

EL OMBUDSMAN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Víctor FAIRÉN-GUILLÉN

El establecimiento del cargo de *ombudsman*, abre un nuevo capítulo en las relaciones entre gobernantes y gobernados, entre Estado y ciudadanos, entre servidores públicos y *la gente*.

A lo largo de la historia, vese cómo los gobernantes han impuesto siempre deberes y obligaciones a los gobernados. Pese a las teorías de los contratos sociales y de los gobiernos responsables, raramente los gobernados han sido capaces de imponer deberes y obligaciones ante ellos, a sus gobernantes. Ciertos son los grandes éxitos conseguidos desde la *constitucionalización* del Estado: declaraciones de derechos, controles jurisdiccionales por tribunales independientes, etcétera.

Mas es la existencia de un cargo de *ombudsman* independiente a su vez, lo que denota la clara inclinación de los gobernantes a reconocer fácilmente obligaciones y deberes ante los gobernados, sin necesidad de magno esfuerzo de éstos; se ha enseñado que los últimos deben ser tratados, no sólo con justicia, sino también pronta y cortésmente, de acuerdo con la normativa jurídica vigente.¹

La existencia del *ombudsman* ha de considerarse en el contexto de la ideología prevalente, en la que la ética social incluye:

- a) el respeto al individuo y a la dignidad humana;
- b) la salvaguardia de los derechos fundamentales del hombre;

¹ Pickl, Viktor, "The Role of the Ombudsman as an Instrument of Justice", en el *CSCE Seminar of Experts on Democratic Institutions*, Oslo, 4-15 de noviembre, 1991, p. 1 (mimeógrafo).

c) en la administración pública, una ideología de servicio público que la fundamente.²

La defensa de los derechos de los ciudadanos, puede ser —diferenciación clásica— jurisdiccional o extrajurisdiccional.

De la primera se hablará aquí por exclusión; representa todo un mundo, de la mejor y más directa defensa de tales derechos e intereses —salvo, naturalmente, la autodefensa, en los casos en que es permitida.³

En cuanto a los medios de defensa no jurisdiccional de los derechos e intereses, vistos desde el punto de vista del control de las actividades administrativas que puedan lesionarlos —supervisión—, esto es, desde el del *ombudsman*, al cual llegaremos en breve, constituyen un campo muy vasto, pletórico de figuras dispares, de las que paso breve revista a algunas.

Así, las comisiones de derechos humanos. Y me refiero a las parlamentarias. Hago mías allí palabras de Jacob Söderman:

Quando se interesa por la actuación de las comisiones parlamentarias de quejas, sus investigaciones se desarrollan no solamente bajo los auspicios del parlamento, sino en el verdadero centro de la actividad parlamentaria.⁴ Desde luego, ello constituye una garantía de eficiencia

² *Ibid.*, p. 7.

³ *Cfr.* mi trabajo "Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso (la defensa)", en mi libro *La reforma procesal*, Madrid, EDESA, 1992, vol. III, pp. 35 y ss., y bibliografía allí citada.

⁴ A este respecto, citaré lo que dice el profesor Alec Samuels, de la Universidad de Southampton: "La próxima década parece que será turbulenta. Aumento de niveles de violencia y de criminalidad, perturbaciones industriales que envuelven ataques a la paz, y el terrorismo, para identificar a los más obvios, van a crear presiones sobre gobierno, autoridad y policía para restringir las libertades civiles y, a la vez, las emergencias de su verdadera naturaleza requerirán una vigilancia cada vez mayor de la protección de los valores. El abuso de la prerrogativa de la materia política, el despotismo electivo, la dictadura electiva tan gráficamente dibujada por Lord Hailsham se hallan quizás sobre nosotros. En una revisión judicial democrática es necesario un control intencional sobre el poder político. Un *bill of right* que enfatice obligaciones y responsabilidades, así como los derechos, hace que el pueblo, más consciente de las salidas, mejor informado, con más esperanza, más equilibrado en sus relaciones con ley y orden, poco extremista en sus actitudes, y más imbuido de modo optimista de un mejor sentido de los valores. La calidad fundamental de una sociedad debe hallarse en su integridad y valores", en "The Argument for a Bill of Rights in the United Kingdom", en Andrews, obra colectiva, *Human Rights in Criminal Procedure (Comparative Study)*, La Haya, Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 430. Las palabras del profesor Samuels, en no poca parte las estimo aplicables a la situación actual del parlamento español.

cierta. Mas de otro lado, una comisión parlamentaria no está adaptada para investigar quejas de los particulares contra la autoridad del Estado. Y en un sistema en que ello se admita, *el factor político tiende a eclipsar la argumentación jurídica*. Es improbable que una comisión parlamentaria pueda investigar con gran minuciosidad un gran número de quejas individuales; está más bien equipada para examinar agravios de nivel más generalizado, y de llegar a formular propuestas legislativas.⁵

Otro tipo diferente de comisiones lo constituyen las que se forman y se hallan fuera del sistema legal oficial. Dice Söderman que “pueden actuar con éxito en un país desarrollado; están bien situadas para repeler injusticia o males sociales y para traer cambios por medio de campañas de publicidad”. Y añade: “por ejemplo, en México, este tipo de entidades ha sido capaz de poner de manifiesto cierto número de violaciones de los derechos humanos”.⁶ He tenido ocasión de ver el funcionamiento de la comisión del estado de Tlaxcala en 1991, y quedé muy impresionado por el entusiasmo y dedicación de sus miembros, así como por los medios de difusión general de los derechos fundamentales, para aprestar a los ciudadanos su defensa por medios legales.

Pero —sigue Söderman— “para que se vea el necesario punto de partida: los derechos humanos, deben ser ‘derechos legales’ —reconocidos por la normativa jurídica, quiero decir—, materia de la legalidad, y no de gracia”.⁷

Las comisiones de derechos humanos pueden llevar a la errónea idea de que los derechos humanos no son ni más ni menos que un lujoso regalo de la buena gente de las Naciones Unidas. Su única *chance* de tener éxito está en asegurarse de que la comisión está a tiempo; y ese no es el camino a tomar. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son piedras básicas del sistema jurídico, y deben ser ase-

⁵ Cfr. Söderman, Jacob, *Ombudsmantelskích* Parlamentario de Finlandia, “The non-judicial Mechanisms for the Protection of the Fundamental Rights of Persons in the Sphere of the CSCE Countries”, en la *Conferencia de los Ombudsmen y de otras Instituciones similares en Defensa de los Derechos Humanos en los países de la CSCE*, Madrid, 27-29 de mayo de 1992, p. 7, documento inédito, lo debo a la amabilidad de Ricardo Blanco, jefe de gabinete de estudios del Defensor del Pueblo, España.

⁶ *Ibid.*, pp. 6-7.

⁷ *Ibidem*.

gurados y respetados por el gobierno en cualquier circunstancia. Y la supervisión de su observancia debe corresponder íntegramente al sistema jurídico.

Quedé sorprendido [añade] al ver que las recomendaciones de las Naciones Unidas en la Reunión de Instituciones Nacionales de las mismas, propuestas en París, en octubre de 1991, se concentraban casi totalmente en el desarrollo de las comisiones de derechos humanos; el *ombudsman*, solamente fue mencionado de pasada.⁸

Y otra de las instituciones no jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales, es la del *ombudsman*, en sus diversos tipos y subtipos, rodeado de figuras que a menudo se confunden con él, como son los mecanismos de conciliación y arbitraje.

Yo mismo he intentado una definición del *ombudsman*, así:

el *ombudsman* arquetípico es una figura independiente y no influida por el partidismo político, nombrado por el parlamento y comisionado suyo; recibe instrucciones de dicho parlamento en forma de normas generales. Pero el *ombudsman* no tiene jurisdicción, no puede imponer sus decisiones en los casos particulares, sino limitarse a formular “recomendaciones” a las administraciones, no amparadas por ninguna potestad de *coertio* como lo serían las decisiones jurisdiccionales; figura cuyos quehaceres básicos son: 1º supervisar a las administraciones, con potestades de investigar, criticar y publicar sus decisiones (mas sin la de revocar actos administrativos), y 2º atender a las “quejas específicas de los ciudadanos contra lo que estimen injusticias administrativas” (incluida la “mala administración”).⁹

La cantidad de subtipos de *ombudsman*, dada su cercanía real o aparente a figuras institucionales —desde el Ministerio Público, el *Justitiekansler* finlandés, hasta los *médiateurs* locales franceses pasando por los cuasi *ombudsmen* de los consumidores, de la prensa, los *executive ombudsmen* norteamericanos, es enorme. Deberemos centrarnos en algún tipo ya clásico y extendido. Y he elegido, naturalmente, el de los países escandinavos —Suecia, Finlandia, los más antiguos— el español del llamado sugestivamente Defensor del Pue-

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. Fairén Guillén, Víctor, *El defensor del pueblo, ombudsman*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, tomo I, 1982, p. 45.

blo,¹⁰ y el israelí. Iberoamérica ofrece ya actualidades, y desde luego, perspectivas enormes.

Así, se diferencian los tipos o modelos fundamentales:

a) El nórdico, escandinavo —que es el del *ombudsman* arquetípico de Suecia, de 1909—; juristas altamente estimados,¹¹ elegidos por el parlamento independientes del Ejecutivo, investidos de potestades de supervisión muy amplias, incluso a la esfera del personal de la jurisdicción.¹²

b) El modelo franco-anglo-americano: un individuo investido del papel de mediador durante cierto plazo; el parlamento tiene la última palabra; mas se admite también su nombramiento por el Ejecutivo (Francia).

La misión oficial de conciliar, dando a la equidad el sentido español, de “obrar por sentido común” y no el técnico británico de la *equity*, la entrada en ese *iter*, en ese *processus*, se halla en el lindero de la justicia administrada según derecho y por jueces técnicos e independientes.

Por ello se amplían y preconizan los modelos de conciliadores y de intentos de conciliación intraprocesales.¹³

¹⁰ En algunas leyes españolas —en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 19 de julio de 1985, por ejemplo— se habla de los “juristas de reconocida competencia” como mérito para ingresar o ascender en la judicatura. En muchos casos, esto se adversa en la realidad. En otros, el elegido es tan poco conocido que nos preguntamos quién ha reconocido esa competencia... A no ser que la publicación de su nombramiento, con su nombre, naturalmente, en el periódico oficial, tenga efectos constitutivos de la misma. *Cfr.* mi librito *Ensayo sobre procesos complejos*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 44 y ss.

¹¹ “Un tribuno elegido por la opinión pública”. *Cfr.* Kopp, Ferdinand, *II Conference of European Ombudsmen*, Bolzano, octubre de 1990.

¹² Y a intervenir en los procesos como parte en ciertos modelos de *ombudsman*; e incluso imponiéndole la obligación de instar determinados procesos (Suecia, *cfr. infra*).

¹³ *Cfr.* el modelo de Stuttgart y sus conciliaciones intraprocesales, en Bender, “The Stuttgart Modell”, en *Access to the Justice*, editado por Cappelletti y Weisner, Milán, Giuffrè, Alphen van den Rijn, Sitjhoff, 1978, vol. II, pp. 640 y ss.; Bender, die “Hauptverhandlung”, en *Zivilsachen (Ein Bericht Über den Versuch den 20). Zivilkammer des Landesgerichts Stuttgart, die “Ziele der Prozessreform auf der Grundlage den Zeltenden Gesetze zu erreichen”, en Deutsche Richter-Zeitung*, 1968, pp. 163 y ss.; Bull-Bender, “Beschleunigung ist kein Zweck”, en *Deutsche Richter-Zeitung*, 1971, pp. 268 y ss.; Fairén Guillén, “Textos propuestos para la regulación de la audiencia preliminar en el proyectado Código Procesal Civil-Tipo para Iberoamérica”, en las *XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Mérida, España, 55-11 de mayo de 1990), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, tomo II, pp. 823 y ss.; “Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar”, en *Revista de la Facultad de Derecho*

Pero de ahí a admitir con carácter genérico “la justicia conciliatoria”, excluyendo casi a la “justicia de vencedores y vencidos”, va mucho.¹⁴ Y de otro lado, no ha lugar a pensar en una “desjudicialización” del *ombudsman*, que nunca fue juez. Y un *ombudsman* entregado a administrar esa “justicia conciliatoria, se expone —y mucho— a perder de vista su objetivo fundamental, que es el de supervisar a las administraciones, incluso de manera inquisitiva, *ex officio*. Es el olvido de esta tarea de los *ombudsmen* del modelo que examino, lo que hace tender a transformarlos en mecanismos de conciliación.

El *ombudsman* que se transforma en “conciliador” se acerca al papel de “árbitro”; se encuentra en situación de órgano parajurisdiccional, y desde luego, ante el conflicto que va a suponer la ejecución forzosa de sus actas o documentos de conciliación. O bien se les atribuye fuerza de sentencias, en cuyo caso, sus ejecuciones corresponderán a los tribunales de justicia, o bien se tornan simples “recomendaciones”.

Además, al transformarse en “parajuez”, el *ombudsman* pone en juego y se arriesga a perder uno de sus caracteres fundamentales: el de la posesión de *auctoritas*, diversa de la de los jueces.

La *auctoritas* del juez está basada, en parte, en ese temor reverencial, pero inmediato, que lo rodea por las partes y terceros, de instruir el proceso incluso de manera coactiva, de hacer cumplir sus resoluciones (todas). Un ejemplo es la ordenación de la policía de las vistas, incluso por medio de la coerción superior. Y lo más grave: al juez puede faltarle la *auctoritas* aún sin ser destituido, aunque debiera serlo.

Y la *auctoritas* del *ombudsman* se funda en menos manifestaciones de *imperii*, y mucho más en lo intrínseco, en lo acertado de sus

de México, t. XXXVIII, julio-diciembre de 1988, núms. 160-161-162, pp. 23 y ss.; “La preparación del juicio (alegaciones, audiencia preliminar, conciliación). El juicio oral”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1991, núm. 3, pp. 479 y ss.; especialmente 493 y ss., así como la bibliografía citada en ellos. Llevo trabajando sobre el tema desde 1950 y tengo numerosos trabajos sobre él; se hallan sus títulos en las obras citadas aquí. No quiero molestar más la atención del lector.

¹⁴ Cfr. por ejemplo, la oposición de los profesores Vescovi y Gelsi Bidart a las ideas de Cappelletti sobre las “formas alternativas de justicia” y sobre las conciliaciones. Ideas muy discutibles, avocadas posiblemente a lo angélico o a lo demagógico, y en no pocos casos, inapropiadas para determinados litigios y sociedades. En *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de Motivos. Texto del Anteproyecto*, Montevideo, Secretaría General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, p. 66.

decisiones. Si en ellas falla, puede quedarse sin clientela de ciudadanos; lo que es impensable de un juez, aunque esté desacreditado públicamente, y aunque los responsables se obstinen en conservarlo en su cargo y oficio.

El modelo austroalemán: un comité parlamentario (*Bundesaus-suhuss*).

El antiguo modelo soviético, la *Prokuratura* oficial, pero que a menudo jugaba el papel de abogado y defensor del Estado.¹⁵

La *Prokuratura* del régimen comunista de la Unión Soviética, fue concebida para proteger los derechos de los ciudadanos; mas de un modo o de otro, se transformó en uno o varios abogados defensores de los derechos del Estado. Por regla general, la institución estuvo mal reputada en la Europa del este.¹⁶

De otro lado, el notable éxito logrado por el *ombudsman* polaco (desde 1987) ha probado que la aproximación —no judicial puede tener utilidad, incluso en las antiguas repúblicas del socialismo real—, especialmente ahora, en que la situación política es diferente. Sin embargo, me parece claro que el *ombudsman* solamente tiene y desempeña un papel complementario; y nunca ha pretendido sustituir a los mecanismos jurisdiccionales.¹⁷

Söderman nos resume los caracteres del *ombudsman* —algunos, alternativos— en sus diversos modelos:

a) El *ombudsman* defiende los derechos de los individuos frente al Estado.

b) El *ombudsman* es un órgano conciliatorio, complementario en el sistema jurídico general.

c) El *ombudsman* es un órgano constitucionalmente independiente, supervisor, que intensifica la responsabilidad del Ejecutivo.

d) El *ombudsman* no es un juez ni ejerce funciones jurisdiccionales ni ejecutivas.

e) El *ombudsman* puede actuar por propia iniciativa, *ex officio* o por razón de quejas individuales de los ciudadanos.¹⁸

¹⁵ Cfr. Kopp, aludido por Söderman, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ Cfr. Wieruszewski, Roman, "National Implementation of Human Rights", en *Human Rights in a Changing East West Perspective*, Londres, Rosas & Helgesen, 1990, pp. 264 a 289, citado por Söderman, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁷ Cfr. Söderman, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸ *Ibid.*, p. 3.

Las diferencias básicas entre los subtipos sueco y danés consisten en que, en el sueco —el arquetípico— la competencia del *ombudsman* para supervisar a las autoridades públicas es muy amplia, extendiéndose a las judiciales incluso en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales; incluyéndose la potestad de actuar como acusador ante los propios tribunales; en tanto que según el subtipo danés, las potestades del *ombudsman* parlamentario son más limitadas; por ejemplo, los jueces están excluidos de su supervisión; y no puede estimarse que las resoluciones administrativas discrecionales puedan ser controladas por él, salvo si hubo “*mal administration*” —desviaciones de poder.¹⁹

El modelo y subtipo sueco es el adoptado por Finlandia (1919) y España (1978-1981); en tanto que el danés es el más extendido por el mundo.²⁰

Cerca del *ombudsman* hay otras figuras a las que en ocasiones por tener sus funciones cierta semejanza con las del *ombudsman* parlamentario también se les llama *ombudsmen*; así, en Suecia, el *ombudsman* de los consumidores (leyes de 1971 y 1973 y otras), nombrado por el rey con el consejo de ministros y de manera análoga el de Noruega (1973); el *ombudsman* de la prensa, sueco, nombrado por las organizaciones de periodistas (1959); el *médiateur* francés, elegido por el Ejecutivo (1973); diversos funcionarios para atender las quejas del público, nombrados por los gobernadores de los estados en Norteamérica; el Procurador Federal del Consumidor de México, nombrado por el Presidente de la República (ley de 19 de diciembre de 1975); etcétera. Sin contar con que, en sus ampliaciones estatales territoriales a lo largo y ancho del mundo, hay figuras que participan de una serie de los caracteres del *ombudsman* parlamentario. Y aun en estados federales, como Norteamérica, con una serie de funcionarios elegidos por los gobernadores de los estados, coinciden en ser verdaderos *ombudsmen* parlamentarios locales —estatales—, por ejemplo, en Hawái, Nebraska, Iowa, Nueva Jersey, Alaska, etcétera; y los organismos “defensores del pueblo”

¹⁹ Cfr. Pedersen, I. M., “El *ombudsman* de Dinamarca”, en la clásica obra colectiva de Donald C. Rowat, *El ombudsman*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 118 y ss., y “Desviaciones de poder”, pp. 135 y ss.; Kragemose, “The ombudsman”, en *Fact Sheet Denmark*, Copenhagen, Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca, 1976, col. 1^a

²⁰ Cfr. Söderman, *op. cit.*, p. 5.

²¹ Cfr. Fairén Guillén, *El defensor del pueblo. Ombudsman*, cit., t. I, p. 34, nota 4.

en diversas comunidades autónomas de España —Estado de Constitución federalista, bajo diversos nombres, en ocasiones abusivos—²² también son *ombudsmannen* parlamentarios, pues han sido nombrados por las legislaturas de dichas comunidades según patrón análogo al del “defensor del pueblo”²³ del Estado español; mas deben estar y actuar concordados con el defensor del pueblo del Estado español (ley española —federal— 36/1985, de 6 de noviembre, de relaciones entre el defensor del pueblo y figuras similares de las comunidades autónomas).²⁴ Pero advirtamos que se ha caído en la *ombudsmanía*.²⁵

Aquí, como no se trata, ni mucho menos, de esbozar una obra sobre todo el *ombudsman*, me limito examinar los principios de actividad de algunos de ellos, del tipo sueco y vigentes en Europa.

Si los medios jurisdiccionales de defensa frente a las administraciones públicas, tienen como instrumento último —tras él, en su on-

²² *Ararteko* en el País Vasco (concepto en la “exposición de motivos”); ley estatutaria vasca de 27-2-85; “*Sindic de Greuges*” de Cataluña (ley de 20-3-84); nombre abusivo, ya que los *sindics* eran jueces y el *ombudsman* no lo es; y la judicatura no está sujeta al Estatuto de Cataluña, sino que es, como la jurisdicción, única en España; “valedor del pueblo”, Galicia, ley de 5-5-84; “defensor del pueblo andaluz”, Andalucía, ley andaluza de 1-12-83; “sindic de agravios”, Valencia —nombre también abusivo; los *sindics* son jueces (por ejemplo, los del tribunal de las aguas); ley valenciana de 26-12-88; “justicia de Aragón” (nombre abusivo); el “justicia” fue un juez supremo, aunque también emitiese dictámenes vinculantes en cuestiones de duda foral (cfr. mi librito *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971, pp. 11 y ss.); ley aragonesa de 10-8-82; “diputado del común”, Canarias, ley de 10-8-82; todos ellos están coordinados con el defensor del pueblo —del Estado español, Madrid; nombre abusivo, ya que no es exactamente un defensor del pueblo, nombre sugestivo en los dos aspectos de la expresión—, ley de 6-4-81, ley de coordinación con “las figuras similares”, de 6 de noviembre de 1985.

²³ Véase mi crítica al nombre, en la nota anterior.

²⁴ Cfr. La ley citada de 6 de noviembre de 1985.

²⁵ La “ombudsmanía”. A ella se ha pasado desde el “Ministerio de estupideces”, mote peyorativo con que el entonces secretario de *justice* —rama inglesa de la Comisión Internacional de Juristas— Tom Sargent, bautizase al proyectado *Parliamentary Commissioner for the Administration*, Ley (*Act*) de 23 de marzo de 1967; no es un *ombudsman* propiamente; lo nombra el gobierno y sin plazo fijo. Cfr. mi libro *El defensor del pueblo*. *Ombudsman*, cit., t. I., pp. 146 y ss. La *ombudsmanía* es una manifestación de la enfermedad conocida con el nombre de *hipergarantismo*. Los *ombudsmen sectoriales* han proliferado hasta el exceso. Parece que cada profesión deba tener su *ombudsman*. En España, estamos ya sufriendo de tal enfermedad en general, y en especial en el campo del *ombudsman*. Ahora ya se proyecta —Universidad Carlos III, Getafe, Madrid, un “defensor del alumno” (Cfr. “Vida Universitaria”, en *Gaceta Universitaria para la Universidad de Madrid*, 1 de junio de 1982).

tología, el convencer a través del razonamiento— el vencer, apoyados por la coerción —en la ejecución forzosa de las resoluciones—, y otros participan del convencer y del vencer —recuerdo el ejemplo de la Comisión de la ONU sobre la tortura—, el *ombudsman* no puede sino convencer a través de sus razonamientos. No tiene potestad de *imperium* como la jurisdicción; no es un juez. Todo esto es un lugar común para los algo conocedores de la figura.

Pero estimo que no es tan conocido el *iter* que debe conducir a la efectividad de resoluciones, como las del *ombudsman*, no protegidas de lejos o de cerca por un cierto elemento coercitivo, básico en la idea de *sanción* —ya veremos que es dudosa la existencia de sanciones en este terreno—. Este elemento ideológico es la *auctoritas*, ya que no la autoridad. Idea romana, la de la *auctoritas*, hermosa y amplísima.

El hecho histórico de que durante la República romana el campo esencial del derecho privado, se hallase dominado por dos órganos que constitucionalmente “no podían hacer derecho” —esto es, los jurisconsultos y el pretor— se debe explicar por el sentimiento de *libertas* de los ciudadanos romanos, sentimientos de “posesión de sí mismos”, de poder dirigir y producir la propia conducta sin padecer de presiones ajenas (lo mismo que se manifestaba en la conciencia de la autonomía e intangibilidad de la personalidad, y de la esfera vital de los demás).²⁷

Ello, a su vez, conducía a la *pides*, obligación de conducirse de tal manera que la actividad fuese correspondiente a la propia personalidad. Y todo ello creaba a su vez una *auctoritas*,²⁸ esto es, “un

²⁶ Cfr. Alvarez Suárez, *La jurisprudencia romana en la hora presente*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1966, p. 66. Cfr. también De Francisci en *Arcana Imperii*, Milán, Giuffrè, t. III, pp. 126 y ss.

²⁷ Cfr. Von Lübtow, U., “De Iustitia et Iure”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, Weimar, 1948, t. LXVI, p. 148. Como se ve, utilizamos —y utilizaremos— el concepto romano de la *auctoritas*, que no puede ser confundido con el moderno concepto de “autoridad”, cfr. mi libro *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Madrid, EDESA, 1986, cap. II y ss., *passim*, y mis trabajos “Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad” y “La independencia judicial en España en la actualidad”, en mis *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDESA, t. I, 1983, *passim*; y “La potestad jurisdiccional”, en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, Almanza, julio-diciembre de 1972, p. 72; mi trabajo “La independencia judicial”, ponencia nacional al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Würzburg, 1983), en *Estudios, cit., passim*.

²⁸ Cfr. Alvarez Suárez, *op. cit., loc. cit.*

prestigio, una dignidad social, una fuerza moral que, de rechazo, revierte a nuestro ser, reafirmando y robusteciendo la obligación de ser fieles a nosotros mismos²⁹ para poder seguir siendo dignos de tal *auctoritas*.³⁰

La *auctoritas*, era, pues, referida a un acto determinado, la afirmación de su indiscutible validez, asentada en una serie de valores morales basados y refrendados por la tradición.³¹

Y el jurista republicano era un centro de atracción social, con la base en ese prestigio sus consejos —*responsa*— en materia jurídica, en su valor, derivaban del prestigio, de la *auctoritas* del jurista que los formulaba (*auctoritas prudentum*); al ser recogidos por el pretor, se cerraba el círculo de la elaboración del derecho.³²

Gran parte de la crisis sufrida por la jurisprudencia romana en los últimos tiempos de la república, se debió a su vez a una crisis de la *libertas* política, y por ello también de la *auctoritas* jurisprudencial. Y el renacimiento de la *auctoritas* se debió a Augusto, así como el de la *libertas* (así lo dice él mismo en sus *Res gestae Divi Augusti*), constituyendo una de las claves de los poderes estatales que concentró en sus manos.³³ La *auctoritas*, centrada en su propia actuación siguió siendo un “prestigio y ascendiente moral” socialmente merecido; y en ese poder se basaron sus poderes políticos. Y, naturalmente, al decaer las cualidades morales de los emperadores, decayó su *auctoritas*.

Y con respecto al campo del derecho, centralizó Augusto también en sus manos la antigua *auctoritas* de las *responsa*, de los dictámenes

²⁹ Con esta altísima concepción valorativa como base de la vida, no es de extrañar lo lejos que Roma llegó. . .

³⁰ Sobre la *auctoritas* romana, *cfr.* De Francisci, *Sintesi Storica del Diritto Romano*, Roma, Ateneo, 1948, pp. 228 y ss., especialmente 238 y ss.; y en *Arcana Imperii*, *cit.*, t. III, p. 303 y ss. Meditativamente, sobre la obra de Von Premersstein, tan famosa (“Vom Werden und Wesen des Prinzipats”, en *Abhandlungen der Bayerische Akademie der Wissenschaften*, en especial pp. 100 y ss.), *cfr.* Visscher y Schultz, “Das Wesen des *ius respondendi*”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, *cit.*, 1948, t. LXVI, p. 423 y ss.; el mismo Schultz, *Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon, 1936, pp. 161 y ss.; de nuevo, críticamente, sobre el principado, Kunkel, “Bericht über neuere Arbeiten zum römischen Verfassungsgeschichte”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, LXXXVIII (1858), pp. 302 y ss. También *cfr.* Álvarez Suárez, *op. cit.*, p. 51. Schultz, *op. cit.*, p. 164.

³¹ *Ibid.*, pp. 52 y ss.; también 124.

³² De modo diverso, consideradas las fuentes por Kunkel, en “Das Wesen des *ius respondendi*”, *cit.*, pp. 423 y ss., sobre el paso de las *responsa* anteriores a las catalizadas por el emperador.

³³ *Cfr.* Álvarez Suárez, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

de los jurisconsultos, al conceder, al menos a algunos de ellos, un *ius publice respondendi ex auctoritate principis*;³⁴ de tal modo que en él mismo se encontraba el prestigioso amparo de la fuerza moral y social de tales juristas. En efecto, al conceder a diversos jurisconsultos el que formularsen sus dictámenes —*responsa*— *ex auctoritate principis*, dejó que la jurisprudencia participase de la aureola que le rodeaba a él, a Octavio, y no sólo por razones de estrategia política, sino en consonancia y para el perfeccionamiento y continuidad de las antiguas concepciones romanas, que habían entronizado a la jurisprudencia en una posición de alta consideración, como verdadera representante del pueblo en materia de derecho.³⁵

Este prestigio se ha desarrollado históricamente como protector de un determinado sistema de creación del derecho, y después de su aplicación evolutiva. Y así, después del fenómeno romano —pero emparentado con él en sus raíces por la identidad de la figura básica de la *auctoritas*— hemos de recordar, por ejemplo, en los reinos españoles medievales, la *auctoritas* del rey Alfonso X, el Sabio, y del grupo de juristas que en su tiempo trabajó para él (especialmente, la *auctoritas*, siempre subsistente, de las Partidas). Y hemos de recordar, en el Reino de Aragón, la *auctoritas* del Justicia Mayor del Reino —comprobaba fidedignamente, desde los fueros de 1348— actuando no como juez supremo, sino como *dictaminador* —aunque *sus dictámenes eran vinculantes*;³⁶ y la *auctoritas*, el enorme presti-

³⁴ Cfr. De Francisci, en *Arcana Imperii*, t. III, pp. 307 y ss.

³⁵ Cfr. Von Lübtow, *op. cit.*, p. 546.

³⁶ Cfr. sobre estos fenómenos mi librito *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1972, *passim*; mis trabajos “El proceso aragonés de manifestación y el británico de *habeas corpus*”, en mis *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, t. I, pp. 131 y ss.; “La defensa del derecho de libertad personal en la historia y en la actualidad españolas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 69, 1972, pp. 9 y ss.; “Los procesos medievales aragoneses y los derechos del hombre”, en *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV (1968-1969), pp. 343 y ss.; “*Habeas corpus*” y “Manifestación” en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, *cit.*, t. I, pp. 313 a 455, *passim*; “Los procesos de *Greuges*, de firma de derecho y de manifestación de personas, el *writ de habeas corpus*, el *mandado de segurança*, el recurso de amparo, garantías históricas y actuales de los derechos fundamentales de libertad de locomoción y de no sujeción a la tortura”, en mi libro *La reforma procesal penal*, Madrid, EDESA, 1992, pp. 471 y ss., *passim*; “La naturaleza jurídico-procesal del *habeas corpus* (y la ley española del *habeas corpus* de 24 de mayo de 1984)”, en el mismo libro, pp. 557 y ss.; “La lucha contra privaciones de libertad y torturas; ojeada sobre la manifestación y el *mandado de segurança*”, en la edición conmemorativa *Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 1991, pp. 391 y ss.; “Die aragonesischen Verfassungspro-

gio, aún, también, subsistente, de que gozaron los recursos de amparo por él administrados, esto es, los de firma de derecho y de manifestación.

Pues bien, es ese prestigio, esa *auctoritas*, la base fundamental de la efectividad de la obra del *ombudsman*. Sus recomendaciones, sugerencias, etcétera, en forma de informes como sea, no tienen la fuerza —*imperium*— de obligar, como si fueren sentencias, ya que ni él es juez, ni ellas son sentencias. La fuerza que tienen de imponerse a las poderosas administraciones a las que van dirigidas, es la de la *auctoritas*, al del prestigio del *ombudsman* que las elaboró y emitió.

La ejecución forzosa no existe para las recomendaciones y sugerencias del *ombudsman* —si existiere, éste habría devenido juez y su actuación, jurisdiccional.

El paso siguiente al de la determinación de la *auctoritas* del *ombudsman* —si no la tiene o adquiere, está perdido: es el de la elaboración de la fuerza que pone en acción sobre aquella base.

La fuerza de los jueces y tribunales es una potestad —la jurisdiccional—³⁷ pero las potestades jurídicas surgen, como es lógico, sólo en el campo del derecho, y se manifiestan a través de normas jurídicas.

Por lo que —y este paso parece paradójico, a estas alturas— es necesario examinar si las normas de actuación del *ombudsman* —y me sigo refiriendo al modelo sueco, finlandés y español— son jurídicas o no.

El problema aparece si nos damos cuenta de que esas reglas tienen como base de su efectividad última —esto es, la puesta en práctica por las administraciones, de las *recomendaciones* del *ombudsman*: la *auctoritas* y nada más. Con lo que se suscita la pregunta: ¿son jurídicas las reglas cuya efectividad se basa en la *auctoritas*?

zesse (Wesen und Entwicklung, Herkunft und Verbreitung)", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, 1974, t. LXXXI, pp. 117 y ss.; "Die rechtlichen Mittel gegen Angriffe und Eingriffe in die persönliche Freiheit von den römischen Interdicta über die Lex Baiuvariorum bis zum spanischen Recht des Mittelalters", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, 1992, t. CVIII, pp. 335 y ss.; "Notas sobre el encuadramiento del proceso de *habeas corpus* como modelo procesal", en el libro homenaje al doctor Franz Matscher, de la Universidad de Salzburg (pruebas corregidas).

³⁷ Cfr. mi trabajo *Poder, potestad, función jurisdiccional*, cit.; y sobre el concepto de potestad, Santi Romano, "Frammenti di un dizionario giuridico", Milán, Giuffrè, 1947.

En principio, estimo que no cabe oponer objeción. Mas es necesario examinar si se trata de *normas completas*; esto es, de buscar la correspondiente *sanción*.

Antes de pasar a examinar este problema, débese tratar de los medios de la persona designada (o a designar) como *ombudsman*, de adquirir esa *auctoritas* fundamental. Hemos llegado a la convicción de que concurren necesariamente los siguientes elementos: *a)* ser ajeno y estar alejado de la política;³⁸ *b)* la *publicación* de su nombramiento —su conocimiento por el pueblo—;³⁹ su fácil accesibilidad por el pueblo;⁴⁰ *d)* la gran publicidad de sus actuaciones y decisiones;⁴¹ de lo que proviene, *e)* la *mentalización*, o sea la comprensión, por los ciudadanos de la figura e institución del *ombudsman*.⁴²

Una vez consolidado el *ombudsman* por la concurrencia de estos presupuestos —sin olvidar otro, naturalmente, para nosotros, partidario del modelo sueco, imprescindible: el de ser un jurista de altura comprobada; y de altísimas cualidades de ética y de moral—⁴³ ahora sí se plantea el problema o los problemas del carácter, de la fuerza de sus decisiones. En una palabra, el problema de las sanciones.

La sanción podría ser definida como una *autodefensa de la norma*, ya que debe hallarse ínsita en ella o muy próxima;⁴⁴ es un

³⁸ Cfr. mi libro *El defensor del pueblo*. Ombudsman, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, t. I, p. 50, y bibliografía allí citada; Constitución de Suecia de 1809, § 96; Finlandia, artículo 14 de la Ley de Instrucción al *ombudsman*; Israel, artículo 7 (a) de la Ley del Controlador del Estado y Comisionado para las Quejas del Público.

³⁹ Cfr. mi libro *El defensor del pueblo...*, t. I, pp. 51 y ss. y bibliografía allí citada.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 53.

⁴¹ *Ibid.*, p. 54.

⁴² *Ibid.*, p. 53.

⁴³ *Comprobada*. Y bien, que no ocurra como con algún “jurista de reconocida competencia” de los que cita la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no han sido reconocidos sino por la misma orden de su nombramiento. Cfr. mi libro *El defensor del pueblo...*, t. I, p. 48; como en Finlandia, Noruega y Dinamarca, en España no se exige la calidad de jurista (artículo 3º de la Ley del Defensor del Pueblo de 6 de abril, 1981), pero hasta ahora, los dos *ombudsmen* han sido y son juristas prestigiosos —probados.

⁴⁴ Cfr. mi trabajo “Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso (la defensa)”, en mi libro *La reforma procesal penal, cit.*, pp. 39 y ss., y bibliografía citada.

*expediente*⁴⁵ para evitar los efectos de su inobservancia;⁴⁶ la reacción contra ésta para mantenerla viva.

La sanción —y hay múltiples tipos: preventivas, represivas, penales o premiales, positivas o negativas, etcétera—,⁴⁷ si no coincide ciertamente con la coerción, si se halla amparada más o menos lejos por ella.⁴⁸

Las normas sobre los *ombudsmen* son de primer grado,⁴⁹ esto es, de las que rigen la convivencia entre los hombres directamente; luego deben comprender o tener el apoyo de sanciones institucionalizadas,⁵⁰ sanciones jurídicas.⁵¹ La cuestión es diferente de la de las normas sobre el ejercicio de la jurisdicción, provistas de sus correspondientes sanciones —o llevándolas implícitas— hasta lo máximo, así como las correspondientes a la desobediencia descarada al precepto —la norma que estatuye la pena.

El *ombudsman* está provisto de normativa con clara sanción en materia de procedimiento, de sus procedimientos; y, en efecto, no podría proceder si no estuviera apoyado por cierta *coertio* —por ejemplo para apoyar las comparecencias; si el quejoso o el funcionario se niegan a comparacer ante él su trabajo no puede continuar—. Y también en el ordenamiento de Suecia se prevé expresamente una potestad disciplinaria de los *ombudsmen* en sus procedimientos, pudiendo imponer multas (artículo 21 de la Ley de Instrucciones del *Ombudsman*, de 27 de noviembre de 1975, publicado el 18 de diciembre de 1975). En Finlandia, además, como en Suecia, apoya el poder del *ombudsman* parlamentario (*Eduskunnan Oikeusasiamies*) de acceso a los tribunales como parte,⁵² es exigible, la ayuda de las

⁴⁵ Expresión muy poco comprometedor; en materia de sanciones, es de mayor interés su función que su concepto. *Cfr.* la nota siguiente.

⁴⁶ *Cfr.* Bobbio, la voz “Sanzione”, en el *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, UTET, pp. 530 y ss.; arg. en “Commandi e consigli”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civil*, XV, 1961, pp. 360 y ss.

⁴⁷ *Cfr.* mi trabajo “La defensa”, en *La reforma procesal...*, pp. 39 y ss.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁹ Sobre las normas de primer grado y de vértice, *cfr.* Bobbio, “Sanzione”, § 15, pp. 538 y ss., y mi trabajo “La defensa”, en *La reforma procesal...*, pp. 43 y ss.

⁵⁰ *Cfr.* Bobbio, “Sanzione”, *cit.*, § 15, pp. 538 y ss.

⁵¹ *Cfr.* mi trabajo “La defensa”, en *La reforma procesal...*, pp. 41 y ss.; Bobbio, “Sanzione”, § 15, p. 539.

⁵² Sobre Finlandia, *cfr.* los artículos 49 y 59 de la Constitución (de 1919 vigente) enmendada el 15 de enero de 1871; los artículos 1º, 4º, 5º, 6º, de la Ley de Instrucciones del *Ombudsman* de 12 de diciembre de 1919.

autoridades, para obtener “cualesquiera asistencias personales que necesite para el cumplimiento de sus obligaciones” (artículo 6º de la Ley de Instrucciones del *Ombudsman*); del Defensor del Pueblo de España puede considerar la falta de la cooperación necesaria por falta de los funcionarios interesados o de sus superiores, como “hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato” (artículo 18-2).

La inexistencia de sanciones ante la violación de las decisiones de los *ombudsmen*, acarrearía la inutilidad del personaje, ello es claro.

Y lo que ocurre es que tales sanciones —toda una gama— son menos claras, menos sencillas, menos directas quizás que las que se hallan ínsitas o acompañan a los preceptos jurisdiccionales, los que se aplican a través de los procesos.

Estas sanciones pueden comprenderse en dos grupos: las consistentes en que el *ombudsman* —recordémoslo, él mismo no es un tribunal, carece de jurisdicción— acude a los tribunales como parte, impetrandone una sentencia favorable a su pretensión —a los tribunales ordinarios, o a los constitucionales, y las que estriban en otras medidas ajenas al acceso a los tribunales.

Las decisiones del *ombudsman*, tomadas *ex officio* o por admisión de una queja de un ciudadano, pueden ser —volviendo atrás— las de acusar ante un tribunal —o ejercitar acciones de otro tipo—, las de ordenar a otro funcionario que acuse penalmente, las de poner el asunto en manos del Ministerio Público; además de éstas, el contenido de tales decisiones puede ser el de criticar una sentencia de un tribunal,⁵³ la *invitación* a abrir expedientes disciplinarios a funcionarios —cuando no está autorizado a instruirlos él mismo, Suecia—⁵⁴ las recomendaciones, las admoniciones, las sugerencias, las

Con respecto a Suecia, *cfr.* el artículo 96 de la Constitución de 1809; el capítulo 12, artículo 6 de la Ley del Instrumento de Gobierno —Constitución, Ley Fundamental— de 1 de enero de 1975; Ley de Instrucciones del *Ombudsman* de 27 de noviembre de 1975, publicado el 18 de diciembre de 1975, secc. 3, 6 (II), 7, 10. Con referencia a Israel, *cfr.* la Ley del Controlador del Estado y Comisionado para las Quejas del Público, del año 5.178 (1958), capítulo III, 14 (a) y (b); 43 (d). Para España, *cfr.* el artículo 28 —responsabilidad civil de los funcionarios— y 29 de la Ley del Defensor del Pueblo de 6 de abril de 1981 (recursos de inconstitucionalidad y de amparo).

⁵³ *Cfr.*, en Suecia, el *ombudsman* Bexelius, *cfr.* en Donald C. Rowat, “El *ombudsman* de asuntos civiles”, *cit.*, pp. 61 y ss.

⁵⁴ *Cfr.* los *ombudsmen* suecos Lundvik, Thyresson y Wenergren, “Te svedish Parliamentary Ombudsman”, Stockholm, Library Tryck, 1976, pp. 9 y ss.

amonestaciones a funcionarios, las directivas,⁵⁵ las exigencias⁵⁶ de explicaciones, las denuncias a la superioridad político-administrativa;⁵⁷ las instrucciones,⁵⁸ los recordatorios,⁵⁹ los requerimientos.⁶⁰

Todas estas soluciones tiene mayor o menor carácter compulsivo *gramaticalmente* —no es lo mismo una “opinión” que una denuncia a la superioridad y que una directriz—, constituyendo el aparato del *impacto indirecto* del *ombudsman*⁶¹ y el *efecto disuasorio*. La publicidad general dada a estas decisiones —la publicidad general continua en los medios de comunicación es otra de las bases de la efectividad de la figura del *ombudsman*,⁶² y la especial, en sus informes al parlamento refuerza específicamente la misma; y el *impacto indirecto*. El incluir el nombre del funcionario o funcionarios “hostiles o entorpecedores”⁶³ a la labor del *ombudsman*, constituyen una sanción socialmente muy grave; es la sucesora —sin merma de la humanidad— de las antiguas penas infamantes públicas —el píloro, el

⁵⁵ Por ejemplo el *ombudsman* de Israel, Ley del Controlador, *cit.*, artículo 13 (d).

⁵⁶ *Ibid.*, artículos 11 (d) y 43 (b).

⁵⁷ *Ibid.*, artículos 14 y 43 (b).

⁵⁸ *Ibid.*, artículo 13 (2).

⁵⁹ En Finlandia, aparecen en el artículo 4 de la Ley de Instrucciones del *Ombudsman* Parlamentario, con el nombre de “representaciones”, tan castizamente español. *Cfr.* Jorma S. Aalto, “Ombudsman Parlamentario”, *The Parliamentary Ombudsman in Finland. Position and Function*, Helsinki, Government Printing Center, 1976, p. 19.

⁶⁰ *Cfr.* Israel, Ley del Controlador, sección 12, enmienda 8ª de 1975.

⁶¹ *Cfr.* Nebenzahl, *Ombudsman*, “The Direct and Indirect Impact of the Ombudsman”, conferencia pronunciada en la Conferencia Internacional de Ombudsmen, en Alverta, Canadá, el 9 de septiembre de 1976, publicada en “The Fifth Year of Israel Ombudsman”, en *Jerusalem Post*, 1977, *passim*.

⁶² Sobre el fundamental principio de publicidad general de las actividades del *ombudsman*, en sus acepciones de la procedimental para las partes, y la ulterior y grande de sus decisiones —y aun de todos sus expedientes para terceros— *cfr.* mi libro *El defensor del pueblo. Ombudsman*, *cit.*, t. I, pp. 486 y ss. En cuanto a la publicidad en los procedimientos de algunos *ombudsmen clásicos*, *cfr.*, por ejemplo, el Lundvik “Comentarios”, *cit.*, en Rowat, pp. 86 y ss.; Lundvik, Thyresson y Wennergren, *cit.*, p. 5; Aalto, *cit.*, p. 74; Hiden, “The Ombudsman in Finland: the first fifty years”, Institute of Governmental Studies, Universidad de California, Berkeley, 1973, p. 121 y ss. Contribuye de sobremanera a perpetuar esa publicidad general, el o los informes de los *ombudsmen* a los respectivos parlamentos. Para Suecia, *cfr.*, por ejemplo, Ibrahim al Wahab, “The Swedish Institution of Ombudsman. An Instrument of Human Rights”, Stockholm, Liber Förlag, 1979, pp. 134 y ss. *Cfr.*, también, con referencia a Dinamarca, Kragemose, *cit.*, col. 3ª; y para Noruega, Walnum, “El *Ombudsman* noruego”, Oslo, publicación del Real Ministerio de Asuntos Exteriores, 1969, p. 4.

⁶³ Artículos 18, 24, 33-2, de la Ley del Defensor del Pueblo, española.

“sacar a la vergüenza”—. Y la publicidad dirigida intencionadamente a que el parlamento exija responsabilidad política al funcionario entorpecedor.⁶⁴ Y todo puede rematarse por medio de la aplicación de la normativa penal —delito de desobediencia del funcionario— contra el *ombudsman*.⁶⁵ O por medio de la grave sanción social que es *el ridículo*.

El sistema de sanciones es bastante completo. Se puede objetar probablemente la falta de proporcionalidad de las mismas con respecto a la falta cometida; mas hay que tener en cuenta que la esfera en que el *ombudsman* se debe mover, no es la de la severidad de los tribunales. Y, de otro lado, la existencia del *ombudsman* no supone que el ciudadano haya de acudir a él necesariamente; puede hacerlo a los tribunales.

En resumen: el *ombudsman* actúa a base de su *auctoritas*, de la sencillez y gratuidad de sus procedimientos, de la pronta efectividad —resolución de los mismos— y de la gran publicidad de sus actuaciones. La primera cualidad de los *ombudsmen* es punto clave; un *ombudsman* sin prestigio ha dejado de existir. *Cada uno es hijo de sus hechos*, decía don Quijote de la Mancha.

Y son los hechos los que abonan por la continuidad del fenómeno, nacido en Suecia como un incidente constitucional interno en 1809, pese a los defectos que en relación con los tribunales y con su actuación jurisdiccional pueda tener.

Aunque la combinación de estos medios —el o los procesos, con el constitucional sobre todos ellos con la labor del *ombudsman*, es la que debe dar mejores resultados. Véase lo que ocurre en Suecia, Finlandia y España.

En cuanto al carácter de las sanciones que no consisten en poner en práctica la amenaza de perseguir penalmente a alguien —sería la socialmente llamada “pena de banquillo”— las demás —las de la

⁶⁴ Cfr. el *ombudsman* de Israel, en el caso “El Ministro de la Vivienda, Avraham Ofer, tenía responsabilidad parlamentaria por el hundimiento de la pared de un piso situado en un edificio construido por el Ministerio de M. Ofer”, en “Four years of Israels Ombudsman. The Annual Reports of the State Controller in his Capacity of Commissione por Complaints from the Public”, en *Jerusalem Post*, posterior a 1875, pp. 34 y ss. Efectivamente, el *ombudsman*, fatigado de diligencias inútiles ante las negativas o eflujos del ministerio, acabó por notificar a mister Ofe “que debía reconocer su responsabilidad ministerial en esta materia”. La medida nos parece excelente, y debería propagarse.

⁶⁵ Artículos: 23-2 de la Ley española; 43 (d) de la Ley israelí; Ley de Instrucciones de Suecia, sección 6ª; 49 de la Constitución y 1º de la Ley de Instrucción del *Ombudsman*, en Finlandia.

familia de las “recomendaciones”— tienen un indiscutible valor social, pero no metajurídico; ese valor es el del sentido común que las apoya, el de la equidad, en ese genuino sentido español (*et si dicti fori non suffecerint, ad naturalem sensum vel aequitatem recurratur*, proemio de la *Recopilación Foral de Aragón* de 1447; estuvo en vigor hasta 1924).

Y ese componente social de tales sanciones se juridifica con la tardanza en cumplir con tales “recomendaciones”; y puede llegar a lo más grave, a lo delictivo —desacato, desobediencia, *contempt of court*, etcétera.

La defensa de los derechos fundamentales y libertades por el *ombudsman*, se halla expresada claramente en la Ley de Instrucciones del *Ombudsman* (LIO) de Suecia vigente (27 de noviembre de 1975), publicada el 18 de diciembre:

Constituye un trabajo de especial incumbencia del *ombudsman* asegurarse de que los tribunales y las autoridades administrativas observan lo previsto en la “Ley de Instrumento de Gobierno”⁶⁶ que se refieren a la objetividad e imparcialidad, y que los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos no han sido vulnerados en los procedimientos de la administración pública.⁶⁷

Si bien, como sabemos, los *ombudsmen* no tienen jurisdicción, sino que su actuación defensiva de tales derechos —naturalmente,

⁶⁶ Recuérdese que la Ley de Instrumento de Gobierno de 1º de enero de 1975, es una de las tres que forman la Constitución de Suecia. Las otras dos son la Ley de Prensa de 1949 y la Ley de Sucesión al trono, de 1810. La Ley del *Riksdag* es también del 1º de enero de 1975, pero no es de las fundamentales.

⁶⁷ El artículo 1º de la Ley de Instrucciones del *Ombudsman* (LIO, de aquí en adelante) de Finlandia, dice así: “El *ombudsman* parlamentario (*Eduskunnan Oikeusasiamies*) debe atender a que los jueces y otros funcionarios públicos *defiendan las leyes* y otras regulaciones, tal como las instrucciones prevén para los funcionarios. En particular, debe adoptar las medidas necesarias, tal como se fijan, *infra*, siempre que un juez u otro funcionario haya infringido los derechos legales de los ciudadanos particulares o se haya excedido de su autoridad en el desempeño de sus funciones, haciéndose culpable de alguna práctica defectuosa, por parcialidad o negligencia grave”. El artículo 1º de la Ley del Defensor del Pueblo, española, de 6 de abril de 1981, dice así, a su vez: “El Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas *para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución*, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Ejercerá las funciones que le encomienda la Constitución y la presente ley”. Se aprecia claramente el objetivo de la ley y de la figura española del *ombudsman*, si se recuerda que en este título se hallan los derechos fundamentales, así denominados en su epígrafe general.

con preferencia sobre los demás— es notable pues “se ofrecen a los ciudadanos como agentes expertos e imparciales, cuya acción no acarrea ningún gasto económico a los reclamantes, sin dilaciones, sin la tensión de tener que litigar con un oponente, más sintéticamente, diría que defiende el derecho humano del individuo y colectivo de la comunidad contra las deficiencias administrativas”.⁶⁸

(Hay que notar que las administraciones públicas en la actualidad, como complejos orgánicos e institucionales, “son las unidades organizativas en las que el Estado ha concentrado la mayor cantidad y calidad de cometidos, funciones e instrumentos restrictivos de los derechos individuales”.)⁶⁹

Una de las concausas mayores de su difusión por todo el mundo, partiendo de Suecia (y Finlandia) es, evidentemente, la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de control y fiscalización de las actividades de las “administraciones públicas”, que “no constituyen en la actualidad un valladar suficiente para frenar los abusos estatales”.⁷⁰ Dichos y clásicos medios, como el parlamentario o la revisión jurisdiccional de los actos y resoluciones administrativos, son imprescindibles en los sistemas democráticos y de derecho, pero en ocasiones un tanto lejanos para el ciudadano de a pie; así, la complejidad de los procedimientos por los que se rigen los órganos jurisdiccionales en su funcionamiento, limitan el acceso a esta vía y en todo caso la convierten en compleja⁷¹ y, desde luego, la experiencia ha demostrado que es lenta”.⁷²

Tampoco los tribunales de justicia son el ámbito ideal donde residen miles de pequeños conflictos surgidos entre los ciudadanos y las administraciones públicas [y no se olvide: El *ombudsman* debe demostrar a las administraciones que lo objetivamente faltó de importan-

⁶⁸ Cfr. Maiorano, secretario general de la presidencia de la nación argentina y presidente del Instituto Latinoamericano del *Ombudsman*, “El *ombudsman* y la protección de los derechos del hombre”, conferencia pronunciada ante el senado de Francia el día 16 de enero de 1992, a invitación del *Mediateur* francés, Paul Lagatte, I, 2, fol. 3 y 4 (en mecanografía).

⁶⁹ Cfr. Maiorano, *cit.*, III, § 7.

⁷⁰ *Ibid.*, § 8.

⁷¹ Cfr. mi monografía *Ensayo sobre procesos complejos*, Madrid, Tecnos, *passim*; y mi ponencia nacional sobre el tema expuesta en el IX Congreso Internacional de Derecho Procesal (ponencia general, los doctores Lindelom y Watson, “Courts and Lawyers before complex procedure problems”, publicado en las actas del congreso).

⁷² Cfr. Maiorano, *cit.*, III, § 9.

cia para ellas, es lo bastante importante para el ciudadano quejoso] ⁷⁴ que podrían y deberían encontrar otro camino para su resolución, no necesariamente jurisdiccional. En parte, porque los ciudadanos, ante la magnitud y complejidad del empeño, renuncian a la empresa, enfrentados con la necesidad de tener que designar abogado y procurador, formalizar demandas, apelaciones, costo económico y, lo que es más grave, el tiempo que se tarda en obtener sentencia y en conseguir que se ejecute.⁷⁴

Por otra parte, no puede pedirse que nuestros parlamentos se conviertan en foro de un minucioso y detallado control de la actividad de los órganos y entes administrativos.⁷⁵ Su función se agota en el ámbito de las grandes decisiones nacionales, lejanas de las pequeñas minucias cotidianas de los individuos, para quienes, sin embargo, constituye enormes dramas imposibles de resolver por los recursos tradicionales.⁷⁶ Se da la razón al ahora ex *ombudsman* de Israel, Nebenzahl.⁷⁷

Una manera de disipar el secretismo de que se envuelve la administración es el recurrir a un *ombudsman*. Cualesquiera restricciones que pueda tener con respecto a la presentación de pruebas ante los tribunales administrativos estas restricciones no son oponibles en efecto, al *ombudsman*.⁷⁸ Este recurso al *ombudsman* puede permitir al ciudadano obtener o descubrir un posible caso de mala administración de la que es víctima; ahí existe un elemento esencial para completar todo el cuidadoso sistema de facilitar el acceso a los tribunales. La historia del *Parliamentary Commissioner*, como se llama en Inglaterra al *ombudsman*, muestra de manera sugestiva, que así se provee a los ciudadanos, en sus relaciones con la administración, de una ayuda que otra fuente no puede suministrar.⁷⁹

⁷³ Cfr. Nebenzahl, "The direct and indirect Impact of the Ombudsman", *cit.*, p. 17.

⁷⁴ Cfr. Maiorano, *cit.*, III, § 9.

⁷⁵ El parlamento español en la actualidad es muy renuente a formar comisiones de investigación de posible responsabilidad política. Y la jurisdiccional es muy difícil de exigir hasta el final, dados los privilegios procesales que amparan a diputados y senadores, de inviolabilidad e inmunidad, y que entran en juego en cada ocasión.

⁷⁶ Cfr. Maiorano, *cit.*, III, § 9.

⁷⁷ Cfr. el fragmento citado del *ombudsman* Nebenzahl, en la nota 73.

⁷⁸ Cfr. lo dicho en la nota 75.

⁷⁹ Cfr. Harry Street, "Accès à la Justice et Etat-Providence. Le Point de vie d'un spécialiste de Droit Administratif. Rapport Général Europe", p. 301 (en "Accès à la Justice et Etat-Providence", de Cappelletti, con prefacio de René Davis, *Económica*, publicación del Instituto de Estudios Europeos, 1984).

Y, no lo olvidemos, en los países en los que se le concede legitimación para promover recursos de inconstitucionalidad (o de amparo), de la misma familia que ello “puede solventar el acceso al Tribunal Constitucional de los llamados intereses colectivos o difusos, de las formaciones sociales sin personalidad jurídica o de los sectores socioeconómicos más marginados y deprimidos”.⁸⁰

El interés de la figura transita asociada también a su estrecha vinculación con la protección de los derechos humanos y con la reforma administrativa (por ejemplo, en Chile, Guatemala, México) y en las nuevas democracias (Polonia, Hungría, etcétera). [Recordando a las dictaduras de Iberoamérica, Maiorano dice que] tiene a esa lucha por los derechos humanos como un elemento primordial del esfuerzo de construcción de nuevas democracias, cada vez más comprometidas en la defensa y fortalecimiento de las garantías individuales y sociales de la persona humana.

Cabe recordar que teóricamente, todos los individuos son titulares de los derechos enunciados desde 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas. [Pero] muchos derechos específicos —económicos, culturales y sociales— si bien están formalmente garantizados, no encuentran en la práctica cotidiana un canal propio para su reconocimiento efectivo. Constituye entonces para el *ombudsman*, reforzar los canales existentes y proveer los medios para la protección de los derechos humanos. De hecho, el más significativo desafío para el *ombudsman* es la defensa de los más postergados por la sociedad. En los países de desarrollo es precisamente la ausencia de esos derechos y de los medios para proteger su cumplimiento, uno de los presupuestos que torna necesaria esta institución.⁸¹

Los efectos de la institucionalización de la figura del *ombudsman* —allí en donde se le dota de facultades suficientes (modelo sueco o finés) y se consigue un buen personal y un buen funcionamiento, alejado de politiquerías—, deben ser, “los del aumento del control sobre la administración en áreas que escapan generalmente a los organismos y procedimientos tradicionales; y como repercusión de ello, aumentará la esfera de protección o tutela jurídica de los par-

⁸⁰ Cfr. Cascajo Castillo, “La tutela judicial reforzada de los derechos fundamentales y libertades públicas: los primeros recursos de amparo constitucional”, en *El Poder Judicial* (Jornadas organizadas por la abogacía del Estado, 1982), Madrid, publicación del Instituto de Estudios Fiscales, 1983, t. I, pp. 775 y ss., en especial pp. 785 y ss.

⁸¹ Cfr. Maiorano, *cit.*, V, § 11.

ticulares, propendiendo así a una integral defensa de las libertades y derechos fundamentales, no sólo los de carácter cívicos, sino también los de índole económica, social y cultural, así como los pertenecientes a la “tercera generación”, esto es, los de solidaridad social”.⁸² Además, piénsese en que no solamente se debe controlar la legalidad del acto administrativo, sino también su oportunidad y conveniencia.⁸³

El *ombudsman* ha de ser —y en aún no muy grande escala, lo está ya siendo— “la voz de los que no tienen voz”, por no encontrarse en condiciones socioeconómicas para acceder a los mecanismos clásicos de control.⁸⁴ Trae a colación Maiorano, un fragmento del ahora ex *ombudsman* (“defensor del pueblo”) español, profesor Joaquín Ruiz-Giménez muy apropiado al caso:

Por el informalismo del procedimiento, su gratuidad y demás, la institución será más solidaria con aquellos sectores de la población más carenciados, de menores recursos, quienes muchas veces, no sólo no pueden defender sus derechos e intereses frente a la Administración sino que, ignoran cuáles son esos derechos y cuáles los medios de tutelarlos, por lo que están siempre indefensos.⁸⁵

Por ello, su papel será —lo es— esencial en ese campo de lo “inimportante”, como decía Nebenkahl, en “el campo de las pequeñas faltas, desatenciones y abusos que tanto lesionan a los ciudadanos, ya por vulneraciones directas o porque impiden la concreción de esos derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran consagrados en las modernas constituciones, pero que distan mucho de obtener una eficaz protección”.⁸⁶

Se hace necesaria, aunque parezca extraño, “una búsqueda” de esos derechos que, textualmente, no son de los “fundamentales” re-

⁸² *Ibid.*, VII, § 13.

⁸³ *Ibid.*, VII, § 14.

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ *Cfr.* Ruiz-Giménez, primer *ombudsman* español, citado por Maiorano, *cit.*, VII, 2, § 14.

⁸⁶ Maiorano, *cit.*, VII, 2, § 13. *Cfr.*, además, el confuso panorama español actual, desde el punto de vista de la injustificada pluralidad de procedimientos, en mi trabajo “Los procesos de *Greuges*, de forma de derechos, y de manifestación de personas, el *writ* de *habeas corpus*, el *mandado de segurança*, garantías históricas y actuales de los derechos fundamentales de libertad de locomoción y de no sujeción a la tortura”, en mi libro *La reforma procesal penal*, *cit.*, especialmente pp. 525 y ss.

cogidos en los catálogos de las modernas constituciones, sino otros que forman con ellos familia, parentesco, constituyendo la gran red jurídica en que vivimos. Investigando sobre cada una de sus apariciones en la práctica, se acaba en muchísimos casos por ascender al derecho que en esa Constitución se halla como fundamental, expresamente.⁸⁷

Además, las administraciones *regladas*, elaboran reglamentos, y en ellos, procedimientos en ocasiones paralelos a los judiciales e inspirados en sistemas o modelos análogos: de bilateralidad bien respetada, de audiencia, de la defensa, de los recursos, etcétera; aunque también hay administraciones que se despeñan hacia lo inquisitivo, bordeando las inconstitucionalidades: me refiero a los regimientos de las administraciones financieras, y especialmente a los de las inspecciones.⁸⁸ Este campo, el del “pequeño reglamento sin importancia”, puede ser un refugio de nefastas antijuridicidades.

La conjunción “Convenciones de Derechos Humanos-Constituciones modernas” —y me refiero a las Convenciones de Roma (1950), de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 y de San José de 22 de noviembre de 1969— es dichosa, pero no exenta de complicaciones y aun de lagunas. Ese es el campo en que hemos de movernos para trabajar sobre la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Las convenciones han pasado en muchísimos países a ser derecho interno, a aplicarse por los propios tribunales y organismos nacionales; lo que ocurre muy a menudo es que las instituciones del ordenamiento jurídico nacional no están preparadas para ese contacto ni para esos procedimientos. Y nótese que esas convenciones son una gran fuente de trabajo y de inspiración para los *ombudsmen*.

De otro lado, naturalmente, en tales estados —ejemplo: Holanda y España— los tribunales nacionales —y lo mismo se entiende para

⁸⁷ Es lo que yo he hecho con referencia al proceso penal. *Cfr.* mi trabajo “Bases o principios para un código tipo de derecho procesal penal para los países iberoamericanos en relación con los derechos fundamentales”, en las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Quito, 1982), *Memoria*, I, pp. 49 y ss.; en *La Ley*, Madrid, 1984, y ahora en *La reforma procesal penal*, *cit.*, pp. 101 y ss.

⁸⁸ En mayo de 1992, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el artículo 130 de la Ley General Financiera, tal como se había introducido —indebidamente— en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1987; redacción que admitía la entrada en domicilios particulares a los recaudadores. Introducción abusiva en la Ley de Presupuestos Generales.

los *ombudsmen*—⁸⁹ no pueden aplicar normativa nacional incompatible con la de las citadas convenciones y sobre los derechos humanos.

El *ombudsman* de Holanda, Marten Ooating, ha efectuado la labor de sistematizar su labor de aplicación directa de las convenciones citadas, con referencia a los derechos humanos y libertades fundamentales en ellas regulados; una labor paralela a la que yo desarrollé, esta vez, sobre las bases de un posible código procesal penal para los países iberoamericanos.⁹⁰ Labor de búsqueda, en la doctrina y casuística, de “derechos” más o menos particulares, conectados o del grupo o familia de los comprendidos en las convenciones —y en las constituciones modernas— como fundamentales del hombre.

Sigamos esta sistemática, repito, paralela a la de un posible código procesal penal.

Con respecto al artículo 5º de la Convención de Roma; 9º de Nueva York y 8º de San José: sobre la detención y el internamiento. Debe haber una sospecha razonable que apoye la detención o internamiento de una persona.⁹¹

El detenido debe ser informado inmediatamente de las razones de su detención.

La policía debe respetar los plazos de entrega de los detenidos a la autoridad judicial —lo mismo que se aplica el principio del “plazo razonable” por los tribunales en los procesos jurisdiccionales.⁹²

Observancia de los requisitos legales para detener a quien no fue sorprendido *in fraganti*.

La observancia de la *presumptio innocencia*.

⁸⁹ Además, es posible actuar *ex officio* según ellas, lo cual facilita en gran manera la defensa de todos los derechos. Marten Ooating, National Ombudsman de Holanda, “The Ombudsman and Human Rights. Observations based on the Experience of the National Ombudsman of the Netherland”, ponencia a la reunión de *ombudsmen* escandinavos, Helsinki, 20 de septiembre de 1991, fol. 4 (en mecanografía).

⁹⁰ Véase nota 88.

⁹¹ También argumento del Tribunal Constitucional español, sentencias: 96/1986, de 10 de julio; 22/1988, 18 de febrero; 222/91, de 30 de diciembre, y 115/87; de 7 de julio. Y mi monografía “La identificación de personas desconocidas (comentario al artículo 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992, Madrid, Civitas, *passim*; y una síntesis, en *La reforma procesal...*, pp. 239 y ss. *Cfr.* Ooating, *op. cit.*, I, 2, fol. 3).

⁹² La casuística del defensor del pueblo español en sus informes está llena de tales quejas y decisiones.