

En el arbitraje internacional de derecho, se resolverá según prevea “la ley designada expresamente por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, conforme a la ley aplicable a la relación de la que deriva la controversia y, en último término, de acuerdo con la más apropiada a las circunstancias de la misma” (artículo 62). El título preliminar del Código Civil español, rige subsidiariamente (artículo 63 ley).

El arbitraje, ha proliferado en España, y es un camino ya muy hollado por quien pretende escapar de unos modelos procesales en crisis —por razones organizativas más bien; y por la desidia de quienes tenían la obligación de evitar una crisis “que se veía venir”.

Pero de antiguo, ya había arbitrajes especiales. Así, y desde 1929, el de las Cámaras de Comercio, Industrias y Navegación; uno de estos modelos es el del Consulado de la Lonja de Valencia, inspirado en la doctrina del *Consolat de Mar de Valencia* (Ordenanzas de 21 de mayo y 18 de septiembre de 1952), que organiza incluso arbitrajes internacionales.

4. Ha aparecido —es natural— un arbitraje en el mundo del consumidor. En efecto, el artículo 51 de la Constitución de 1978, insta a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos.

En ese camino, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, preveía en su artículo 31, que el gobierno establecería un sistema arbitral, sin formalidades especiales, para resolver, con carácter vinculante y ejecutivo para las partes interesadas, las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios.

Como experimento, se crearon las Juntas Arbitrales de Consumo; la nueva Ley de Arbitraje, de 1988, impulsó el arbitraje en el consumo (Disp. 5 dic. 2ª ley citada).

El Real Decreto de 3 de mayo de 1993, crea un arbitraje para consumidores y usuarios (sin perjuicio de la protección administrativa y judicial, dice el artículo 2º, 2,1), del cual se excluyen las cuestiones “sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución” (artículo 2º 2, a); aquéllas “unidas inseparablemente” (?) a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición (b), las de *ius cogens* (c) y

aquéllas en que concurren intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito (d).

Redacción esta última muy defectuosa, ya que parece aludirse, en general, a *la existencia de un auto de procesamiento* (por el uso de la expresión legal clásica de la LECRIM, artículo 384, I, “indicios racionales de criminalidad”), sin tener en cuenta que “oficialmente” (?) ese auto de procesamiento no existe en el procedimiento abreviado de la ley de 28/12/88, ni en el juicio de faltas.

Trataré de resumir la normativa sobre este nuevo arbitraje, que tantos horizontes parecer tener.

Ya se hace notar de sobremanera, que... de verdadero arbitraje, en el que predomine la voluntad de las partes, no tiene demasiado. Es el Estado el que forma los tribunales arbitrales —las presidencias; los vocales, sólo de manera complicada los nombran las partes; y en cuanto a los laudos rige el *fürherprinzip*, el voto dirimente del presidente... nombrado por entidad estatal. Se trata de un modelo influido por ideas totalitaristas, y de intervención máxima del Estado.

En la cúspide de la pirámide orgánica, está la Junta (Nacional) Arbitral del Consumo, adscrita al Instituto Nacional del Consumo (ya se ve que comenzamos bien). Y hay Juntas Arbitrales de Consumo de ámbito municipal, de mancomunidad, provincial, autonómica.

La Junta Nacional conocerá exclusivamente “de las solicitudes de arbitraje presentadas [a través de las asociaciones de consumidores y usuarios, otro escalón, cuyo ámbito territorial exceda del de una comunidad autónoma] por los consumidores y usuarios afectados por controversias *que superen dicho ámbito*.”

Las juntas arbitrales de seguros municipales, de mancomunidad de municipios, provinciales o de autonomía, se establecerán por la administración general del Estado, mediante convenios suscritos a través del Instituto Nacional del Consumo con las correspondientes administraciones públicas (artículo 3,2).

Cada junta se integrará por personas que podemos llamar “permanentes y fuera de la voluntad de las partes”: el presidente (recordemos: nada menos que apoyado en las votaciones por el *fürherprinzip* y el secretario, cargos que recaen en personal al servicio de las administraciones públicas, y designados por la administración de la que depende la junta. Esto, no tiene *nada* de arbitral, artículo 3,4).

Pueden someterse, los usuarios y consumidores, así como quienes importen bienes y les faciliten servicios; tienen las juntas funciones

de mediación entre ellos y la elaboración de modelos de convenio arbitral en los que se reflejarán las cuestiones que puedan ser sometidas a él; poniéndolos a la disposición de los interesados (artículo 4).

La formalización del contrato (casi se le podría llamar “cuasi-contrato” solamente) de arbitraje, depende en su forma, si la persona reclamada —la vendedora, etcétera— ha verificado o no una oferta pública de sumisión al sistema arbitral del consumo con respecto a futuros conflictos con sus consumidores o usuarios; si hay tal oferta, el convenio se perfecciona con la solicitud de arbitraje del consumidor o usuario (formulada por escrito “o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos”, artículo 6,1); pero si el demandado de arbitraje no había hecho oferta pública de sumisión futura, entonces, la solicitud, presentada a la Junta, deberá ser aceptada o rechazada por él, por escrito, en plazo de 15 días hábiles (artículo 9º, 1).

Los árbitros, no es sencillo nombrarlos en esta multitud de personas y de autoridades.

El presidente, ya sabemos que se elige por la junta arbitral (?) del personal de las administraciones públicas, licenciado en derecho previamente nombrado por la administración de la que depende tal Junta (municipio, mancomunidad, provincia, comunidad autónoma). Ésto, repito, *nada tiene de arbitral* (y él tiene voto dirimente) —aun menos margen para la autonomía de la voluntad de las partes— el secretario, sin voz ni voto, tampoco es de nombramiento de las partes (artículo 11-4).

Pero el presidente puede ser nombrado por las partes si lo solicitan de mutuo acuerdo “atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación”.

En cuanto a los árbitros-vocales, si la queja o reclamación se ha formulado a través de una organización de consumidores o de usuarios, el representante lo designa ésta en la junta arbitral; pero si tal reclamación se presentó directamente ante la junta, entonces la designación del representante del consumidor o usuario, se hace *de oficio* entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores (artículo 11 b). Esta *ex officio*, tampoco tiene nada que ver con la autonomía de la voluntad individual en los arbitrajes.

Y el árbitro-representante de los sectores empresariales, será el designado por éstos en la junta arbitral, si el reclamado figura en una organización sujeta al sistema arbitral; en los demás casos se le nombra *ex officio* entre los propuestos previamente por las organizaciones empresariales (artículo 11,1).

Las juntas arbitrales de consumo, tendrán actualizadas las listas de presidentes de colegios arbitrales y de los árbitros inscritos por las asociaciones de consumidores y usuarios y por las organizaciones empresariales adheridas (artículo 11,2).

Esta publicación de los cargos, deja escasos resquicios a lo puramente “arbitral” que la normativa *parecía* presentar.

El procedimiento, consta de fases que lo hacen casi digno de ser un proceso jurisdiccional *corriente*.

Hay una fase de “audiencia a las partes” que “tendrá carácter privado” (no se sabe por qué razón, frente al principio de la calidad predominante constitucional); tal audiencia podrá ser verbal o por escrito, pudiendo las partes presentar los documentos y hacer las alegaciones que consideren necesarias (artículo 12-1). Durante esta fase, la junta podrá intentar la conciliación, que, de lograrse, se recogerá en el laudo (artículo 12-4).

Después, hay un periodo probatorio: “el colegio arbitral acordará la práctica de las pruebas pertinentes, citando para ello a las partes, las cuales podrán intervenir por sí mismas o debidamente representadas” (artículo 13,1). Se pueden acordar pruebas *ex officio*.

Tras este periodo probatorio, se puede abrir otro de alegaciones conclusivas de las partes (artículo 13,4).

El laudo, se debe dictar en plazo máximo de 4 meses desde la constitución del colegio arbitral (artículo 14,1); plazo prorrogable si las partes lo acuerdan expresamente (artículo 14,2).

El laudo (artículo 16) ha de constar de un encabezamiento —lugar, fecha, nombres de árbitros y partes, puntos controvertidos en el arbitraje; cuerpo, relación sucinta de las alegaciones de las partes; “las pruebas practicadas, si las hubiere” [¡qué lamentable redacción!]; y de decisión —sobre cada uno de los puntos—; más el plazo de cumplimiento del laudo. Haciéndose constar los votos de la mayoría y el disidente si lo hubiere [a mi entender, también del privilegiado del presidente, *führerprinzip*, y las firmas de los árbitros (artículo 16)].

Si el arbitraje fuera de derecho, el laudo ha de contener motivación (artículo 16,2).

Los gastos provocados por las pruebas practicadas a instancia de las partes, se repartirán como en juicios ordinarios, si no hubiere condena explícita en costas; o por compensación. Pero si en el laudo se aprecia mala fe o temeridad en alguna de las partes, el tribunal arbitral (?) puede imponer diferente distribución de tales gastos.

Como se verá, los autores de la normativa, no se han preocupado demasiado de remozar el viejo sistema de costas de la ley.

El laudo es vinculante y surte “efectos idénticos a la cosa juzgada” (artículo 17,1).

Su ejecución, se efectúa como la de una sentencia —naturalmente; ya que de laudo arbitral tiene muy poco y mucho más de sentencia disfrazada con aquel nombre.

Cabe el recurso de nulidad del mismo (artículo 17-2 y 45 de la Ley de Arbitraje); y sobre si cabrá el recurso de revisión del artículo 37 de la citada Ley.

Nos encontramos ante un “arbitraje” cuya base dicese ser voluntaria. Pero a lo largo del texto, el individuo consumidor o usuario —y su voluntad básica para concertar compromisos arbitrales— se ve sumergido por diversas entidades. En primer lugar, por las asociaciones de consumidores o usuarios, que son la clave de su representación; se hallará ante un “tribunal arbitral” del que no elige el presidente, que tiene, además, voto privilegiado —el *führerprinzip* tan desacreditado en España, aparece una vez más *oficialmente*—. El carácter temporal posiblemente ilimitado de tales cargos, les quita el carácter arbitral, en beneficio del simplemente administrativo, funcional.

La gratuidad, no está desarrollada —y en muchos casos, el usuario o consumidor, *es pobre* jurídicamente—; la conexión con causas penales —probablemente tan frecuentes— no es exhaustiva; los legisladores dan la impresión de ignorar el procedimiento penal abreviado español.

Y la autonomía de la voluntad de los voluntariamente sometidos a esos “arbitrajes” (?) brilla por su ausencia casi totalmente.

En fin, nos hallamos ante una ley fictamente “arbitral”, que de ello tiene muy poco; que por ello, recuerda mucho, a la engañosa Ley franquista de 17 de mayo de 1940, que creaba un pomposamente llamado “Tribunal Arbitral de Seguros”, que... nada tenía de arbitral —ni su procedimiento.

El juicio de Prieto Castro⁵⁸ a dicho Tribunal —hoy desaparecido— se puede aplicar a esta nueva normativa sobre el “arbitraje en el consumo”:

De arbitral —decía este gran maestro— sólo tiene el nombre, como seguidamente va a verse. Representa otra nueva sustracción de ne-

⁵⁸ *Derecho procesal civil*, Zaragoza, Librería General, 1952, t. II, p. 176.

gocios a los tribunales ordinarios, pero que no puede basarse en el externo argumento de la lentitud y la carestía, pues el procedimiento del llamado tribunal arbitral no es extraordinariamente rápido. . .

El día 12 de abril de 1993, se decretó constitucionalmente por el rey, la disolución del Parlamento y la convocatoria de elecciones generales; se hallaba entonces en tramitación parlamentaria, el proyecto de Ley de Reforma del Seguro Privado.

Este proyecto, con la disolución del Congreso de los Diputados, quedó caducado (artículo 207 del reglamento de la Cámara); más no me extrañaría, dada la formación de las nuevas cámaras y ciertos sistemas de alianzas políticas, que *resucitase*. Por si acaso, daré una breve versión de lo que en ese proyecto sigue siendo “el arbitraje” —y he aquí mi recuerdo de la ley franquista de 1940—.

Se estatuye (?) que

las divergencias que puedan plantearse entre terceros perjudicados o sus derecho-habientes, asegurados y beneficiarios con las entidades aseguradoras, sobre interpretación y cumplimiento de los contratos de seguro, se resolverán en la forma prevista en la legislación ordinaria, salvo que las partes acuerden expresamente someterse a la conciliación o al arbitraje previstos en los artículos siguientes (artículo 108 del proyecto).

A tal efecto, habrá una comisión en cada capital de provincia, para conocer de las divergencias que le sean sometidas por las partes, referentes a siniestros que afecten a asegurados con domicilio en la provincia respectiva, siempre que se trate:

a) de pólizas de seguros de vida, se incendios no comprendidos en los seguros agrarios, de robo y de responsabilidad civil derivada de uso y circulación de vehículos de motor (artículo 109,2,a);

b) que la cantidad reclamada no exceda de 1.000,000 de pesetas (artículo 109,2,b).

La comisión está integrada por tres miembros, licenciados en Derecho y especialistas en materia de seguros. Los designa el director general de seguros. El presidente, ha de ser funcionario del Estado; un vocal representa (?) a los asegurados, y el tercero es los aseguradores. Los nombramientos son por tres años, renovables. [Me pregunto donde está “lo arbitral”].

La sumisión a este procedimiento, se realiza por escrito; las entidades aseguradoras pueden hacerlo, caso por caso, o con carácter general, mediante declaración formal ante el Ministerio de Hacienda y Economía, o por cada ramo de seguros, y por el tiempo que estimen conveniente (artículo 109,4).

El procedimiento será *sumario* (?) —¿qué entenderán los autores por *sumariedad*? Se ignora. . .—; las partes tienen derecho a ser oídas y proponer las pruebas que estimen convenientes; la Comisión también puede aportarlas inquisitivamente, de oficio.

Se resuelve “según leal saber y entender” —eso es la equidad tradicional española—; el laudo es ejecutivo.

Hay un recurso de nulidad del laudo (artículo 109,5).

Los miembros de las comisiones, perciben emolumentos, “asistencias”, pagadas con cargo a las pólizas recargadas (artículo 109,7).

Además, la ley autorizará el concertar un arbitraje privado ordinario, de derecho o de equidad (artículo 109,7).

Aquí, se trata una vez más, de una institución híbrida de arbitraje y de tribunales extraordinarios. El acudir a tal arbitraje es voluntario (argumentos en el artículo 108); pero el tribunal —la “comisión”— es estatal y funcional y no nombrada por las partes; esto es además, con riesgo administrativo de verse influidas por esferas superiores y ajenas.

6. Otro “arbitraje”; éste, renovado. . . Es el de la ley 16/1987, de 30 de julio (artículos 37 y 38).

Se trata de un “arbitraje” a cargo de unas “juntas arbitrales” que se sujetan “a la legislación general sobre arbitraje” para resolver “las controversias surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y de las actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera”.

Estas juntas, se integran, según decreto y órdenes de desarrollo de la ley —esto es, una administrativización de la misma en la práctica— (artículo 31,1 ley), y de ellas formarán parte “miembros de la administración a los que corresponderá la presidencia”, “representantes de las empresas de transporte y representantes de los cargadores y usuarios” (artículo 37,2). El Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones dirimirá los conflictos de *atribuciones* (?) que surjan entre tales juntas.

El “arbitraje” (y salvo pacto expreso en contrario) es obligatorio (?) cuando la cuantía de la controversia no exceda de 500,000 pese-

tas; o rebasa esta cifra, se puede pactar, empero, la sumisión (artículo 38,1 y 2).

El procedimiento “se establecerá por el gobierno, debiendo caracterizarse por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales” (artículo 38,3).

No estamos ante un verdadero arbitraje; la voluntad de las partes, brilla por su ausencia. El Estado, además, deviene juez y parte, ya que la Renfe es empresa estatal y cuasi-monopoliza el tráfico ferroviario de trocha ancha y no poco del transporte por carretera. El procedimiento —manes del inquisidor Carpzovius— queda “en blanco”, confiado a fuentes inferiores dominadas por las administraciones.

7. Otro es el arbitraje en materia de la propiedad intelectual en España.

La Ley de Propiedad Intelectual 22/87, de 11 de noviembre, creó una comisión arbitral, de ámbito nacional, para “dar solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que. . . puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio o entre aquellas y las entidades de radiodifusión.

La sumisión, es voluntaria, y debe ser escrita.

La Comisión —tiene muy poco de arbitral— se integra por un máximo de 7 miembros, de los que 3 serán árbitros neutrales (?) y tendrán carácter permanente (artículo 4º, R. D. 479/1989, de 5 de mayo).

Los otros 4, serán designados en representación de la entidad de gestión y de la asociación de usuarios o entidad de radiodifusión, para cada uno de los asuntos sometidos a su decisión. Cada parte podrá nombrar hasta dos miembros (artículo 4º).

Los árbitros permanentes son nombrados por el Ministro de Cultura por tres años “entre juristas de reconocido prestigio” (fórmula utilizada en la LOPJ, con algunos éxitos y no menos fracasos; ya que *no se dice quién ha de reconocer* ese prestigio. . .).

Pero, con ese origen en parte, “los árbitros ejercerán sus funciones con independencia, neutralidad e imparcialidad, y estarán sometidos a las reglas sobre la abstención y recusación, según la Ley de Arbitraje” (artículo 6,1).

Actuará como secretario un funcionario del Ministerio de Cultura, sin voz ni voto (artículo 8).

Hay dos procedimientos “arbitrales”: el común y el especial.

El procedimiento común o general, comienza por solicitud escrita

dirigida al presidente de la Comisión, en la que las partes se someten expresa y voluntariamente a la Comisión, para su decisión (artículo 9,1).

En tal solicitud se expresará con precisión el objeto del arbitraje, el contenido de las pretensiones y alegaciones de las partes (?), así como la petición de que se resuelve en derecho o en equidad (artículo 9,2).

Las partes pueden actuar por sí mismas o por representación por abogado en ejercicio (artículo 9,4).

La Comisión, puede rechazar *ad limine* la solicitud, por incompetencia; por resolución fundada, que se notificará a las partes, sin que quede recurso alguno (artículo 10, 1,2,3).

El procedimiento arbitral “se desarrollará con sujeción a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes (artículo 12).

La Comisión convocará a las partes “para que fijen sus posiciones iniciales, aportando la documentación que consideren oportuna” (artículo 11) —esto es, una especie de “audiencia preliminar”—.

Después, el presidente hará las convocatorias necesarias a fin de alcanzar un acuerdo que es solvente el conflicto (artículo 13).

En cualquier momento del procedimiento, la Comisión, a iniciativa de los árbitros o de las partes, podrá acordar la práctica de las pruebas que estime pertinentes (artículo 14). [Esta latitud temporal en la admisibilidad de elementos probatorios, puede hacer degenerar al procedimiento.]

El acuerdo, puede producirse “en el transcurso del procedimiento arbitral”; si así sucede, las partes lo formalizarán por escrito y lo elevarán al presidente de la Comisión, para que éste elabore la correspondiente propuesta de laudo, que se someterá a votación de la Comisión (artículo 15).

Pero cuando el presidente considere que las cuestiones han sido suficientemente debatidas y que el acuerdo no es posible, dará por terminado el intento de avenencia y convocará a la Comisión para que las partes formulen sus posiciones definitivas; sobre tales bases, el presidente elaborará una propuesta de laudo, que se someterá a la votación de la Comisión (artículo 16).

Cada miembro, tiene un voto; los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos, requiriéndose, al menos, el voto de dos árbitros. El presidente tiene —otra vez; es ya todo un sistema— voto dirimente. De nuevo tenemos aquí al *fürherprinzip* (artículo 18). Y ya se ha

visto que esa jefatura del procedimiento, la lleva desde su principio.

El laudo será escrito y motivado y en él deben resolverse las cuestiones planteadas por las partes y para las que la Comisión sea competente (artículo 19,1).

Tiene el laudo carácter vinculante y es ejecutivo para las partes; cabe contra él el recurso de nulidad, conforme a la Ley de Arbitraje; y conforme a ella se ejecuta (*cfr. supra*).

El laudo ha de dictarse en el plazo de dos meses, prorrogables por otros tres, por el presidente, en resolución motivada y previa audiencia de las partes.

El procedimiento arbitral especial, procederá “cuando una asociación de usuarios haga uso de la facultad prevista en el artículo 143, b) de la Ley de Propiedad Intelectual, el objeto de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales establecidas por una entidad de gestión (artículos 21 y ss.).

Su desarrollo es, al parecer, el mismo que el del procedimiento ordinario o general.

La resolución, será de equidad. Pero con la especialidad de que se abre la vía judicial ordinaria para conocer del asunto.

He aquí, pues, que la jurisdicción, opera como recurso.

V. OTROS FUNCIONARIOS CONCILIADORES: LOS NOTARIOS

Hay un modelo de funcionarios, extendido por todo el mundo civilizado, cuya misión es la de dar fe de la verdad de los actos que se realicen a su presencia, pero acompañada de otras, entre las cuales se halla la de asesoramiento de quienes reclaman sus servicios sobre tales actos a realizar o ya realizados; son los notarios. Y en su misión de asesoramiento, pueden contribuir —y contribuyen— a conciliar a los comparecientes, evitando litigios entre ellos.

VI. COMENTARIO CONCLUSIVO SOBRE CONCILIACIONES, MEDIACIONES Y ARBITRAJES

El enorme incremento —hasta el gigantismo— de la legislación en los modernos Estados; esta proliferación, debida a la necesidad de organizar el bienestar —en los Estados llamados “de bienestar social”— en sus múltiples facetas, desde la sanidad hasta el ocio, pasando por el consumo, por la vivienda, por los transportes, etcé-

tera, la aparición de figuras en cuya vigilancia se hace indispensable la cercanía de autoridades adecuadas a fin de evitar abusos; todo esto, de un lado.

Del otro, la formidable carga que todo ello representaría y representa para la administración de justicia; la conservación en sus modelos —el proceso jurisdiccional— de un mínimo de garantías —juez competente, bilateralidad, igualdad, coerción, perennidad de la situación jurídica obtenida, etcétera—, que exigen “formas”; esas formas tan denostadas en general por demagogos e ineptos, que deben subsistir siempre que constituyan garantías (otro sentido, la forma no debe tenerlo); la lentitud propia del intelecto humano en la más noble de sus funciones, la de razonar, la de fundamentar para enjuiciar; todo ello, produce retrasos indispensables, que, de otro lado pueden hacerse impertinentes.

Los vehículos procesales, se hallan en plena crisis, de la que, soy del parecer, compartido hace años, con toda una serie de ilustres juristas, hay que salir probablemente acudiendo a la historia, que es la que nos presenta prototipos de modelo procesal adecuados, los famosos *small claims*, no son sino las *faltas*, las infracciones ligeras, para las que era suficiente un modelo también ligero: y éste subsiste con éxito desde la Edad Media y sus descendientes —como lo son algunos procedimientos en materia de trabajo y el español entre ellos. Los “juicios verbales” o de mínima cuantía son de ellos—.

Pero dejando fuera esta necesaria lanza a romper en favor del renacimiento del proceso (abandonado entre otras gentes, por pesimistas, poco estudiosos de la historia, por algunos frívolos, por arbitristas y utopistas de vía ancha o entrecha, etcétera), es un hecho la *desjudicialización* actual de la solución de una verdadera —verdaderas, en plural— masa de conflictos de derechos, o de intereses, individuales o colectivos.

Hay una cierta tendencia hacia la *autogestión* de los litigios —nos dicen Denti y Vigoriti.⁵⁹ Yo diría más bien que esa *autogestión* es una forma admitida de la autocomposición.⁶⁰

Las soluciones alcanzadas por medio de conciliaciones o mediaciones, parece que son más duraderas que las obtenidas por sentencia de los tribunales, conseguidas tras una época de enemistad entre las partes. Este esquema, no es tan axiomático como se pretende; la

⁵⁹ Cfr. Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 366.

⁶⁰ Cfr. sobre el tema, mi trabajo cit. “Autodefensa...”, en *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 35 y ss.

conciliación, también es un medio proclive a abusos a partir de ella y de sus interpretaciones tendenciosas. Y la mediación —cuyas ventajas son ciertas, y aumentan si el mediador es una persona moral⁶¹ puede degenerar... en cuanto el mediador se ausente... .

Conciliación y mediación —ésta, un medio de conseguir aquélla— figuran indiscutiblemente entre los medios más antiguos y racionales de conservar o restaurar la paz social: pero no nos engañemos; no son suficientes; son moldes que también desde muy antiguo, se rompen constantemente.

La llamada *deslegalización* de los conflictos devenidos litigios⁶² es “un retorno a una gestión privada de la justicia” —Denti, Vigoriti,⁶³ más clara y exactamente, constituye un retorno hacia otro tipo de heterocomposición —la mediación, el arbitraje— o incluso de la auto-composición —la conciliación pura—; a cuyo extremo, no lo olvidemos, está la autodefensa. Recuértese el derecho del trabajo, con su proceso, sus mecanismos de mediación y de conciliación y... la huelga.

Las tendencias que se manifiestan en “la aparición” —mejor dicho, en el estudio de lo que se tenía como olvidado o casi, pero que no ha dejado de existir desde hace siglos— de las que han dado en llamarse *small claims* y naturalmente en las *small claim courts* y que, hablando en buen castellano, son los juicios de mínima cuantía o verbales de un lado, y de los arbitrajes —así, en plural— de otro lado, tiene a su vez, correctivos. Y la clave de esta imposibilidad actual “de ir más allá” mediante la abolición del proceso (ya se ha pensado en ello; y en sustituirlo por la jurisdicción voluntaria),⁶⁴ se halla en una esencia de determinado “derecho”, que lo hace obligatorio —*ius cogens*— y que impone para su defensa, la inter-

⁶¹ Cfr. Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 366.

⁶² Palabras de Denti-Vigoriti, *op. cit.*, p. 367. “Conflicto devenido litigio...” Cfr. mi monografía “El proceso como función de satisfacción jurídica” en mis *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, t. I, pp. 361 y ss. También en mi *Teoría General del Derecho Procesal*, México, UNAM, 1992, pp. 19 y ss. (sólo para América). En mi *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990.

⁶³ Cfr. Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 367.

⁶⁴ Cfr. la peligrosa dirección adoptada por Baumbach (“Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit” en la *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, Berlín, 1938, pp. 583 y ss. En favor de la sustitución del proceso civil por la jurisdicción voluntaria, favoreciendo así el totalitarismo nacional-socialista alemán. Criticado desde su época, cfr. un resumen de tales críticas en mi trabajo “El auxilio de los tribunales y la jurisdicción voluntaria”, en *Justicia 1992*, Barcelona, núm. 4, pp. 790 y ss., esp. y la abundante bibl. allí cit.

vención de los jueces.⁶⁵ Completada esta afirmación con la de la necesidad de seguir diferenciando entre administración, función primaria, y jurisdicción, funciones derivada o secundaria,⁶⁶ ya que su confusión, la historia indica que lleva a las tiranías.

Así, se dice con fundamento, que hay inconvenientes constitucionales para la instauración de arbitrajes obligatorios —por obstaculizar el libre acceso a los tribunales, artículo 24 de la Constitución española de 1978, vigente—; lo mismo se dice en Alemania.⁶⁷ Piénsese en los derechos a la salud —a su protección—, a la vivienda, el trabajo; de los menores; etcétera. . .

Conciliación, mediación, arbitraje, tienen límites. Huelgan citas anglosajonas sobre lo que ellos llaman la *Public Litigation Law* que es el *ius cogens*, del proceso oficial —que también se puede llamar inquisitivo, *pro societas*—. Basta recordar la defensa de los incapaces o de los derechos fundamentales; una gran parte del derecho penal —por mucho que se le fuerce hacia lo dispositivo—; la antigüedad de las ahora llamadas *acciones constitutivas*, y de entre ellas, la más importante, la acción penal, y su española manifestación —de la que debemos estar orgullosos— de la “acción popular” —también existente en materia de contabilidad pública.⁶⁸

Pero son instrumentos de cuya utilidad, ahora nos damos más cuenta; el tratar diariamente con enormes empresas —las multinacionales propietarias de las “grandes superficies” frente a las que, los movimientos de defensa asociacionistas en muy poco podrían proteger al consumidor individual—; o con el Estado titular de regalías de las que no quiere desprenderse —la Hacienda Pública en parte; las “actas de conformidad” de los contribuyentes—.

De lo escrito, se desprende que conciliación, mediación y arbitraje, no tienen tampoco campos separados por muros impermeables: hay entre ellas, mucho mestizaje.

Falke, Bierbrauer y Koch han tratado de esquematizar esos límites:

⁶⁵ Cfr. Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 367.

⁶⁶ Cfr. mi concepto de jurisdicción —derivado del de Chiovenda— de la jurisdicción como función sustitutiva, secundaria, en mi *Doctrina general del derecho procesal*, *op. cit.*, *supra* nota 62, pp. 106 y ss., y en mi *Teoría general del derecho procesal*.

⁶⁷ Cfr. el ponente nacional Von Hoffmann en Würzburg, en Denti-Vigoriti, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 369.

⁶⁸ Cfr. Carlos Cubillo Rodríguez, “La acción popular en el orden jurisdiccional contable”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1992, pp. 253 y ss.

Así, la “coerción” significa proceso; “negociación” el arreglo por las dos partes; la “mediación” por la intervención de un tercero; en “el arbitraje” hay un procedimiento que controlan las partes por medio del contrato de arbitraje —sumisión previa—; la “adjudicación” es propia de jueces; la “reconciliación” no tiene procedimiento fijo ni sumisión previa. . .⁶⁹

Pero estas locuciones, no se pueden aplicar tampoco de manera rígida: en las conciliaciones, a menudo, hay un tercero presente; apareció la sofística figura del “arbitraje obligatorio”; la “adjudicación” la efectúan otras personas que no son jueces, etcétera.

Sí que puedo atreverme a dar una conclusión: el fenómeno de la amplificación de los campos del *pacifismo* —a través de la conciliación, de las mediaciones, de los arbitrajes y amigables composiciones—, en síntesis, proviene de una deshumanización de la justicia obtenida por medio de los modelos de proceso jurisdiccional.

Hic sunt leones.

VII. EL OMBUDSMAN

También actúan como mediadores o conciliadores, de tal manera que estos trabajos pueden considerarse como sustitutivos de lo jurisdiccional, determinados *ombudsmannen*.

El *ombudsman* propiamente dicho, constituye ya una institución administrativa, de origen curioso, pero en sí misma, ajena a las labores de conciliación.

Tras oscuros orígenes, mezclado con el Canciller de la Justicia del Reino de Suecia en el siglo XVIII, aparece y se desarrolla en Suecia, a partir de la Constitución de 1809.

El *ombudsman* clásico, derivado de este brillante arquetipo, y extendido, con diversos nombres, por casi todo el mundo civilizado, es un comisionado por el Parlamento del país para controlar la actividad de las administraciones, y para recibir quejas del público sobre su defectuoso funcionamiento, formulando, en su vista, recomendaciones, y dando cuenta al Parlamento.

No es un juez ni constituye un Tribunal; carece de potestad jurisdiccional y de *imperium*, y solamente puede formular sugerencias o recomendaciones a las administraciones.

⁶⁹ Cfr. Bierbrauer-Falke-Koch, *op. cit.*, *supra* nota 28, pp. 56 y ss.

Su medio de defender su propia actividad, es la de haber adquirido *auctoritas*, la *auctoritas* romana: esto es, el prestigio derivado de su superioridad moral e intelectual, que debe conservar rigurosamente y la gran publicidad que puede y debe dar a sus actuaciones y aun a las prácticas nocivas de las administraciones, al denunciarlas y sugerir su exclusión.

Suele ser elegido entre juristas (el *ombudsman original* de Suecia debía ser elegido “un jurisconsulto de probada ciencia y de singular integridad”, § 96 de la Constitución de 1809); su cargo, dura algunos años, siendo por lo general, reelegible; lo elige y cesa el Parlamento, regularmente, por *quorum* elevados, para intentar que se nombre a personas que se hallen por encima de los avatares de la política (lo que no siempre se consigue, desde luego). Clave de su actuación, es la de ser independiente de las órdenes administrativas e incluso de las del Parlamento (el cual si quiere sujetarlo, debe promulgar “leyes de instrucciones”).

Le corresponde al *ombudsman* clásico, el supervisar la administración, para su buen funcionamiento.

Esta “supervisión”, llega, en algunos casos, hasta la del Consejo de Ministros (Finlandia) e incluso a la de los tribunales (Suecia, Finlandia, España) pero de tal forma que no peligre la independencia judicial; esto es, solamente pueden tratar de “los problemas generales planteados por las quejas presentadas” en materia jurisdiccional (por ejemplo, el problema general del retraso de las resoluciones judiciales, verdadera plaga, crisis española máxima en la actualidad; el Defensor del Pueblo interviene aconsejando, sugiriendo, y poniendo de manifiesto ante el Parlamento, las causas y desarrollo del fenómeno).⁷⁰

Y desde luego, en los países federales o de esta familia —así, en España, desde 1978— debe tener su continuidad en otros órganos correspondientes en cada país de la federación, creados a tal efecto (y que en España, llevan nombres tradicionales o pseudo-tradicionales).

El *ombudsman*, tiene una estructura administrativa, una “oficina”, según su nombre tradicional, integrada por funcionarios a sus órdenes. En algunos países, hay varios *ombudsmannen* que se reparten

⁷⁰ Cfr. mi libro *El defensor del pueblo (ombudsman)*, pp. 225 y ss. Y en la actualidad, por ejemplo, el “Informe Anual 1992 del Defensor del Pueblo al Parlamento (I Informe)”, ed. Cortes Generales, pp. 120 y ss. casos múltiples.

el trabajo (cuatro en Suecia); en otros, hay un *vice-ombudsman*, que coopera con el titular (Finlandia, España).

El *ombudsman-prototipo*, al que aquí me refiero, puede iniciar su trabajo de las siguientes maneras:

1) *De oficio*, si la irregularidad administrativa es grave y no hay todavía quejas (posiblemente, el foco está demasiado oculto);

2) *Por quejas*, por reclamaciones que le dirigen los ciudadanos —incluidas, por lo general, personas jurídicas; y aún el *ombudsman* es una figura muy apta para la defensa de *intereses difusos*—; quejas que se tramitan por un procedimiento poco formal, pero sujeto al principio de contradicción con la administración denunciada.

3) Por medio de *inspecciones*. Éstas, pueden ser previas a todo procedimiento, y a la inversa, son irregularidades administrativas que aparecen durante ellas, las que deciden que el *ombudsman* inicie tales procedimientos. Las “Leyes de Instrucciones” en algunos casos, prevén este sistema de inspecciones; y si no, las oficinas de los *ombudsmannen* prevén para cada año, las que se estime del caso, según la política a seguir (por ejemplo, inspecciones en establecimientos de custodia de menores; o en plantas industriales destinadas a la elaboración de determinados productos; o en “grandes superficies” destinadas a los consumidores. . . , etcétera). Son las inspecciones que yo he denominado “preordenadas por la ley”; y merced a ellas —es un medio claramente inquisitivo— se descubren errores o irregularidades con gran frecuencia.

4) Pero esas inspecciones, pueden comprender a todo el procedimiento; se trata de someter a ellas a administraciones que han cometido muy graves errores y de las cuales se abre una especie de “periodo de desconfianza”; serán inspeccionadas durante cierto tiempo, incluso después de remediarse tales irregularidades. El ejemplo más claro, lo tenemos en el Estado de Israel; y es un medio adecuado para países jóvenes y con administraciones jóvenes.

5) Otro medio de llegar al conocimiento de las irregularidades en apariencia cometidas por las administraciones, es el de la consulta constante de los medios de comunicación; para el *ombudsman*, la prensa es un elemento primordial, así como la televisión. Y de otra parte, el contacto constante de *ombudsman* y prensa, debe fructificar en que las resoluciones de éste —las “recomendaciones”, las “sugerencias”, etcétera, destinadas a las administraciones— tengan general conocimiento. Una oficina del *ombudsman*, debe contar

con una sala de prensa, y con el contacto activo y constante con sus miembros.

6) “Si la montaña no viene a nosotros, nosotros iremos a la montaña”. Este viejo aforismo se hace realidad en los países en que, la dificultad causada por las graves distancias o por las circunstancias climatológicas —por ejemplo, el invierno en Finlandia—, se suple mediante la organización por el *ombudsman*, de viajes anuales de inspección y de conocimiento del país, a la vez que se hace conocer por las poblaciones más alejadas. Las estancias del *ombudsman* en estas poblaciones, con celebración de sesiones públicas en las que intervenga él, o intervenga el pueblo, son de una ósmosis muy favorable. De ellas salen futuras inspecciones; de ellas resultan numerosas quejas; de ellas adquiere el *ombudsman* el conocimiento de cuáles son las administraciones que flojean en cuanto a su cometido en tales comarcas.

En la instrucción de sus procedimientos, los *ombudsmän* están amparados por garantías propias de la autoridad judicial. Esto es, pueden citar a testigos y peritos, ordenar la expedición y aportación de documentos, practicar inspecciones, etcétera; el secreto documental, no reza con ellos sino muy limitadamente.

Una vez instruido su procedimiento, el *ombudsman*, dicta su resolución final.

Ya se ha dicho, que su contenido, aunque fuere condenatorio para una administración, *no la vincula*; no es —y de ahí su nombre— sino una “recomendación”, una “sugerencia”, un “recordatorio” que a veces asume un tono muy enérgico (el de una “severa admonición”, Israel).

En cuanto a su ejecución, como tales actos no tienen, ni mucho menos, el carácter vinculante de las sentencias de los tribunales, el *ombudsman* no puede sino imponer a la administración a la que fue desfavorable la “recomendación”, etcétera, la obligación —si no la tuviera ya *ope legis*— de informarse si cumple o no esa “recomendación”, y por qué causas no la cumple; en su caso, el *ombudsman* puede insistir; recoger la conducta del funcionario o administración en sus Informes al Parlamento; y aún en algunos regímenes —como es el español— puede hacer caer el funcionario en el delito de desobediencia (artículo 24 ley española); amén de declarar que el funcionario obra como “hostil y entorpecedor”, lo que hará público inmediatamente (artículo 18-2 ley española); y de proponer medidas legislativas que sustituyan aquella normativa cuyo “cumpli-

miento riguroso puede provocar situaciones injustas o perjudiciales a los administrados” (artículo 28,2 ley española).

La actividad del *ombudsman*, por lo general, no admite recursos. Cabía la alternativa de incardinarlos a todos ellos (ya que su actuación no es jurisdiccional) o a ninguno. Esta es la solución clásica. Hay algunos países que, habiendo admitido un tipo híbrido de *ombudsman* —más bien un “mediador”— deben abrir la vía de los recursos jurisdiccionales contra sus decisiones. Pero entonces, resulta que las “recomendaciones” del *ombudsman*, han pasado a ser verdaderas resoluciones; y que el *ombudsman*, pasa a ser una especie de juez cuyas resoluciones no vinculan a las partes... Un híbrido peligroso.

Los *ombudsmänner* deben presentar anualmente, un informe o memoria de su actividad al Parlamento respectivo, sin perjuicio de los que durante el año presenten, por razones de urgencia o gravedad del tema.

Este informe, a mi entender —está recogido en la ley española— debe estar preparado y debe ser publicado con anterioridad a su examen por el Parlamento; que éste añada comentarios o censuras, ya es exterior o debe serlo.

Las “recomendaciones”, etcétera, de un *ombudsman*, no siendo resoluciones jurisdiccionales, no están amparadas por la fuerza de la cosa juzgada.

Sí, se establece en los ordenamientos —salvo en algunos, como Finlandia— una fecha —tope de admisión de las quejas con referencia a la fecha de los hechos. Pero ello no impide que, si los hechos son muy graves, se pase sobre esa preclusión (Israel, México).

Además, téngase en cuenta que esas preclusiones deben afectar tan sólo a los ciudadanos que formulen quejas, pero no al *ombudsman* que puede abrir procedimientos de oficio...

En los países federales o proclives a lo federal, el *ombudsman* aparece extendido a los diversos estados o entidades federados. Así, en España, ya hay Defensores del Pueblo —con diversos nombres— nombrados en o por las comunidades autónomas, y concertados con el *ombudsman* del Estado español —diríamos, el federal— por leyes y convenios; en Italia, hay *ombudsmänner* en diversas regiones, pero no uno general; y de manera análoga en los Estados Unidos. Esperamos ahora el desarrollo por los Estados federados, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México.

Y también es frecuente —*cfr. supra*— el fenómeno de la aparición de *ombudsmänn* sectoriales, sin que haya uno general. En el campo del consumo, esto se está produciendo a menudo. Y es que la figura, es polifacética y admite versiones diferentes sin que su filosofía se altere demasiado. Aunque lo clásico es que sirva de contrapeso al ejecutivo, y en favor del legislativo (pero con autonomía), dejando al judicial dentro de la esfera de su independencia.

En México, existe una especie de *ombudsman* colegiado de gran interés: La Comisión Nacional de Derechos Humanos, como organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación (Decreto publicado el 6 de junio de 1990), para “proponer y vigilar” el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto a los derechos humanos, instrumentando los necesarios mecanismos de prevención, atención y coordinación que garanticen la salvaguardia de los mismos (artículo 2º). En el organismo había un “visitador” (“presidente, consejo, secretario técnico, secretario ejecutivo y visitador”, nombre heredado de los antiguos Oidores-Visitadores de las leyes españolas del Rey Carlos I, en 1550; *Leyes de Indias*, libro V, título XVIII) pero a mi entender, y por no detentar ni ejercitar jurisdicción como aquéllos, más semejantes a los protectores de indios, creados nada menos que en la época del I Obispo de México, fray Juan de Zumárraga (*Leyes de Indias*, libro VI, título VI). Este visitador era un denunciante de los abusos; su tarea era la de “relacionar e informar”. La Comisión de 1990, instruye sobre las *quejas* y formula recomendaciones y sugerencias (artículo 33), comportándose como un *ombudsman*. Si bien, el nombramiento de los integrantes y director de toda la máquina, recaía no en el Parlamento federal, sino el presidente, “cosa congruente con nuestro régimen político, de corte presidencialista” (Armienta Calderón).⁷¹

El trabajo de esta Comisión y de sus auxiliares —*ope legis*— “todas las dependencias y autoridades de los Poderes de la Unión, así como de los Poderes Estatales y Municipales” (artículo 25), fue fructífero, y surtió consecuencias inmediatas.

En efecto, intervino en una reforma al artículo 102 de la Constitución, adicionándosele un Apartado “B”. En él, se preveía el establecimiento en toda la federación, de “organismos de protección de los derechos humanos” del ordenamiento mexicano, los cuales conocerán de las quejas contra actos u omisiones administrativas

⁷¹ Cfr. Armienta Calderón, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 1992, p. 52.

(con excepción expresa de los del poder judicial), y formularán recomendaciones no vinculantes, y quejas ante las autoridades respectivas (Decreto de Reforma de la Constitución, de 28 de enero de 1992). Este Decreto, ha sido aclarado —en cuanto al ámbito de la jurisdiccional, que queda exento, como en los *ombudsmänn*en nórdicos— por el Reglamento Interno de la Comisión, de 12 de noviembre de 1992.

Consecuencia de tratarse de un Estado federal —y extensísimo— es el que haya una especie de “doble instancia”; lo cual se critica, por significar que se da a la *recomendación* no vinculante, un carácter de apertura de medios impugnativos que va a conducir a confusiones .

Pese a este defecto, esa Comisión extra-parlamentaria ha trabajado bien y tanto ella como su antecedente —yo presencié el trabajo de elementos de la primera en Tlaxcala, en 1991 y quedé admirado de su prontitud y acierto en los mecanismos elegidos— han merecido elogios, en la Conferencia de los *ombudsmänn*en y otras instituciones similares en defensa de los Derechos Humanos en los países de la CSCE celebrada en Madrid del 27 al 29 de mayo de 1992 —de parte del *ombudsman* finés y ponente, doctor Jakob Söderman.

Pero esta Comisión, también debe intentar conciliaciones entre ciudadanos quejosos y autoridades; así como puede proponer cambios normativos, así como de prácticas administrativas.

Esto es: en los Estados Unidos Mexicanos, ha penetrado el *ombudsman*. Parece que uno de sus defectos estriba en la dificultad de cohonestar el sistema federal —de ahí entiendo que, en el fondo, proviene esa “doble instancia” posible— de las “recomendaciones” con la necesaria y conveniente unidad de doctrina en cuanto al respeto a los derechos humanos. . .

Este nuevo *ombudsman* colegiado, lo estudio aparte; aquí, simplemente, lo recuerdo.⁷²

VIII. EL OMBUDSMAN-CONCILIADOR

Algunos *ombudsmänn*en o figuras análogas, también penetran en el campo de la conciliación. En efecto, aunque ello no esté estable-

⁷² En mi trabajo *El Ombudsman en México. La Comisión Nacional de Derechos Humanos; con recuerdos comparatistas*, en publicación en México y en España.

cido expresamente, ante la queja de un ciudadano, una administración —o un funcionario— puede avenirse a cambiar de conducta, esto es claro, siempre y cuando se trate de asunto transigible —y hay muchos en materia administrativa interna y reglamentaria—. Múltiples ejemplos los estamos viendo en los “informes anuales” del *ombudsman* —Defensor del Pueblo— de España.

Y en algunos casos, el nombre de *ombudsman*, se cambia por el de *Médiateur* —Francia— o *Mediador* —Portugal—, aunque por ejemplo, la Ley fundacional francesa (la de 3 de enero de 1973) no haga ninguna referencia expresa a tales “mediaciones”.

Esta ley, de inspiración en el Comisionado británico mejor que en el *ombudsman* de Suecia, dibuja un personaje nombrado por el Consejo de Ministros cada seis años (artículo 2), con dificultades para cesarlo antes de tal plazo; actúa con respecto a personas físicas; las quejas las presentan los ciudadanos a los diputados o senadores (artículo 6), los cuales se las transmiten a él —el mecanismo es el inglés—; emite recomendaciones y las hace públicas en su caso, pero nada más; los funcionarios no pueden actuar bajo las órdenes del Mediador si no es con autorización de sus superiores (artículo 12). Elabora y presenta un informe anual al presidente de la República y al Parlamento.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, también ejerce papel de conciliación.

Puede abrir esta vía “cuando una queja calificada como presuntamente violatoria de derechos humanos no se refiera a violaciones a los derechos a la vida o a la integridad física o síquica o a otra que se consideren especialmente graves por el número de afectados y sus posibles consecuencias” (artículo 117 Regl.).

El procedimiento lo iniciará un Visitador General, presentando ante la autoridad interesada, una propuesta escrita de conciliación —con el ciudadano quejoso, se entiende— “siempre dentro del respeto a los derechos humanos que se consideren afectados”; dicha autoridad, debe contestar en plazo de 15 días, también por escrito uniendo pruebas (artículo 119). Si acepta pero no cumple con la propuesta de conciliación, se reabre el expediente del quejoso y se prepara la recomendación correspondiente (artículos 119,II u 121 Regl.). Por su parte el Visitador ha avisado al quejoso del procedimiento de conciliación “y sus ventajas” (artículo 120); el funcionario o autoridad, por su parte, a lo largo de tal procedimiento, pueden presentar elementos probatorios de exculpación (artículo 122).

IX. EL OMBUDSMAN UNIVERSAL. LA “OMBUDSMANÍA”

La aparición de una figura de un personaje, censor de las administraciones y cercano a los administrados, fuera de las jerarquías de inspección que llamaríamos ortodoxas del Estado —las puramente administrativas y las jurisdiccionales: las de los tribunales contencioso-administrativos— llamó la atención general, y han aparecido, casi por todas partes, entidades semejantes que en ocasiones, y con error, utilizan el mismo e inexpresivo nombre de *ombudsman* —hombre que tramita— con resultados de confusión para todos.⁷³

Así, en la misma Suecia, ha aparecido, el *ombudsman de la libre competencia* —Ley de Defensa de la Competencia, 1982— que establece un método de negociación para evitar los efectos nocivos de las limitaciones a la libre competencia; la mayoría de los casos, el *ombudsman* dirige negociaciones con las empresas interesadas. Y si no se llega a acuerdo, puede llevar el asunto al *Tribunal de Mercado*; el cual, constituye ya una jurisdicción especial; es un organismo integrado por jueces y peritos en economía, representante de las industrias y de los consumidores, y del comercio.

Igualmente ha hecho su aparición en Suecia el llamado *ombudsman de los consumidores*, el cual, no es un verdadero *ombudsman*, ya que es nombrado por el gobierno (desde 1971), Ley de Prácticas Comerciales y Ley contra Términos Contractuales Impropios. Se trata de proteger al consumidor contra la publicidad falsa o abusiva —por la primera Ley— y contra cláusulas abusivas utilizadas por los comerciantes en los contratos, especialmente en los de adhesión. Este *ombudsman* intenta conciliar a las partes; más si no lo consigue, las envía al Tribunal de Mercado.⁷⁴

⁷³ Sobre el significado de la palabra “Ombudsman” *cfr.* mi libro *El defensor del pueblo (ombudsman)*, *op. cit.*, *supra* nota 70, t. I, pp. 33 y ss.

⁷⁴ Sobre los medios de protección del consumidor en Suecia, *cfr.* Eisenstein-Hellner, “The Swedish Complaints Board: his Vital Role in a System of Consumer Protection”, en *Acces to Justice*, “Promising Institutes”, vol. 2, pp. 489 y ss.

Es el gobierno el que nombra al *ombudsman* del consumidor (luego, *no es un ombudsman propiamente dicho*, no es un comisionado parlamentario), por seis años.

Sin embargo, se comporta como un *ombudsman*, aunque al lado del *ombudsman* parlamentario —ese es el verdadero *ombudsman*— actúa como investigador de quejas de los consumidores, trabaja en eliminar prácticas nocivas a dichos consumidores; pide informaciones a los comerciantes; negocia con ellos ante prácticas indeseables; pero no puede adoptar resoluciones coercitivas.

Si las negociaciones, en su caso, no van por el buen camino, el *ombudsman* del consumidor, actúa como persecutor —antiguo recuerdo del *ombudsman* como acu-

También funciona, desde una Ley de 1968, la Oficina para las Quejas Públicas de los Consumidores, que se constituye en secciones formadas por un magistrado e igual número de representantes de los consumidores y de las empresas; recibe las quejas de los primeros y hace recomendaciones no vinculantes para éstas.

Estos mecanismos, no constituyen verdaderos *ombudsmän*, ya que no se trata de *comisionados parlamentarios*; pero contribuyen a solventar conflictos de derechos o intereses evitando a los tribunales.

De manera análoga, existe en Suecia, desde 1969, un *ombudsman para la prensa* —tampoco es un comisionado parlamentario— nombrado por representantes del gobierno y de la prensa; se trata de un mecanismo de autodisciplina de la prensa, voluntario y financiado por las organizaciones de la misma; este *ombudsman*, puede imponer *censuras* o *reprimendas* a los periódicos.

Y asimismo hay un *ombudsman contra la discriminación racial*. Los alógenos lapones, en Suecia están muy protegidos por las leyes; pero este *ombudsman*, no se dirige especialmente a su amparo, sino más al genérico de personas que sean sujetas a tratos injustos o agresivos por motivos de raza, color, nacionalidad o etnia y religión. Auxilia a estas personas en la protección de derechos y las informe; combate las marginaciones participando en debates públicos y recomendando la elaboración de normativa adecuada.

No se trata tampoco, de un comisionado parlamentario; luego no es un *ombudsman*.

sador penal— para un proceso de *injunction* ante el Tribunal del Mercado. Es el único tribunal de Suecia que actúa sobre injunciones —peticiones apoyadas en títulos— del *ombudsman*; se integra por nueve miembros.