombudsman de los Seguros tiene como objetivo principal solucionar los problemas que surgen de la falta de definición sobre la responsabilidad de los aseguradores, que de una parte se originan en la obligación parcializada que otorga la ley de seguros y, de otra, en la falta de regulaciones estatutarias en los contratos. Este vacío con respecto a las regulaciones en los contratos de seguros que actúan en detrimento de las expectativas de los consumidores y que las compañías aseguradoras han tratado siempre de evitar es la crítica más aguda que debe ser tomada en serio para una reforma legal.³⁵

7. El Ombudsman de los Bancos

En Inglaterra

El Ombudsman de los Bancos es una figura que en Inglaterra surge también gracias a la iniciativa privada. La relación que surge entre un banco y sus clientes es esencialmente de tipo contractual, pero, a diferencia del Ombudsman de los Seguros, para el caso de Inglaterra los contratos bancarios están regulados por la Ley de Términos Contractuales (*Unfair Contract Terms Act, 1977*); además, los contratos no son generalmente por escrito sino en su mayoría implícitos y no significan una carga onerosa total para el cliente como en el caso de los seguros. El hecho de que exista un grupo de regulaciones legales que controle las relaciones

34 Ibídem: "Pending legislation it seems impossible to assume that the legal positions will necessarily produce an equitable outcome. Accordingly, I am prepared, in appropriate cases, to hold insurers responsible for the defaults of intermediaries".

35 Law Commission (1980) *Insurance Law: Non-disclosure and breach of warranty*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, Report 104, command 8064.

entre el banco y sus clientes significa también que las posibilidades del banco de evadir las responsabilidades que tiene para con ellos está sujeta a mayores regulaciones que, además de ser de condiciones desiguales de negociación, pueden también acarrear mayores complicaciones debido a su complejidad.

Existe una pequeña oportunidad para los clientes de renegociar los términos de los contratos; sin embargo, para quien tiene una deuda con un banco, la posibilidad de acudir a otro es casi imposible, amén de que las condiciones que el otro puede ofertar son casi las mismas. En esta situación de desventaja surge sin embargo la crítica del Consejo Nacional de Consumidores (*National Consumers Council*) en 1983, del Comité de Revisiones (*Review Committee*) en 1989 y la resolución de 1992 como respuesta a las quejas del trato que reciben los clientes por parte de las instituciones bancarias. En consecuencia, los bancos establecieron varios mecanismos para solucionar este problema, como por ejemplo, oficinas internas para receptar las quejas de los clientes, creación voluntaria de un Código de Práctica Bancaria (*Code of Banking Practice*) al cual se suscribieron los principales bancos y el establecimiento de una Oficina del Ombudsman para los Bancos (*Office of the Banking Ombudsman*). En principio, esta idea fue aceptada por los bancos como una forma de mejorar sus relaciones públicas al mismo tiempo que se promocionaban, puesto que afrontaban ya la competencia de las compañías financieras, tiendas y productores que ofertaban servicios bancarios.³⁶

La Oficina del Ombudsman de los Bancos tiene el mismo esquema que el IOB. Según los datos estadísticos,³⁷ treinta y seis bancos estaban asociados a este organismo en 1992. Si bien es un número reducido —de acuerdo con la Ley de Bancos de 1987 existían más de quinientos bancos—, cuenta con la mayoría de los clientes privados que tienen sus cuentas en los principales bancos miembros. La Oficina está subvencionada por los bancos socios de la asociación, comandada por una Directiva cuyos miembros son designados por los bancos de entre su personal. La Directiva se ocupa de las finanzas, organización y elección de los miembros del Consejo Directivo, que son ocho en total, tres de los bancos y cinco independientes. El Consejo también está encargado de nombrar y asistir al Ombudsman y recibir su informe anual de labores. Para estas tareas actúa como un intermediario, con el fin de asegurar la imparcialidad, pero siempre está sujeto a la aprobación de la Directiva.

El procedimiento, al igual que el del IOB, tiene que haber agotado todas las vías internas de solución de los bancos antes que el Ombudsman pueda recibir las quejas. Los únicos que pueden hacer uso de sus servicios son clientes con cuentas personales, incluidos los comerciantes, los socios, los clubes y las compañías limitadas con un volumen de transacciones menor al millón de libras al año.

36 P. E. Morris: "The Banking Ombudsman", *Journal of Business Law*, Londres, pp. 131-136, 199-210, 1987.

37 Office of Banking Ombudsman: *Annual report for 1991-1992*, Londres, Office of the Banking Ombudsman, 1992.

La jurisdicción también está restringida geográficamente: se limita a los servicios que se proveen dentro del Reino Unido y no a los cheques viajeros, tarjetas de crédito ni a los servicios que los clientes puedan requerir de sus bancos asociados en el exterior. El Ombudsman tampoco tiene la capacidad de investigar las quejas relacionadas con herencias o créditos, ni los criterios de los bancos sobre los préstamos o seguros para préstamos, a no ser que exista la evidencia de mal procedimiento en los criterios vertidos; tampoco puede opinar sobre las decisiones sobre las fluctuaciones de las tasas de interés o del curso cambiario de las divisas. En el caso de recibir quejas que estén relacionadas con cualquier procedimiento de arbitraje o conciliación, tampoco puede proceder, aunque estén dentro de su jurisdicción. Asimismo, no puede aceptar las demandas que sobrepasen el monto de las cien mil libras. El Ombudsman de los Bancos no tiene ningún poder para requerir documentación a los bancos; además, cuando éstos consideran que el Ombudsman está investigando alguna queja que puede acarrearles consecuencias importantes o nuevas implicaciones legales, debe prevenirlo y detener inmediatamente la investigación.

El Ombudsman de los Bancos puede únicamente requerir al banco que se disculpe con su cliente, que cambie o reconsideré su decisión o que le pague una compensación por los daños que puede haber sufrido debido a los actos de omisión del banco; sin embargo, el cliente puede rechazar esta compensación y proceder a un reclamo judicial.

Los términos de referencia sobre los cuales se sustentan los principios del Ombudsman de los Bancos no hablan de la equidad en la relación a la cual se refiere el Ombudsman de los Seguros. Al tratar de establecer lo que significa la práctica bancaria correcta, el Ombudsman debe de remitirse a consultar con los bancos, con lo que es requerido por ellos voluntariamente en su Código de Práctica Bancaria o simplemente en otro sitio.³⁸

El Informe Anual de la oficina del Ombudsman de los Bancos indica que el propósito de los bancos de reforzar la actual ley y su práctica se ha cumplido y que el proceder de otra forma produciría cierto grado de inseguridad. La ventaja para el cliente es que le permite un acceso más barato a la justicia y que, a pesar de las críticas, existe menor posibilidad de imponer normas injustas que es-

38 P. E. Morris: "The Banking Ombudsman", *Journal of Business Law*, Londres, Office of the Banking Ombudsman, pp. 206-207, 1987. "La práctica bancaria correcta implica que el rol básico del Ombudsman es el de promover y monitorear las quejas de acuerdo con los estándares de práctica bancaria correcta, tal como están formulados por la comunidad bancaria, antes que actuar como un innovador y tener la responsabilidad de diseñar algo nuevo, tal vez modelos que se ajusten más al interés público. Hay que admitir que los términos del texto no apuntan inexorablemente en esta dirección [...] pero el director de la oficina [...] indicó claramente que él no concibe como parte de su propias funciones el crear más principios onerosos para la correcta práctica bancaria". Al comentario que hace Morris se suma la crítica que hacen los grupos de consumidores argumentando que este código no es más que una descripción de la práctica bancaria deshonesta. En respuesta el Ombudsman comentó: "En cada demanda nosotros buscamos determinar lo que es justo [...] La justicia, sin embargo, no puede ser considerada aisladamente. Tiene que recordarse que al final del día, el banco no puede operar a pérdida. Como en otros servicios, los clientes deben esperar recibir no más de lo que pagan". Office of the Banking Ombudsman, 1992.

tén fuera de la ley porque están aplicando la Ley Contractual de 1977, que restringe la posibilidad de que los bancos eviten el nivel de responsabilidad que el cliente razonablemente exige. El Ombudsman solamente tiene capacidad para responder a los reclamos sobre la falta de los bancos en cumplir con las obligaciones para con el cliente; a pesar de ello, ya existen registros de que el Ombudsman ha hecho recomendaciones puntuales a los bancos sobre materias específicas tales como la excesiva emisión de tarjetas bancarias multiuso y los cobros por los servicios.

En Alemania

En la República Federal Alemana, el sistema del Ombudsman —como lo hemos conocido con el nombre y las características específicas que corresponden al modelo clásico— no ha tenido mayor acogida en el ámbito administrativo; sin embargo, la adopción del Ombudsman en el sector privado, como es el caso de los bancos, resulta un caso interesante de mencionar.

Al igual que en Inglaterra, éste nace de la iniciativa del sector bancario, pero se establece con posterioridad, a principios de 1992. Su aparición responde a varias circunstancias. Luego de una encuesta realizada por la Universidad de Mannheim, más del setenta por ciento de la población consideraba realmente indispensable que los bancos realizaran un servicio de pagos diario; lógicamente, esta necesidad es el producto de una nueva situación económica, en la cual es vital para cada persona natural o jurídica y cada familia conocer su presupuesto diario debido a la relación cada vez más estrecha que mantiene con el banco. Las cifras hablan por sí solas: las cuentas privadas suman más de cincuenta millones, mientras en 1989 la cantidad de doce millones de depósitos movió entre giros, transferencias bancarias, cargos y depósitos en otras cuentas la cantidad de 6.862 mil millones de marcos.³⁹ De allí que no sea necesario buscar más explicaciones del motivo por el cual el sector privado, en un afán por atraer nuevas cuentas y atender mejor al cliente, ofrece este servicio que, aunque no deja de ser parte de los sistemas de mercadeo, facilita las relaciones conflictivas o de simple roce y falta de información oportuna entre el banco y el cliente.

39 Thorwald Hellner: "Bankenverband beschließt Ombudsmannsystem", *Die Bank*, nº 12/91, p. 666, 1991.

8. El Ombudsman de las *building societies* en el Reino Unido

Ya en 1874 existía en el Reino Unido una forma de solución de conflictos por parte del sector de *building societies* (BS); sin embargo, éste fue escasamente usado hasta que en 1987 lo sustituyó el Ombudsman de las BS. Según esta ley, aprobada por el Parlamento en 1986, todo individuo tiene derecho a que se investigue su demanda contra una BS bajo el único esquema reconocido por esta ley (en la parte II, lista n° 12, sección 83): el del Ombudsman de las BS.

La Asociación de Building Societies creó el Ombudsman con fondos que recauda de sus socios; el Consejo, conformado por ocho miembros —la mayoría de los cuales representa al público o a los intereses de los consumidores—, tiene la obligación de nombrarlo y supervisar su labor. El monto sobre el cual puede conocer el Ombudsman es de 100.000 libras. Solamente puede conocer ciertos casos relacionados con acciones dentro del Reino Unido y que tengan que ver con BS miembros de ese esquema; su jurisdicción también está limitada a ciertos servicios como la operación de cuentas de acciones, de depósito, préstamos sin seguros, préstamos para casas rodantes, servicios de transferencia de dinero, facilidades de cambio de divisas, pagos y recibos en agencias y la provisión de crédito. La demanda debe de alegar la pérdida pecuniaria, costos o inconvenientes, así como el argumento jurídico de la falta de cumplimiento en las obligaciones, según el reglamento o el contrato, o el trato injusto o la mala administración. Sin embargo, aun cuando estas condiciones se cumplan, el Ombudsman no puede continuar su investigación si la demanda no ha sido hecha por la parte agraviada o por su representante autorizado, o si el caso compete a una corte o está siendo investigado ya por ésta, o si el procedimiento interno de una sociedad no ha sido agotado.

La sociedad puede sin embargo apelar a la Corte Suprema o refutar la decisión del Ombudsman, pero en tal caso debe publicar las razones en el informe anual. A pesar de que no existen sanciones específicas para estos casos, esta actitud conduce a que la Comisión de las BS tome alguna acción al respecto, puesto que la membresía es obligatoria. El afectado también tiene la facultad de iniciar acciones legales independientemente de que la sociedad acepte o no la decisión del Ombudsman.

El Ombudsman se ha quejado de que su labor se desvía porque ocupa demasiado tiempo en decidir qué casos entran en su jurisdicción, mientras el criterio del Consejo Nacional de Consumidores es apoyar para que se le otorgue el poder de tomar tales decisiones. Las decisiones del Ombudsman deben basarse en todas las circunstancias que aparentan ser justas, como son las reglas de la sociedad, las cláusulas del contrato, las disposiciones del Código de Práctica y el contenido de cualquier comunicación o publicidad hecha por la sociedad.

En la práctica, si la queja se refiere al contrato, el Ombudsman está en la obligación de reforzarlo, a menos que éste no sea justo para ambas partes. Sin embargo, lo que significa equitativo y justo no está claro.⁴⁰ Él debe considerar los términos de la Ley Contractual de 1977 y las decisiones de la Corte al respecto, y acepte o rechace la demanda deberá compensar los inconvenientes en nombre de dicha justicia. Sin embargo, no le está permitido introducir criterios de equidad que no estén presentes en la ley o en la práctica ni decidir, como lo hace el Ombudsman de los Seguros, respecto a la conveniencia o no de una norma legal. Además, en relación con los comentarios de lo que considera equitativo y justo, la sociedad no está completamente de acuerdo, puesto que compromete sus decisiones comerciales en cuanto a los índices de interés que establece. La recomendación que la Asociación de BS hace al Ombudsman en su informe es que limite el uso de dichos términos.

En un reciente balance de actividades del Ombudsman, el Consejo Nacional del Consumidor (*The National Consumer Council*) argumenta: "Desde la perspectiva del consumidor, los Ombudsman tienen una doble función [...] resolver las disputas individuales [...] y elevar los estándares industriales", a lo que diez años antes también añadía que los Ombudsman en el sector de los servicios financieros no sólo mejorarían la confianza del público en la industria, sino que también la proveerían de importante información acerca de las actitudes de los consumidores.⁴¹ Indudablemente, todos estos esquemas han favorecido al consumidor brindándole una alternativa informal y menos costosa que la vía judicial, además de ser en algunos casos más flexible que la rígida aplicación de la ley o sus precedentes, lo cual ha servido de guía para promover futuras aplicaciones y enmiendas que lo favorezcan. Pero este esquema no ha favorecido únicamente al consumidor, sino también al sector comercial, que a pesar de la crítica desfavorable ha tenido que reconocer el efecto positivo, en primer lugar, del principio de guardar la reserva y no difundir los nombres de las compañías involucradas en las demandas, lo cual ha evitado el daño de la publicidad, de la acción y costos judiciales y de la intervención de las organizaciones de consumidores; en segundo lugar, los resultados positivos de mejorar los mecanismos internos de quejas son un indicador para mejorar las relaciones públicas, optimizar el servicio y obtener mejores oportunidades comerciales.

A pesar de estos resultados, la estructura del esquema ha sido criticada⁴² por cuanto contradice el principio de independencia que caracteriza a la

40 Building Societies Ombudsman: *Annual report 1992-93*, Londres, Building Societies Ombudsman, 1993. En el informe anual el Ombudsman se refiere a la "justicia del hombre de la calle" ("the fair-minded man in the street") como una guía para lo que él define como justo.

41 National Consumer Council: *Ombudsman services. Consumers' views of the Office of the Building Societies Ombudsman and the Insurance Ombudsman Bureau*, Londres, National Consumer Council, 1993, pp. 71-2. "From the consumer perspective the ombudsman have a twin role [...] resolving individual disputes [...] and raising industry standards".

42 B. Elli: "Ombudsman: Whose interests do they represent?", *Solicitors Journal*, Londres, 1992, p. 926.

figura del Ombudsman. El mismo Consejo Nacional de Consumidores ha recibido quejas respecto de que los Ombudsman de estos sectores comerciales dependen del criterio de sus respectivas áreas.

Desde el punto de vista de las Cortes, este esquema, única alternativa que se le ofrece al consumidor, no es el mejor. Lo demuestran la demora, los costos, la falta de información e inclusive el hecho de que muchos sientan la necesidad de requerir una ayuda legal, según los resultados de las encuestas del Consejo Nacional de Consumidores.⁴³ Pero los mayores problemas que presenta el esquema radica en la estructura misma del sistema; muchos de los casos que se presentan son rechazados aludiendo a que no están dentro de la jurisdicción del Ombudsman, y esto se debe a que, tanto para los bancos como para las compañías de seguros, la participación en este esquema es una cuestión de voluntad. A esto también se suma el hecho de que el sistema no es difundido por el sector comercial y los consumidores lo desconocen, a pesar de la aceptación que ha alcanzado el Ombudsman en otras áreas. Para hacerlo más popular hace falta publicar los beneficios que este esquema proporciona, con los resultados de las investigaciones realizadas, de tal forma que el consumidor conozca cuáles compañías son las que brindan mejores servicios.

Finalmente, el control de que estos principios de práctica correcta, equitativa y justa sean llevados a la práctica por los Ombudsman representa el mayor problema para la Suprema Corte, que recientemente enunció que no tenía jurisdicción para supervisar las decisiones de la Oficina del Ombudsman de los Seguros.⁴⁴ Igual criterio emitió con respecto al Ombudsman de los Bancos, dejando a salvo el de las BS por el carácter obligatorio que tiene su membresía. Sin embargo, la reciente creación de la Asociación de Ombudsman del Reino Unido ha sido vista como una posible solución al problema de la supervisión de estas organizaciones.

En definitiva, los esquemas del Ombudsman en el Reino Unido están fuertemente arraigados con sus orígenes, aunque limitados, por una parte, por las propias estructuras legales y, por otra, por los intereses de los sectores comerciales por los cuales fueron creados. Las innovaciones que se han hecho responden sin embargo a las presiones a las cuales se han visto sometidos, tanto de la competencia en la oferta de los servicios, como de los sectores particulares de defensa de los consumidores.

43 National Consumer Council: o. cit. El tiempo que demora el trámite desde que se inicia incluyendo los mecanismos internos de quejas hasta que el Ombudsman emite su criterio fue de 52 semanas para el caso de la Oficina del Ombudsman de los Seguros y de 91 semanas para el Ombudsman de las B. Sociedades. Para el caso del Ombudsman de los Bancos el tiempo fluctúa alrededor de nueve meses (Office of the Banking Ombudsman, 1992).

44 *The Times*, 7 de enero de 1994, caso R v Insurance Ombudsman Bureau and Another, Ex parte Aegon Life Assurance Ltd.

9. El Ombudsman de las Universidades en Irvine (California)

El Ombudsman de la Universidad de California, Irvine, reconoce su origen en la necesidad práctica de resolver los problemas que surgen en un complejo educacional de esta magnitud. Entre los diferentes grupos de personas que se interrelacionan diariamente, es inevitable que se presenten complicaciones, malentendidos y desavenencias que necesitan ser resueltos. Tomando como base el modelo del Ombudsman sueco y definiéndolo como “la persona que recibe quejas e investiga, que da a conocer sus resultados y que consigue soluciones equitativas”—en resumen, un “aliado de las personas”⁴⁵, la Universidad ha creado varios sistemas de mediación e interacción, tanto para estudiantes como para profesores, directivos y personal administrativo.

El Ombudsman está a disposición de la comunidad universitaria y trabaja independientemente como un mediador objetivo y confidencial, con amplios poderes para investigar, con acceso a los archivos, al personal y a la administración de la Universidad, y con autoridad para formular preguntas, inclusive a las autoridades universitarias, tendientes a resolver la problemática. Sus funciones, descritas en el *Instructivo de la UCI* de 1996, son las siguientes:

El Ombudsman:

- 1) Explica las políticas y los procedimientos de la Universidad y cómo ellos pueden afectarte.
- 2) Escucha y dirige preguntas, quejas y preocupaciones.
- 3) Proporciona respuestas o te ayuda a encontrar a las personas apropiadas cuando la solución no está dentro de su jurisdicción.
- 4) Abre caminos de comunicación.
- 5) Resuelve los conflictos.
- 6) Actúa de mediador de tal forma que las partes lleguen a un compromiso razonable.

El Ombudsman está capacitado para tratar una gran variedad de asuntos; los más comunes son: conflictos, quejas y asesoramiento académico; procedimientos académicos y políticas deshonestas; procedimientos de calificaciones y evaluaciones; apelaciones y reclamos; cambios y restituciones de materias y *pensum* de estudios; problemas con la matrícula y los registros; problemas de conducta y materias reprobadas; registro estudiantil y transcripciones; costos de matrícula, pago de impuestos, tasas, derechos, multas y

⁴⁵ University of California, Irvine: *University Ombudsman* (UCI-Ombudsman), diciembre de 1994.

devoluciones; problemas de discriminación y acoso sexual; problemas de alojamiento y servicio de comida; e inclusive problemas de índole personal.

La Universidad ofrece varias otras alternativas de solución, asistencia y consejos para todos estos conflictos. Un ejemplo es el Servicio de Mediación, para lo cual las partes voluntariamente deben someterse y aceptar la intervención del mediador, que por lo general es un estudiante o empleado de la Universidad, voluntario, que ha recibido entrenamiento especial del Programa de Mediación y Conciliación Federal. Es necesario precisar que éste no es un proceso que decide sobre la culpabilidad o inocencia de las partes; la función del mediador es asegurar que ambas sean escuchadas y lleguen a un acuerdo que sea la mejor alternativa para las dos. El mediador no impone su criterio, puesto que el control reside en las mismas partes involucradas; se remite únicamente a facilitar la comunicación entre los litigantes siguiendo un procedimiento establecido. Una vez que las partes se hayan puesto de acuerdo en aceptar la mediación, ésta tiene lugar en un sitio neutral. Generalmente se establecen dos sesiones de por lo menos una hora y, si se llega a un acuerdo, las partes se comprometen por escrito a aceptarlo y cumplirlo en el término de un mes.

Este sistema informal de solución de conflictos tiene lógicamente varios beneficios, pero sobre todo promueve la solución creativa de los problemas, conserva el contacto y la relación personal en buenos términos, las partes mantienen el control del resultado y todo el procedimiento no tiene ningún costo. Esta alternativa y otras se deben consultar en primer lugar; para ello están el consejero académico, el director del departamento o de la unidad involucrada y su asistente. Si el asunto involucra a las oficinas administrativas, están el consejero, la ayuda financiera, la policía estudiantil, etc. Es cuando todas estas fallan que se debe recurrir al Ombudsman, quien no solo está capacitado para atender aquellos problemas que se han convertido ya en disputas formales, demandas laborales o problemas de disciplina sometidos a audiencia o arbitraje.

10. El Defensor del Menor en la comunidad de Madrid

En las 17 comunidades autónomas españolas existen ocho órganos autónomos que, en coordinación con la institución del Defensor del Pueblo español, ejercen funciones similares.⁴⁶ En 1998,⁴⁷ el Defensor del Pueblo recibió 24.120 quejas; éstas fueron clasificadas en 32 tipos, de los cuales 23 eran nuevos. Hasta

⁴⁶ Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas. BOE nº 271, de 12 de noviembre de 1985.

⁴⁷ Informe a las Cortes Generales 1998, <www.defensordelpueblo.es/informe>.

fines de año sólo pudieron ser tratados apenas cinco de ellos. Esta forma de clasificar las quejas ha permitido al Defensor hacer en sus informes un tratamiento monográfico de determinados temas que no sólo lo han conducido a tomar resoluciones internas de carácter organizativo,⁴⁸ sino a profundizar e investigar en determinadas áreas de conflicto legal.⁴⁹ El tratamiento de las quejas, además de proporcionarle una visión de conjunto de la labor realizada, le ha permitido con fundado conocimiento formular recomendaciones y sugerencias específicas a los organismos pertinentes de las nuevas demandas que se plantean en la sociedad. En lo que toca a la situación de la infancia desde la perspectiva de la Defensoría del Pueblo, según lo establecido en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señala que el texto legal hace eco de las demandas formuladas entre otros por la Defensoría del Pueblo, y en el artículo 10, bajo el subtítulo “Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos”, se indica que uno de los adjuntos del Defensor del Pueblo se hará cargo, de modo permanente, de los asuntos relacionados con los menores.

Con el mismo objetivo, en el proceso de desarrollo político de las instituciones propias de la comunidad de Madrid⁵⁰ —sin afán de obstruir la gestión de la Defensoría del Pueblo y aunque existen otros sistemas procedimentales que procuran garantizar los derechos de los niños, tanto en el ámbito de la comunidad como nacional e internacional— la Asamblea de Madrid nombró un defensor especializado con el objeto de atender la problemática específica de los menores, partiendo del modelo político-jurídico del Defensor del Pueblo y respondiendo a la preocupación social de “dar una mayor seguridad jurídica al desarrollo de los intereses y participación social de los menores de edad”.

Como antecedentes en el ámbito internacional podemos citar al Ombudsman de los Niños de Suecia, el Mediador de la Infancia de Noruega, el Abogado de Menores de Dinamarca y otros similares en Austria, Israel, Costa Rica, Canadá, etc., y, en el ámbito nacional, al adjunto del Síndic de Greuges de Cataluña.

El Defensor del Menor en la comunidad de Madrid se crea por ley 5/1996, de 8 de julio de 1996, como alto comisionado de la Asamblea de Ma-

48 Se decidió que las quejas relacionadas con la situación de la infancia fueran coordinadas por la Adjuntía Primera del Defensor del Pueblo y el Área del Menor.

49 En el Informe Anual de 1996, en los temas relacionados con los menores, se destacan por ejemplo: los derechos y libertades de los extranjeros menores de edad, de las seguridades en materia de adopciones internacionales, de los menores discapacitados en centros residenciales y de la posibilidad de adopción o acogimiento, de la necesidad urgente de elaboración de un marco legal adecuado para la intervención pública en materia de menores infractores —enjuiciamiento, medidas sancionadoras y reformadoras, cooperación internacional en la prevención y represión de la explotación sexual de menores, medios de comunicación, seguridad social, sanidad, violencia, etc.

50 Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas (BOE nº 271, de 12 de noviembre de 1985).

drid designado para salvaguardar y promover los derechos de las personas menores de edad de la comunidad. Es electo por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea por un período de cinco años.

Sus competencias son: resolver las quejas que reciba, tanto de menores como de mayores de edad, sobre situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; verificar el respeto, orientar y supervisar la acción de las administraciones públicas de la comunidad de Madrid y de las entidades privadas que les presten servicios; proponer reformas jurídicas; divulgar y fomentar los derechos de la infancia y de la adolescencia; y desarrollar acciones que permitan conocer la situación de los menores y el conocimiento y respeto de sus derechos por parte de los mayores y de la comunidad.

Sus actuaciones se limitan a los casos individuales cuya solución esté encomendada a los órganos jurisdiccionales, o a casos que requieran medidas de protección reguladas en la legislación civil, para lo cual son competentes las administraciones públicas. Cuando las quejas se refieran al funcionamiento de la administración central del Estado, deberá dar cuenta al Defensor del Pueblo, y cuando éstas se refieran a la administración de justicia, deberá dar cuenta al Ministerio Fiscal, el que dará traslado al Consejo General del Poder Judicial. Cuando tenga conocimiento de hechos presuntamente delictivos, los denunciará al Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien también le permitirá relacionarse con la Fiscalía de Menores con el fin de coordinar la defensa de los derechos de éstos.

Especial importancia tienen las acciones tendientes a prevenir, orientar y difundir los derechos de los menores. Para ello la institución está en capacidad de llegar a acuerdos de cooperación científica y convenios de colaboración con universidades, centros de investigación u otros organismos afines. La ley encomienda de manera especial la difusión de la Convención de Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas, y la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la comunidad de Madrid.