

“EL OMBUDSMAND NORDICO-SAJON: UN CONTROL DE CONFIANZA”

EDUARDO SOTO KLOSS

Doctor en Derecho de la Universidad de París. Ayudante
Jornada Completa Cátedra Derecho Administrativo.

El “Ombudsmand” nórdico-sajón ()*

Introducción. La conciencia cada vez más acentuada en los hombres de nuestro tiempo de su propia dignidad como persona y del respeto debido a su propia individualidad ha llevado en el campo del derecho público, y especialmente en cuanto concierne al Poder Administrador, a la creación de

(*) La palabra “ombud” viene del sueco, donde apareció por primera vez esta institución jurídica, y significa representante, comisionado, protector, mandatario; comisionado o representante del Parlamento, y en consecuencia, en último término, protector de los derechos de los ciudadanos. Respecto al origen mismo de la Institución, que nació junto con la Constitución Sueca de 1809, como un órgano de control nombrado por el Riksdag, para fiscalizar las actividades de los tribunales y de los servicios administrativos, y encauzar sus funciones en el respeto a las leyes y reglamentos, él se encuentra en el afán de crear garantías jurídicas que impidieran el abuso del poder de parte de las autoridades administrativas: no hay que olvidar que dicha Constitución de 1809 terminó con la concentración de poderes en manos del Monarca y su Gabinete, y creó un nuevo sistema institucional, la monarquía parlamentaria. Este control —a través de un órgano nombrado por el Parlamento— de la Administración, se explica mayormente en el caso sueco, si se tiene en cuenta que los servicios administrativos no están sometidos a un control jurisdiccional en cuanto a sus decisiones, de allí que fuera necesario este tipo de fiscalización parlamentaria. Ciertamente es que, si bien cada órgano administrativo decide un asunto a su entera responsabilidad, el funcionario viene a ser personalmente responsable, y pasible de una responsabilidad penal: de allí pues las peculiaridades del sistema de control parlamentario sueco, que sirviera de ejemplo a Finlandia, luego a Dinamarca, y posteriormente a Noruega, para después exceder los límites del área escandinava, y penetrar en sistemas del “common law”, como Nueva Zelanda e Inglaterra.

una serie de mecanismos jurídicos que permitiendo la consecución de una sociedad más igualitaria en oportunidades para todos sus miembros (el Welfare State), no signifique al mismo tiempo un avasallamiento de los derechos inherentes del hombre, en tanto ser racional y libre.

Todo el Derecho Administrativo da cuenta de ese compromiso constante entre la prerrogativa del Poder (que debe estar siempre al servicio del bien común de la sociedad) y la garantía del particular, y es precisamente en la medida que se produzca ese equilibrio —siempre difícil de alcanzar— que será posible encontrar esa armonía social que impulsa al hombre hacia un mayor progreso en las instituciones, ya sociales, ya políticas, ya jurídicas.

En la lucha por alcanzar ese debido respeto a las garantías del particular es que se han imaginado todos los controles para frenar la actividad arbitraria del Poder, y encauzarlo por sendas que lleven al integral desarrollo de la sociedad toda: en esa lucha por eliminar las inmundidades del Poder nació el derecho administrativo y el régimen de Derecho, y todas las instituciones que permitieron la sumisión del Poder al Derecho; de allí pues, el nacimiento de las jurisdicciones administrativas, del contencioso propio a ellas, luego del procedimiento administrativo, en fin, del control preventivo de la actividad administrativa.

Más, siendo el proceso de socialización de las instituciones una fuerza que de manera avasallante ha invadido todo el quehacer de nuestra época, y en especial el Poder Administrador (1), el particular ve en su cotidianeidad una constante y arrolladora actividad de la Administración que lo envuelve y

(1) Ver sobre el particular el interesante opúsculo de J.M. Boquera Oliver: "Derecho Administrativo y Socialización", B.O.E., Madrid, 19e5.

lo hace entrar a menudo en conflicto frente a ella, sea hiriendo sus derechos, sea lesionando sus intereses (2).

Siendo, pues, la actividad actual de la Administración Pública tan multifacética e invadiendo campos cada vez más complejos, se hace frecuente el choque de intereses que por un lado llevan a una lesión de la esfera jurídica protegida del particular, y por el otro a un exceso en el uso del poder por parte de la autoridad, que so pretexto de preveer al bien común de la sociedad excede sus competencias, sea que vaya más allá de las facultades que legalmente le han sido otorgadas por el orden jurídico, sea que las use de manera y/o con fines diversos de los tenidos en vista en su concesión.

En este objetivo garantizador de los derechos individuales, los países nórdicos cuyas trayectorias de limpieza política e institucional son paradigmáticas, constituyen un bastión realmente consolador, y un ejemplo de cómo el progreso social puede hacerse en un estado de verdadera armonía social, en que prerrogativa y garantía se equilibran en un compromiso adecuado y eficaz. Observando que en este período socializante los recursos administrativos, no son bastante defensa frente al impulso conformador de las Administraciones Públicas, los países del área escandinava —a semejanza de Suecia, promotor en este caso— han creído necesario ir a la creación de un nuevo mecanismo jurídico destinado a frenar las posibles arbitrariedades del Poder Administrador, mediante la creación de la institución del “Ombudsmand”.

Aunque sólo después de la 2ª guerra mundial ha adquirido difusión amplia y un real interés en el Derecho Administrativo comparado esta institución nórdica, lo cierto es que en plena época napoleónica la Suecia contaba con un “Justitieom-

(2) Esto aparece particularmente claro desde que la Administración ha pretendido asumir un rol conformador del equilibrio social.

budsman" —creado en 1809— (comisario de justicia, o contralor de justicia) con competencias de control constitucional sobre el Rey y los funcionarios tanto civiles como militares a él subordinados, control que, debido al gobierno parlamentario actualmente existente, se ejerce sobre la actividad de las autoridades administrativas ya centrales, ya locales. A dicho ejemplo de Suecia, se sumó en 1918 el de Finlandia, y posteriormente Dinamarca (1955) y Noruega (1962) en los últimos 15 años, sirviendo de guía a Nueva Zelandia (ley de 7-IX-1962), y recientemente en 1967 a Inglaterra (3).

Dada la peculiaridad propia de este órgano de control administrativo, por medio del cual se garantiza un mayor respeto por parte de las Administraciones estatales de las normas que rigen sus actuaciones, y evitar la lesión de los intereses y derechos de los particulares, nos detendremos con cierta amplitud para estudiar la naturaleza y funcionamiento del Ombudsmand tal como se ha configurado en Dinamarca, país en el cual nos parece del mayor interés recalar, pues no sólo ha funcionado con singular brillo dicha institución sino que ha llegado a servir de ejemplo para la implantación de un mecanismo jurídico semejante en otras naciones, tan disímiles como son Nueva Zelandia, Noruega, Guyana e Inglaterra (4).

(3) La adopción en Inglaterra del Ombudsman dio lugar a interesantísimos debates; ver especialmente el famoso informe Whyatt, publicado por Justice, sección británica de la Comisión Internacional de Juristas, en 1961: "The citizen and the Administration: the Redress of Grievances", Stevens and Sons Ltd., London. Esta institución existe hoy en día igualmente en Guyana. Es necesario hacer notar la inmensa labor realizada por la Comisión Internacional de Juristas, (con sede en Ginebra) que a través de sus secciones nacionales y por medio de Congresos y Coloquios de Juristas tanto ha hecho a este respecto por la toma de conciencia de la necesidad de controlar la legalidad administrativa, y especialmente en aquellos países que no cuentan con jurisdicción contencioso-administrativa, por la creación de esta institución del Ombudsman, de origen sueco y desarrollada especialmente por Dinamarca.

(4) Ya en el texto y a medida de su desarrollo iremos señalando las modalidades que asume dicha institución en los otros países del área escandinava, o en Nueva Zelandia.

El Folketingets Ombudsmand. La extraordinaria extensión que han experimentado los poderes jurídicos de la Administración durante las últimas décadas, especialmente en el período de entre guerra (debido a la transformación del Estado en un Poder configurador del equilibrio social, mediante sus actividades de fomento, y beneficencia) llevó a la opinión pública danesa a estimar que frente a esa avalancha de potestades —incluso delegadas en la Administración por el Parlamento para dictar normas propiamente legislativas— el sistema de garantías jurídicas hasta esa época existentes no significaba una efectiva garantía o salvaguardia de los derechos individuales, que serían o eran lesionados por las faltas cometidas por los funcionarios y autoridades administrativas (5).

Este sentimiento de la necesidad de proveer a una mayor garantía y protección del particular frente a la negligencia o culpabilidad en el actuar de la Administración, se concretó en

(5) Es interesante citar la exposición de motivos por la cual la comisión encargada de la revisión de la Constitución Danesa de 5 de junio de 1915, (comisión nombrada en 1946) presentaba el Art. 55 del proyecto de nueva Constitución (aprobada el 5 de junio de 1953), artículo que contenía la creación de un Ombudsmand para el control de la Administración civil y militar del Estado: "Este artículo, ... tiene por objeto aumentar las garantías para un justo ejercicio de la Administración civil y militar del Estado. Las garantías jurídicas actuales se encuentran primeramente en la responsabilidad administrativa y penal de aquellos que tienen a su cargo la administración. Además, los ministros son responsables políticamente ante las cámaras en su actividad de jefes de administraciones. Por otra parte, existen las garantías que posee todo ciudadano de defender sus derechos o intereses a través de recursos en contra de los servicios públicos. Estos medios pueden consistir en una reclamación administrativa... o en una acción ante los tribunales... Es opinión común actualmente que tales garantías no bastan, atendida la extraordinaria amplitud que desde hace 35 a 40 años ha tomado la Administración, debido a las nuevas atribuciones que ha sido menester asumir. El poder administrador ha recibido en numerosos dominios la potestad necesaria para crear reglas de derecho, lo que en la concepción anterior era mirado como prerrogativa propia del poder legislativo. Esta extensión de los servicios públicos legitima un mayor control y una posibilidad más adecuada para la Asamblea Legislativa de seguir las actuaciones de los servicios públicos en el ejercicio de sus poderes. La comisión estima que este resultado podrá ser obtenido mediante la institución del ombudsmand, ...".

la Constitución de 5 de junio de 1955, cuyo texto dispone:

“El Folketing designará por ley una o dos personas que, no siendo miembros del Parlamento, tendrán a su cargo el controlar los actos de Administración civil y militar del Estado” (6).

De este modo, la institución del Ombudsmand viene a reforzar la protección de los ciudadanos en su lucha contra las prerrogativas del Poder Administrador, agregándose a las existentes garantías jurídicas ya jurisdiccionales, ya parlamentarias, ya propiamente administrativas.

Ahora bien, ¿en qué consiste la naturaleza de esta nueva institución, cuáles son sus funciones, hasta dónde su papel puede ser eficaz, y significar así una verdadera herramienta de protección jurídica? Tales serán los párrafos que desarrollaremos con cierto detenimiento a fin de concluir sobre el exacto rol que este órgano de control asume en la realidad escandinava.

Organo autónomo. El ombudsmand, si bien es nombrado por el Parlamento, para ejercer en su nombre el control de las administraciones civiles, militares y comunales del Estado, —e incluso puede relevarlo de sus funciones si no goza de la confianza de la Asamblea —al ejercer sus funciones es enteramente independiente de él en la actividad misma de control; de ningún modo la asamblea podrá intervenir en los asuntos de que conozca su comisario contralor. Como se

(6) Con anterioridad a la Constitución de 1953, (y según la Constitución de 5-VI-1849) existía un Parlamento o “Rigsdag”, compuesto de la Cámara Alta o “Landsting”, y de la Cámara Baja o “Folketing”; a partir de 1953 la Constitución creó como Parlamento una sola Cámara, bajo el nombre de “Folketing” (Art. 28 “El Folketing constituye una Cámara única, compuesta a lo más, de 179 miembros...”, y el Art. 3 señala que “El Poder Legislativo recae conjuntamente en el Rey y el Folketing...”). La ley de organización del Ombudsmand fue promulgada un año después que la Constitución, ley 203 de 11-VI-1954; dos años después (22-III-1956) fueron adoptadas las instituciones parlamentarias referentes a las actividades mismas del comisario-parlamentario. Dicha ley orgánica fue modificada posteriormente en 1959 y 1961, promulgándose el actual estatuto del ombudsmand, por ley N° 342, del 1-XII-1961; el 9-II-1962 se dictaron nuevas instrucciones N° 48), por el Parlamento, determinando sus actividades.

ñala el texto de la ley orgánica regulando sus funciones (art. 3º) "el Folketing determina las normas generales de la actividad del ombudsmand; sin embargo, éste es independiente de aquél en el ejercicio de su cargo" (7).

Esta independencia —indispensable para el eficaz ejercicio de su función— se halla garantizada además por el hecho de ser él mismo, jefe de su personal, nombrándolo y despidiéndolo como jerarca del órgano contralor, y por otra parte, por la prohibición que le afecta en cuanto a la posibilidad de ocupar algún cargo dentro de servicios, empresas o instituciones, sean públicas o privadas (8).

Si bien en la realización de su tarea misma el Ombudsmand es enteramente independiente del Parlamento, dado que el control que él realiza es por cuenta, y a nombre de aquél, la ley orgánica prevé determinadas obligaciones que debe cumplir respecto a dicha Asamblea legislativa: es así como cada año debe rendir un informe haciendo conocer al Parlamento las actividades llevadas a cabo, y las decisiones de interés especial

(7) Esta característica del Ombudsmand danés —que se encuentra en los demás sistemas escandinavos— sueco, noruego y finlandés— no es compartida por la análoga institución creada en Nueva Zelandia, donde el comisario-parlamentario es nombrado por el Gobernador General, si bien a proposición de la Cámara de Representantes: además —como lo señalaba el Procurador General neozelandés al presentar el proyecto de creación del Ombudsmand al Parlamento (comienzos de la sesión de 1962)— si bien es un órgano representante del Parlamento, él debe necesariamente gozar de la confianza del Gobierno; cierto es que a través de los años transcurridos desde su creación (1º-X-1962) ha perdido su carácter político que en un comienzo parecía tener. Tampoco el comisario-parlamentario inglés (creado recientemente, en 1967) participa de esa nota del sistema escandinavo, él no es nombrado por el Parlamento, sino por la Corona, pero no podrá ser revocado de su cargo sino a través de una moción parlamentaria. Estos dos Ombudsmand existentes en un régimen jurídico de common law, por tanto, no gozan de una independencia total frente al Ejecutivo, como es el caso de los órganos escandinavos, que no poseen relación alguna con sus poderes Ejecutivos respectivos, ni de nombramiento, ni de confianza.

(8) De acuerdo al inciso 2º del Art. 12 de la ley 342 de 1º-XII-1961, (ley orgánica del Comisario-parlamentario), esta prohibición de desempeñar otro cargo puede ser alzada por el mismo Folketing, a través de una comisión a quien aquél ha delegado el cuidado de decidir al respecto. En cuanto concierne a las remuneraciones del Ombudsmand y de su personal —según el art. 13 de dicho estatuto— ellas son de cargo del Parlamento, figurando en el propio presupuesto del Folketing. Hacia 1966 el personal del Ombudsmand danés se componía de 12 funcionarios, en su mayoría juristas.

que han recaído en asuntos sometidos a su competencia; debe también mencionar y hacer conocer al Parlamento —y al Ministro respectivo— los casos o asuntos en que un funcionario de un órgano de las administraciones civiles, militares o comunales del Estado, ha cometido faltas (sean culpables o dolosas) de cierta gravedad; —del mismo modo debe poner en conocimiento de la Asamblea— y del ministro respectivo— las fallas que ha encontrado en la legislación y reglamentaciones administrativas al desarrollar su labor de control, pudiendo proponer las medidas que encuentre útiles tendientes a una mayor garantía del particular, y a una mejor expedición de los órganos administrativos (9).

Competencia. La misión propia del Comisario-Parlamentario es el contralor la Administración del Estado, civil y militar, a fin de cuidar que quienes llevan a cabo la función pública la desempeñen con el máximo de responsabilidad y eficacia; como señala el artículo 3º de las Instrucciones sobre funcionamiento del Ombudsmand (votadas por el Parlamento bajo el N° 48, el 9-II-1962), a éste le compete velar porque “*personne parmi ceux qui relevent de son activité, ne prenne des décisions arbitraires ou déraisonnables ou ne rende d’une autre manière occupable de faute ou de négligence dans l’exercice de son service*” (10).

Dentro de esta facultad contralora sobre las actividades administrativas tanto civiles como militares cabe, pues, un con-

(9) A fin de procurar una mayor agilidad en las relaciones Folketing-Ombudsmand, el Parlamento ha creado una comisión especial en su seno con tal objeto; es a esta comisión, pues, a quien reviene el rol de enlace para todos los efectos organizativos y de informes. Este contacto directo con el Parlamento mediante la presentación de informes —sea ante una comisión parlamentaria especial, sea ante el mismo Parlamento— es característica propia de la institución del Ombudsmand tanto en los países escandinavos, como en los de regímenes anglosajones.

(10) Respecto al texto de la ley orgánica del Ombudsmand, como de las Instrucciones Parlamentarias citadas, hemos tenido a la vista la edición francesa, del “*Det Danske Selskab*”, Copenhague, 1964. Me he permitido no traducir el Art. 3, inc. 1º, citado, a fin de evitar posibles variaciones en su texto que podrían alterar su sentido dentro del contexto jurídico en que es aplicable. Donde no haya dudas en cuanto a su tenor, preferiré traducirlo directamente.

trol o fiscalización sobre las decisiones administrativas ministeriales, sobre las decisiones y actuaciones administrativas de las autoridades y funcionarios administrativos, ya de las administraciones centrales, ya de las comunales, y en general de todas las demás personas que desempeñan una función al servicio del Estado. En el campo competencial tan vasto, tan extenso, antes mencionado, sólo quedan fuera de su actividad fiscalizadora los servicios de la justicia, esto es, los jueces, a fin de respetar en su total integridad el principio de la independencia de los tribunales; del mismo modo se excluye (de acuerdo al art. 2 de la Instrucción Parlamentaria, ya citada) de su competencia lo relacionado con los funcionarios de la Iglesia nacional en cuanto concierne a su tarea educadora, y de predicación; en fin, respecto a la Administración comunal, en su conjunto no se halla sometida al dominio fiscalizador del Ombudsmand, quien encuentra un límite, también en las decisiones de las autoridades municipales que son impugnable ante una autoridad de la administración central, las que no pueden ser llevadas ante aquél sino una vez fallada la impugnación por dicha autoridad administrativa (11).

-
- (11) Ciertamente es que el Ombudsmand recobra esa competencia sobre las decisiones municipales, si éstas lesionan lo que las instrucciones parlamentarias N° 48, citadas, Art. 2º, inc. 5º, llama "intereses jurídicos esenciales", del mismo modo si él instruye un asunto por propia iniciativa. Es curioso señalar que la labor fiscalizadora del Comisario-parlamentario danés no alcanza a los tribunales de justicia, pues se estima que así se garantiza mejor la independencia de ellos; sin embargo, su modelo sueco, al igual que el finlandés, el "justitie ombudsmand", realiza su control aun respecto de los servicios de la Administración de justicia: su control se extiende prácticamente a toda la Administración civil, central y comunal (la administración militar, desde 1915, al igual que la de Noruega —cuyo contralor data de 1952—, es controlada por un militar ombudsmand), sólo quedando fuera de su tarea fiscalizadora los Ministros, pues éstos carecen de potestades decisorias, las que corresponden al Rey. El control del Justitie ombudsman sueco se extiende tanto a las decisiones jurídicas emanadas de las autoridades o funcionarios administrativos de los órganos señalados supra, como al procedimiento empleado para llegar a la dictación de ellas, —es decir, su control recae tanto sobre las decisiones administrativas como sobre el procedimiento administrativo preparatorio a su dictación. Un señalado contraste en cuanto al campo competencial existe entre la institución danesa, cuyo control llega hasta la administración comunal (luego de la reforma introducida por ley 142 de 17-V-1961, en vigor desde el 1º-IV-1962, aunque con ciertas limitaciones), y las instituciones análogas noruega y neozelandesa, cuya fiscalización no alcanza a los municipios y sus actividades.

Para ejercer su tarea de control, el Ombudsmand cuenta con poderes jurídicos amplios, sea para incoar a iniciativa propia gestiones de fiscalización sobre las administraciones sometidas a su inspección, sea para recibir de los particulares, o de los funcionarios públicos mismos, reclamaciones impugnando decisiones administrativas que lesionen sus derechos o legítimos intereses.

Tiene atribuciones no sólo para inspeccionar los lugares mismos de trabajo sean servicios públicos, estatales o municipales, pero además posee facultad bastante para exigir de los funcionarios sometidos a su tarea de fiscalización que le proporcionen las documentaciones y antecedentes necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones contraloras: ciertamente esta facultad de exigir de las administraciones la información requerida no se extiende a aquellos documentos que pudieran estimarse como secretos de Estado, como asimismo rigen las mismas limitaciones que para deponer en juicio (12) (13).

Mas, debe dejarse bien en claro que el rol del Ombudsmand no es en modo alguno substituir a la Administración en las resoluciones decisorias, ni mucho menos podría asimilarse su tarea a la de un tribunal de alzada, o casación; el comisario parlamentario fiscaliza las actuaciones de los funcionarios y

(12) Esta atribución contrasta notoriamente con la tan famosa institución del "Privilegio de la Corona", aun existente en Inglaterra, y es más eficaz en la práctica que el régimen francés, en que el juez administrativo puede apereibir bajo plazo a la Administración a presentar determinados documentos, pero no puede obligar a presentarlos en caso de negativa, sólo le cabe tomar en cuenta dicha negativa, y como presunción en contra de la Administración.

(13) Es de interés hacer notar que el Justice ombudsman sueco, cuya competencia fiscalizadora se extiende aun a la labor de los Tribunales de Justicia, posee también atribuciones en orden a exigir información y tener acceso a los expedientes judiciales e investigaciones en curso, aun cuando ellos tengan el carácter de secretos: estamos aquí en presencia del polo opuesto del anacrónico sistema inglés del "Privilegio de la Corona".

autoridades administrativas a fin de vigilar el correcto funcionamiento de los servicios, el honesto desempeño de la función pública, y asegurar una eficaz protección de los derechos de los administrados frente al Poder Administrador, pero carece totalmente de competencias como para modificar una decisión jurídica emanada de un órgano administrativo estatal o municipal.

Pudiera pensarse tal vez —con lo expuesto— que la labor que efectúa este órgano de fiscalización carece de significación, ya que, ¿qué sentido tendría realizar un control sobre la Administración si se excluye de su competencia el modificar decisiones jurídicas que pueden ser abiertamente irregulares y dañar aun los intereses de particulares?

Si bien en un primer análisis pudiérase concluir en tal sentido, la exacta medida del control realizado por este órgano danés no necesita ni requiere tal poder de modificación de los actos de las autoridades administrativas, y ello por un juego de fiscalización que evita todo exceso en dichas autoridades: es aquí precisamente donde radica la originalidad de esta institución escandinava; no es un órgano jerárquico de la Administración, no es tampoco una jurisdicción dotada de imperio como para obligar a aquélla a cumplir sus resoluciones, pero siendo un delegado del Parlamento para controlar el desempeño de la función pública y asegurar una mejor protección de los administrados, se le han otorgado competencias suficientes para hacer respetar la probidad funcionaria y evitar la dictación de decisiones arbitrarias o faltas de racionalidad. Dado que cualquier persona —sea administrado, sea funcionario— puede directamente interponer reclamación ante el Ombudsman de las decisiones o actuaciones de las autoridades administrativas que le son lesivas, éste se encuentra en condiciones de abrir un procedimiento destinado a verificar la verdad sobre la situación administrativa cuestionada, y determinar —con los medios de inspección del servicio, requerimiento de documentaciones, y la interrogación del impugnante y de la autori-

dad inculpada— si la tal decisión reclamada ha sido dictada regularmente (esto es, de acuerdo a las normas legales vigentes), y se aviene a los principios de razonabilidad y de moralidad (no persiguiendo fines ilícitos). Teniendo, pues, el comisionado-parlamentario iniciativas amplias de inspección, analizará el fundamento de las reclamaciones ante él interpuestas, y si encuentra que existe causa bastante como para iniciar un procedimiento de investigación, incoará el pertinente proceso haciendo saber a la autoridad cuya actuación se cuestiona la interposición de esta reclamación, a fin de escuchar su explicación respecto a las actitudes por ella asumidas, y solicitarle el envío de los documentos que conciernen al caso. Es más, con estos antecedentes (y no debe olvidarse la obligación de las autoridades y funcionarios para presentar las informaciones y documentaciones requeridas por el Ombudsman) el órgano contralor estudia la exactitud de los hechos ponderando la actuación de la Administración, y si estima necesario oír personalmente tanto al funcionario cuestionado, como a otras personas cuyas declaraciones puedan servir al esclarecimiento del asunto; de esta manera se forma una opinión exacta, tanto desde el punto de vista de la Administración como desde la perspectiva del reclamante, sea un funcionario, sea un particular, afectados por la actuación de la Administración. Formada su opinión, una vez el procedimiento agotado, hace saber su informe a las partes, decisión que es inapelable pues no cabe recurrir en su contra ante una instancia superior.

Esta decisión emanada del Ombudsmand, no tiene —sin embargo— imperio, como se ha dicho ya; no le cabe anular una decisión administrativa ni mucho menos llegar a condenar una autoridad o funcionario a indemnizar perjuicios. No obstante ello, su decisión no es una mera declaración romántica para la Administración; aunque ésta no se encuentra vinculada a ella, el hecho de que el Ombudsmand haya formulado la recomendación de modificar la actuación de un órgano administrativo tiene un peso considerable pues conociendo aquél

todos los antecedentes del caso y habiéndose compenetrado exactamente de los hechos, su informe final tiene una base fundada en la más estricta equidad, pues dicho Comisario-Parlamentario ha sopesado equilibradamente no sólo los posibles derechos o intereses del reclamante (funcionario o particular) sino las condiciones y características propias en que el servicio público funciona. Su fuerza es —en especial— la fuerza de la equidad, y del prestigio de que se ha rodeado el órgano contralor. De hecho, y teniendo en consideración la forma misma cómo se realiza la fiscalización de los órganos administrativos y comunales, forma que es de estrecha colaboración y comprensión, la tarea del Ombudsmand ha encontrado franca acogida en las instituciones estatales danesas tomando éstas en real consideración las recomendaciones de las decisiones de aquél, sean tales proposiciones de orden general para una mejor y más adecuada administración, o de orden concreto para un caso particular específico.

Cierto es que aquí no se agota la competencia del comisionado-parlamentario en cuestión: en el conocimiento de los hechos que han dado lugar a una reclamación en contra de la Administración (sea civil, militar, o comunal) puede llegar el Ombudsmand al convencimiento de la comisión de un acto o actos por parte de un funcionario o autoridad administrativa (de aquellos que se encuentran en el ámbito de su control fiscalizador) que pueden ser objeto de una sanción disciplinaria; en tal caso, él se dirigirá a la autoridad jerárquicamente superior del funcionario afectado a fin que inicie el correspondiente expediente disciplinario. Del mismo modo, si conociendo de un asunto cae en la cuenta que se han cometido faltas graves, o delitos, en el desempeño de la función pública, puede incluso imponer al ministerio público el abrir una instrucción preparatoria, y seguir —de acuerdo a los antecedentes que ella arroje— ante los tribunales ordinarios; así, se hará además efectiva la responsabilidad penal de acuerdo al derecho común, del agente público culpable de delito en el ejercicio de su la-

bor administrativa (14). En el supuesto que investigando una reclamación interpuesta ante él, el comisario-parlamentario concluya que un ministro de la Corona, o un ex-ministro de ella, debe esclarecer ciertas actuaciones suyas, o rendir cuenta de una determinada situación, que afectaría su responsabilidad ministerial e incluso dar lugar a ser perseguido ante la justicia ordinaria, o simplemente para permitir un mejor conocimiento de los hechos que se tratan de elucidar, él dirigirá una comunicación al Folketing, con tal objeto.

Ya respecto a la decisión misma, si bien es cierto que no posee competencias para anular o modificar un acto administrativo irregular, el Ombudsmand puede entablar conversaciones directamente con la autoridad administrativa en el caso de llegar al convencimiento de la ilegitimidad de una concreta decisión, a fin de lograr su modificación por parte de la propia autoridad que la dictó. Aun si tal autoridad administrativa no estima conveniente seguir la proposición enmendatoria del comisario-parlamentario, éste podrá —si la importancia del caso se lo aconseja— informar al mismo Folketing, para que interviniendo a nivel ministerial examine el asunto con el ministro responsable. De tal manera, aunque carezca el órgano de control de potestades de imperio en cuanto concierne al cumpli-

(14) Este poder que la ley ha dado al comisario-parlamentario para obligar a exigir al ministerio público que abra una investigación a fin de esclarecer la posible comisión de hechos delictuales en el desempeño de la función pública, o a la autoridad administrativa para que abra o inicie el correspondiente proceso disciplinario en contra de un agente subordinado jerárquicamente a ella, para perseguir su responsabilidad administrativa, contrasta con las competencias otorgadas al Ombudsmand sueco o finlandés, quien puede él mismo iniciar la acción penal pertinente, vale decir, hacerse parte en el procedimiento respectivo. Por su parte, el comisario-parlamentario noruego no posee ni la una ni la otra, ni puede accionar personalmente, ni le cabe obligar u ordenar al ministerio público que lo haga; en verdad, su misión es más bien de asesoramiento, a fin de garantizar a los administrados una mejor protección de sus derechos frente a la autoridad administrativa sin perjuicio de velar asimismo porque ésta se desarrolle en el respeto de la ley y de la justicia. Se diferencia en esto, claramente, de la institución danesa ya que ésta tiene por misión fundamental controlar la Administración civil, militar y comunal del Estado, y orientarla hacia una perfecta legalidad en su actuar.

miento de sus resoluciones, la ley orgánica de su gestión le ha conferido las facultades suficientes como para realizar una labor fiscalizadora verdaderamente eficaz, en favor del mejor servicio de las funciones públicas, asegurando así una mejor garantía de los derechos de los administrados.

Es interesante señalar, ya respecto al contenido mismo del control ejercido por el comisario-parlamentario, que dicho control recae —como hemos ya visto— sobre la actividad (actos o decisiones jurídicas, y actuaciones) de la administración civil y militar del Estado, y asimismo la administración comunal (con las limitaciones señaladas supra). Dentro de dicha actividad, deberá cuidar que ningún funcionario o autoridad persiga fines ilícitos, adopte decisiones arbitrarias o irracionales, o cometa faltas o negligencias en el desempeño de sus funciones. Ahora bien, la actividad administrativa se desarrolla ya con competencias regladas, ya con competencias discrecionales, es decir, en su actuación y en la adopción de decisiones jurídicas existen elementos reglados y elementos más o menos discrecionales: la infracción de los elementos reglados configuran la violación de la ley, y generalmente de manera clara, siendo encargados los tribunales contenciosos de declarar o constatar su nulidad (a petición de parte obviamente), pero en cuanto concierne a los elementos discrecionales, el derecho comparado nos da una visión más bien generalizada de su inmunidad de control; en el caso en estudio, el órgano contralor danés ejerce, evidentemente, su fiscalización sobre los actos reglados, pero respecto a los actos administrativos con predominio de elementos discrecionales, él no lleva su fiscalización a extremos peligrosos para la misma competencia que ejerce: su control —en cuanto a estos actos— es prudente; si bien su competencia le habilita para cuidar y evitar que funcionarios o autoridades adopten decisiones arbitrarias o contrarias a razón (Art. 3, inc. 1º, de las instrucciones parlamentarias), no ha estimado conveniente inmiscuirse en los elementos del acto que son dejados a la apreciación del órgano administrativo, a menos que de los antecedentes de un pro-

ceso por él incoado resulte —y él llegue al convencimiento— que una decisión concreta es arbitraria o ha sido dictada de modo poco razonable (15).

Una misión de confianza: su labor concreta.

Luego de haber analizado la naturaleza de este órgano de control y las competencias con las que ha sido provisto, nos parece conveniente, a fin de dar una más cabal descripción de él, conocer el procedimiento que siguen las reclamaciones ante él interpuestas por los administrados o funcionarios lesionados por actuaciones o decisiones de las autoridades administrativas sometidas a su tarea de fiscalización.

Siendo la actividad de control que ejerce el Ombudsmand tan vasta, y comprendiendo no sólo la Administración civil y militar del Estado, sino también en ciertos aspectos la administración local (o comunal), ha parecido al legislador danés otorgar la mayor amplitud a los administrados, y a los funcionarios públicos, en cuanto a la posibilidad de recurrir ante este órgano fiscalizador en defensa de sus derechos o intereses: “Cualquier persona puede interponer directamente una recla-

(15) La facultad de llevar el Ombudsmand su fiscalización hasta respecto de los elementos discrecionales de una decisión administrativa es propia creación del legislador danés, pues su antecedente sueco no contempla tal competencia dentro de la órbita de sus atribuciones; a él no le cabe criticar, controlar, la oportunidad de una decisión dictada por la Administración sueca, su control se extiende únicamente a cuanto concierne la legalidad de los actos y su adecuación a la ley. A ejemplo del comisario-parlamentario danés, el ombudsmand noruego (creado en 1962) ejerce también su competencia al conocimiento y examen de los elementos discrecionales de los actos administrativos de los órganos centrales de la Administración del Estado, ya que se ha estimado que teniendo el Poder Administrador en la actualidad tan vastas competencias y tan extendido su poder de apreciación respecto a las medidas a dictar, es conveniente que los particulares puedan dirigirse a un órgano estatal (el Ombudsmand, en el caso concreto) con el objeto de llegar a un verdadero control —mediante su investigación e informe posterior— del uso que ha hecho de sus poderes de apreciación la autoridad administrativa. Cierto es que tal competencia de fiscalización de los elementos discrecionales de las decisiones administrativas cabe únicamente en la medida en que éstas o han comportado consecuencias perjudiciales respecto a un particular, es decir, le han provocado daño o perjuicio, o sean contrarias a la equidad.

mación ante el Ombudsmand, en contra de personas o actuaciones que caen bajo su control fiscalizador...”, señala el artículo 4 de las Instrucciones Parlamentarias, N° 48, de 9-II-1962, sin que sea necesario justificar un interés particular en el asunto, o un derecho subjetivo lesionado. Debe ser presentada por escrito, firmada, y dentro de los 12 meses siguientes al hecho que origina el reclamo; junto con su individualización el reclamante debe —en la medida de lo posible— acompañar las pruebas en las cuales funda la verdad de su impugnación. En los casos en que la reclamación es formulada por funcionarios públicos, sean de las Administraciones civiles, sean de las militares o comunales, ella puede ser presentada de manera directa, sin ser menester seguir el orden jerárquico, medida que asegura, así, una mayor garantía de defensa y una posibilidad cierta para el agente de que su reclamo será atendido, estudiado y decidido por el Ombudsmand (16).

Depositada, pues, la reclamación en contra de una autoridad administrativa —civil, militar o comunal— o en contra de un funcionario de dichas administraciones, sea que se impugne una decisión jurídica, o un proceder pretendidamente irregular o ilícito de parte de esa autoridad o de tal agente público, el Ombudsmand (entiéndase, el órgano contralor) procederá a realizar un examen del contenido de dicha reclamación, a fin de decidir si se da lugar o no, y abrir —en consecuencia— la correspondiente encuesta o investigación: tanto una como otra decisión, es decir, la aceptación o el rechazo

(16) Esta amplitud para hacer posible toda reclamación por parte del administrado danés que estime haber sido lesionado por la actuación u omisión de una autoridad administrativa, en el ejercicio de su función, no ha sido seguida por la ley inglesa, la cual exige —para recurrir ante el Comisario-parlamentario— la reclamación de un ciudadano, víctima de una lesión cometida por una autoridad administrativa, interpuesta ante un miembro de la Cámara de los Comunes, y luego la petición de éste en orden a solicitar del Ombudsmand una investigación sobre el particular: de esta manera, el Comisario inglés sólo procede de un miembro de la Cámara Baja, el cual debe haber recibido previamente la reclamación de un particular. Esta peculiaridad del sistema británico encuentra su origen en el propio juego institucional parlamentario inglés: el diputado como defensor del particular frente al Poder.

de proceder a iniciar investigación con el objeto de conocer la verdad sobre los hechos denunciados en la reclamación, deben ser resueltas por el propio Ombudsmand, y dando las razones —en el supuesto del rechazo— de su negativa a proceder a investigar (17). De ser incompetente, indicará además de los motivos de su falta de atribuciones para conocer de una reclamación, la autoridad precisamente con facultades legales para atenderla, o enviará directamente los antecedentes a la tal administración competente, para que conozca del asunto en cuestión, según los casos.

En el evento de que la denuncia recaiga sobre actuaciones o decisiones de órganos sometidos a la competencia fiscalizadora del comisario-parlamentario, y presente visos de ser fundada, ésta será transmitida al agente estatal o a la autoridad denunciada a fin de escucharla en las razones de su proceder cuestionado por la reclamación interpuesta en su contra, y solicitándole el envío de los documentos, y demás antecedentes necesarios, concernientes para el correcto y adecuado conocimiento del asunto. En posesión de dichos antecedentes, el Ombudsmand estudiará el fundamento de la denuncia a la luz de ellos, y, si estimare necesario, proveerá a conversar personalmente tanto con el denunciante, como con el funcionario

(17) Según datos proporcionados por el propio Ombudsmand danés, un subido porcentaje de reclamaciones presentadas ante su oficina debe ser rechazado en atención a recaer sobre denuncias de comisión de irregularidades, o impugnaciones de decisiones dictadas por órganos estatales que no caen bajo la jurisdicción fiscalizadora de este comisario-parlamentario: tal v. gr. en reclamaciones presentadas en contra de sentencias de los tribunales de justicia, o de actuaciones de los magistrados de dichos tribunales, o denuncias en contra de Parlamentarios. No siempre esta incompetencia es tan notoria; casos hay —como las reclamaciones en contra de la Administración comunal— en que no es fácil delimitar con precisión el campo competencial del Ombudsmand, pues si bien “las personas que están al servicio de las comunas...” (Art. 4, inc. 2º de la ley 342, de 1º-XII-61, orgánica del organismo fiscalizador), se encuentran sometidas a su control, “la actividad de conjunto de las administraciones comunales no se encuentra sometida a su contralor” (ibidem). Otros casos de incompetencias se refieren a reclamaciones en contra de decisiones de autoridades inferiores que pueden ser modificadas por su superior jerárquico, situación en la cual el Ombudsmand careciendo de facultades para conocer de ellas las transmitirá directamente a dicha autoridad jerárquica superior.

o autoridad cuya actuación se impugna por irregular o ilícita, por abusiva o inoportuna; puede aun —si fuere conveniente— citar a otras personas —sean funcionarios o particulares— a fin de escucharlas en relación con la denuncia formulada ante él y obtener así informaciones de interés, o pertinentes (18).

Si la reclamación interpuesta ante el Ombudsmand es en contra de un funcionario, por su actuación pretendidamente ilícita, dicho funcionario puede hacer suspender el procedimiento seguido por el órgano fiscalizador invocando su deseo de que esa denuncia formulada en su contra sea sometida a una investigación disciplinaria, de acuerdo a las disposiciones de la Ley de funcionarios: si tal ocurre, el Ombudsmand suspende su actuar, transmite toda la documentación allegada en su propia investigación, y hace saber a la autoridad encargada del procedimiento disciplinario los hechos ya establecidos fehacientemente, si los hubiere (19).

Una vez la investigación agotada, el Ombudsmand emite su decisión, informando tanto al denunciante como a la autoridad o funcionario objeto de la reclamación; esta decisión comprende una exposición detallada del asunto, las investigaciones llevadas a cabo, y la conclusión a la cual ha llegado; de haber lugar a críticas en cuanto a la actuación o al proceder de algún órgano administrativo, o algún funcionario en especial, dicha decisión las contendrá. En algunas ocasiones hay lugar a informar al Parlamento sobre un asunto que revista una importancia determinada, y en tal caso, la decisión debe contener además de las críticas que el Ombudsmand estima conveniente hacer, la exposición de cuanto ha dicho el afec-

(18) Este tipo de encuentros entre el Ombudsmand y los funcionarios afectados, o terceras personas, se realiza espontáneamente a simple requerimiento o invitación de parte del comisario-parlamentario, sin que sea necesario recurrir ante los tribunales para convocarlos a declarar, o a prestar su concurso en la correspondiente investigación.

(19) Al parecer, hasta la fecha no se ha presentado aún el caso de que tal invocación al procedimiento disciplinario fuere formulada por algún funcionario en contra de cuya actuación un particular interpuso reclamación ante el Ombudsmand.

tado responsable, a fin de permitir el conocer el asunto en toda su extensión con las debidas defensas del agente estatal incriminado.

Según analizábamos antes, esta decisión del Ombudsmand es definitiva, y resuelve el asunto sin ulterior recurso, no habiendo posibilidad alguna de pretender modificarla. Asimismo, valga la pena recordar que el fallo recaído ante una denuncia, o en una investigación incoada motu proprio por el Comisario-Parlamentario, carece de imperio, y no es capaz de modificar o enmendar una decisión administrativa de un órgano de la Administración civil, militar, o comunal: su eficacia sólo reside en la fuerza de las argumentaciones, y en la solidez de sus motivaciones, asentadas en la verdad, acumulada con los antecedentes fidedignos que han aportado tanto funcionarios como denunciantes.

Una vigilancia especial: una administración responsable

La institución del Ombudsmand —que nació en Suecia como una necesidad de mayor garantía y protección de los derechos individuales atendido el propio sistema jurídico-político de aquel país— se ha extendido en toda la zona escandinava cual un instrumento más expedito y eficaz en orden a asegurar una mejor administración de los servicios públicos al mismo tiempo que constituir una nueva vía de defensa de los derechos y libertades de los administrados frente al Ejecutivo. No ha de creerse, sin embargo, que constituya este modo de control administrativo una panacea especial que solucione milagrosamente los problemas que implica la lucha contra las inmunidades y arbitrariedades del Poder Administrador; jamás podrá este órgano fiscalizador sustituir la garantía principal y elemental que es la vía jurisdiccional, por medio de recursos procesales-administrativos que permitan la impugnación de los procedimientos arbitrarios e ilegítimos de las autoridades administrativas: ella será siempre la “vía áurea” que poscerá el ciudadano o el administrado para defender sus de-

rechos y garantías tanto sociales como individuales; toda otra vía viene, en el fondo, a ser complementaria e integradora de una mayor defensa, de un mejor sistema garantizador, de una más completa configuración del imperio de la ley, camino esencial hacia un Bien Común integral de la sociedad, y, por ende, del individuo.

Dentro, en consecuencia, de esa mayor defensa y protección del individuo frente al Poder Ejecutivo (que como órgano de poder encargado de la Administración del Estado, y de la satisfacción concreta de las necesidades públicas o de interés general, se encuentra a menudo, en sus tareas, en conflicto con los intereses de los particulares) que representa siempre un peligro concreto, ante los administrados, de lesión de sus garantías y libertades, esta fiscalización de las autoridades administrativas a través de un comisionado-parlamentario viene a significar una protección verdaderamente dinámica, y, adecuada a las actuales circunstancias, de los ciudadanos, y al mismo tiempo un control conformador de una mejor administración de los servicios públicos. Al ser su labor una tarea de supervigilancia no jurisdiccional —pues carece de imperio y no decide contiendas entre partes— su papel es —finalmente— lo que el propio nombre que lleva, “ombud”, significa, esto es = “protector”.

Los tribunales ejercen —indudablemente— un control eficaz, a través de la anulación de los actos administrativos irregulares, o ilícitos, o arbitrarios, y pueden incluso condenar a la Administración a indemnizar los daños ocasionados en su actuar (o en su no actuar, debiendo obrar)— sea que haya mediado o no culpa —pero es obvio que su control es únicamente ejercido a petición de parte, jamás de propia iniciativa como ocurre con el Ombudsman, y aun sus sentencias obligan en la medida que buenamente la Administración quiera cumplirlas (siendo inexistente un sistema de coacción en contra de ella), en cambio el comisario-parlamentario, si bien carecen de imperio sus decisiones y ellas no pueden alterar un acto administrativo, poseen el camino de hacer intervenir al Parla-

mento y solicitar éste la comparecencia del ministro responsable, a nivel de Poderes.

Por otra parte, la vía jerárquica administrativa —a través de los recursos en sede administrativa— aunque constituye un remedio no pocas veces adecuado, las más de ellas aparece como un penoso procedimiento dilatorio, al carecer el superior jerárquico de una verdadera imparcialidad frente a la reclamación interpuesta. Sólo una autoridad independiente es efectivamente equitativa, y asegura una debida garantía al particular lesionado: quien se halla situado fuera del orden jerárquico puede, en realidad, cumplir con la necesaria imparcialidad que requiere el examen de una controversia, siendo ajeno a ambas partes en sus relaciones competenciales.

Al tener —asimismo— este órgano de control atribuciones amplias de investigar, y poderes de inspección que le permiten constituirse en los propios servicios públicos, y contar con todos los antecedentes que la discusión del caso ha producido —allegados por el reclamante y por el órgano administrativo afectado— su decisión, aun careciendo de un poder modificador, y de imperio, viene a transformarse en un acto de equidad cuya fuerza, finalmente, es indiscutida, y de esta manera, obliga.

A las garantías jurisdiccionales, y jerárquicas, pues, se ha agregado en favor del administrado escandinavo, este órgano de supervigilancia que es el Comisario-Parlamentario, encargado de velar por el exacto cumplimiento de las leyes de parte de los servicios administrativos del Estado, encauzando su actividad en sendas de probidad y de eficacia, a fin de asegurar, así, una mayor garantía de las libertades y derechos del individuo frente a las actuaciones del Poder Administrador.