



EL OMBUDSMAN

(Posibilidad de incorporarlo en Costa Rica)

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.
Lic. Carlos Rivera B.

CONTENIDO:

INTRODUCCION	36
I. NATURALEZA JURIDICA:	37
A. SU ACTIVIDAD: LA DEFENSA DEL INDIVIDUO FRENTE A LA ADMINISTRACION.	37
a. Organo que no impone ni resuelve.	37
b. El derecho a ser oído.	37
c. Complemento de los controles clásicos.	38
B. FORMA DE DESIGNACION Y CESE DE FUNCIONES	38
a. Su elección.	38
b. Cese de funciones.	38
c. La personalidad del Ombudsman.	38
II. LAS FUNCIONES DEL OMBUDSMAN	39
A. EL RECURSO ANTE EL OMBUDSMAN	39
a. Condiciones para admitir el recurso.	40
B. EL DOMINIO DE SU COMPETENCIA:	40
a. Control sobre la Administración.	41
b. Control sobre la Administración de Justicia.	41
C. MAGISTRATURA DE INFLUENCIA	42
CONCLUSIONES.	42

INTRODUCCION

El Poder Ejecutivo es el órgano motor de la actividad estatal. Su importancia crece día a día. Varias son las razones. En primer término, como afirma Chandernagor: "*La evolución económica y social es un motivo suplementario del cambio o transferencia de las responsabilidades de los Parlamentos al Gobierno*" (1). En segundo término, la actividad estatal exige prontitud y eficiencia, y no encuentra esos elementos en los órganos deliberantes. Ello se traduce, a su vez, en una mayor vulnerabilidad de los derechos individuales frente a la acción del Estado.

En el contexto latinoamericano, la violación de los derechos humanos por parte del Poder Ejecutivo es constante. Los informes de los organismos internacionales son reveladores. Costa Rica aparece en esos informes como una excepción, pero debe luchar para que los derechos humanos sean respetados también en nuestro medio. Es importante, por eso, que tengamos en cuenta institutos de Derecho Comparado que podrían ser incorporados con ventaja a nuestra organización institucional, para garantizar aún mejor tales derechos. El propósito del presente trabajo es llamar la atención sobre uno de ellos.

En los países nórdicos surgió en el siglo pasado (1809), con la nueva constitución sueca, el instituto denominado "*Riksdagens Justitieombudsman*", encargado de controlar el respeto de las leyes y de los reglamentos por parte de jueces y funcionarios (2).

La Institución sueca fue dividida en 1915, cuando el control de la administración militar se confió al "*Militieombudsman*". Sin embargo, desde 1968 la distinción entre los dos sectores se abandonó y en la actualidad existen cuatro "*Justitieombudsmän*" que se dividen el control de la Administración. El último que se creó (1973) se dedica a la defensa de los consumidores (3).

Posteriormente, en 1919, Finlandia acoge en su ordenamiento jurídico el Ombudsman, en 1954. Dinamarca adapta ese instituto y lo incorpora en su Constitución. Los resultados satisfactorios han

hecho que otros países adoptaran la institución: Alemania en 1964, Inglaterra en 1967 y Francia en 1973, además de Nueva Zelanda, de Quebec - Canadá, así como de algunos estados de los E.E.U.U. (4).

Existe un aspecto común en todos los Ombudsmän: constituyen un intento de obtener una mejor protección de los derechos del individuo frente al crecimiento de la intervención estatal. Pero cabe advertir que esa idea fundamental, la de proteger los derechos del individuo frente a los abusos del Estado, se concreta a través de características diversas en los países donde existe la referida institución. En Suecia y en Finlandia, por ejemplo, el Ombudsman es complemento del control jurisdiccional. En otros países, particularmente en los del Common Law, es el sustituto de un sistema de jurisdicción administrativa generalizada, ya que en esos países no se acepta un control de esa naturaleza (5).

Al margen de los aspectos particulares, la extensión del Ombudsman corresponde a un movimiento de democratización del control de las libertades públicas (6).

Se le ha comparado con algunos mecanismos que, aunque no se inspiran en él en forma directa, presentan algunas de sus características. Así, por ejemplo, se le compara con el Inspector General de la Defensa en los Estados Unidos, con el Comité de Acción de las Filipinas o con la Comisión Europea de Derechos Humanos. Es evidente que en todas estas instituciones se encuentra una finalidad común: abrir la posibilidad al individuo de acudir a un órgano independiente, cuando se ha cometido un abuso por parte de la Autoridad (7).

De lo expuesto, surgen dos características fundamentales de esta institución: su finalidad de defender al individuo frente a los abusos de la autoridad, lo cual a su vez facilita un control de eficiencia administrativa, y su independencia. Estos dos aspectos serán analizados con más detalle a continuación, al estudiar la naturaleza jurídica y las funciones del mencionado instituto.

- (1) CHANDERNAGOR, André. *¿Un parlement pour quoi faire?* Éditions Gallimar, 1967, París, Francia, pág. 23.
- (2) ROBERT, Jacques. *Libertés Publiques*. Éditions Montchrestien, 1971, París, Francia, pág. 135.
- (3) BECET, Jean Marie. "*L'ombudsman. Et les institutions analogues*", Institut International des Droits de L'Homme, VIII sesión d'enseignement, 1977, 4-29 julio.
- (4) Sobre las características del Ombudsman en cada uno de estos países, véase el artículo del Dr. ROJAS FRANCO Enrique, aparecido en la Revista de Ciencias Jurídicas Número 30, "El Ombudsman".
- (5) RIDEAU, Joel. "*L'ombudsman, Le modèle Suedois et ses variantes*", D.F. No. 66, 1971, pág. 4.
- (6) *Ibid.*
- (7) Podría decirse que hasta la Prokuratura soviética tiene algunas semejanzas con el Ombudsman. El Procurador General ejerce allí un papel de control, de vigilancia de la Administración: garantiza el respeto de la legalidad socialista. Sin embargo, esta institución soviética está bastante ligada al Poder Central.

—I—

NATURALEZA JURIDICA DEL OMBUDSMAN

La primera pregunta que conviene hacerse sobre la naturaleza jurídica del Ombudsman, es la referente a su ubicación con respecto a la teoría de la separación de poderes. En algunos países se le ha considerado como un órgano parlamentario y, en consecuencia, se le ubica dentro de los poderes clásicos de la teoría de Montesquieu; al principio fue concebido como un mandatario del Parlamento, al cual se le encargaba vigilar permanentemente la aplicación de las leyes por los tribunales y por la Administración. Sin embargo, aun en esos países donde se le atribuyen aspectos parlamentarios, el Ombudsman difiere por su finalidad, organización y otras características, de las Asambleas Legislativas. Por esa razón conviene prescindir del referido aspecto parlamentario y, en su lugar, adoptar otro criterio que permita trazar mejor los contornos de este instituto jurídico-político.

A. SU ACTIVIDAD: LA DEFENSA DEL INDIVIDUO FRENTE A LA ADMINISTRACION.

La actividad —directa o indirecta— en favor de los individuos frente al Estado, constituye el aspecto fundamental del Ombudsman; y ello representa además un factor de equilibrio político, si se toma en cuenta el crecimiento de las atribuciones de la Administración y las intervenciones de ésta en campos anteriormente reservados a la esfera privada.

a) Órgano que no impone ni resuelve.

La actividad en defensa del individuo difiere de la que realizan los otros órganos constitucionales clásicos. En efecto, cuando al Ombudsman se le someten asuntos para su conocimiento, carece de poder de decisión: investiga, informa, expone un criterio o propone una solución, pero no impone ni resuelve nada (8). Logra su eficiencia a través de otros mecanismos. En primer término, al provocar la intervención de la opinión pública, que se alcanza por medio de la publicidad de la acción del Ombudsman. Es cierto que las investigaciones que este realiza las efectúa en forma secreta; pero a los resultados de sus indagaciones se les da amplia divulgación. Por medio de la publicidad y su repercusión en la opinión pública, el Ombudsman hace que la Administración trate de evitar abusos en perjuicio de los particulares.

Sus poderes de investigación son amplios, y las soluciones que propone son casi siempre acatadas por la Administración, a pesar de no disponer de mecanismos coercitivos para imponerlos. De esta

manera, gracias al prestigio de la institución en la opinión pública, las sugerencias que se fundan en las investigaciones, son habitualmente acatadas.

b) El derecho a ser oído:

El Ombudsman ofrece la posibilidad de un contacto directo y personal con un órgano ajeno a la Administración, el cual se encarga de investigar, con absoluta independencia, la queja del individuo. Al final, las consecuencias serán favorables para el administrado, en caso de abusos de parte del Estado.

En otros ordenamientos, que carecen de órganos parecidos al Ombudsman, el derecho a ser oído requiere la utilización de un procedimiento jurisdiccional lento, caro y formalista. El Ombudsman, al contrario, ofrece un procedimiento más fácil y más eficaz. El administrado tiene derecho no sólo a criticar las decisiones tomadas por la Administración, sino también a quejarse de las conductas administrativas que, aunque muchas veces en forma mínima, atentan contra sus derechos y sus libertades. A menudo *"no interesa el contenido de la queja, sino lo que importa es poder quejarse"* (9).

La intervención del Ombudsman no es siempre el resultado de un conflicto; puede simplemente obedecer a la necesidad (y derecho) que el particular tiene de obtener una información que la Administración niega, y que de otra forma no podrá obtener.

c) Complemento de los controles clásicos:

La institución emerge así como un complemento importante de protección de los administrados frente al Estado, como consecuencia del hecho de que los controles clásicos resultan insuficientes.

"Es en términos de complementariedad que se debe comprender la acción del Ombudsman", afirma Jean Marie Becet (10). En efecto, existen casos en que los tribunales de justicia no intervienen. Los pequeños asuntos que perjudican al administrado en sus relaciones con la Administración, y que no ameritan plantear un juicio, se dan con mayor frecuencia que los grandes casos, reiterándose indefinidamente abusos, sin que haya posibilidad de rectificar la conducta administrativa. La participación del Ombudsman llena esas lagunas.

En otros casos, el administrado, aun tratándose de asuntos importantes, por temor de enfrentarse a la administración o por ignorar sus derechos, tolera en su perjuicio los abusos de la acción del Estado. Este aspecto adquiere características

(8) BECET, J.M. Op. cit., supra nota No. 3, pág. 2.

(9) BECET, J.M. Ibid., pág. 7.

(10) BECET, Jean Marie. Ibid., pág. 10.

especialmente graves si el administrado carece de medios económicos para ejercer su defensa (11).

Cierta categoría de personas, como: enfermos en los hospitales, los reclusos en asilos, soldados frente a la administración militar, etc., no cuentan con instrumentos jurídicos cuando se cometen arbitrariedades en su perjuicio. En Suecia, las personas mencionadas acuden al Ombudsman y obtienen éxito en sus gestiones.

Los recursos que los particulares plantean frente al Estado, en vía administrativa y jurisdiccional, no siempre resultan eficaces. En la primera vía, por cuanto la Administración es juez y parte. En la segunda, por ser esos recursos lentos, caros y formalistas. Resulta decisiva la intervención del Ombudsman, como instrumento rápido, sin formalismos y ajeno a la Administración, en situaciones donde por las razones dichas, los referidos recursos no protegen en debida forma al particular frente a aquélla.

Por otra parte, el control parlamentario, como medio de protección del individuo frente al Estado, no siempre se cumple de modo adecuado, por cuanto el Poder Legislativo tiene muchas y diversas atribuciones; además está el hecho de que la institución parlamentaria, por distintas causas (históricas, políticas y económicas), está en crisis. De ahí que, sólo excepcionalmente puede el Parlamento detenerse a examinar las quejas de los ciudadanos que han soportado abusos de la Administración.

De lo expuesto, cabe concluir que el Ombudsman debe subsistir junto a los órganos de control clásico, porque en modo alguno los obstaculiza; antes bien puede, como complemento y auxiliar de ellos, contribuir a mejorar la situación del individuo frente a la Administración y, de esa manera, garantizar mejor sus libertades y derechos fundamentales.

B. FORMA DE DESIGNACION Y CESE DE FUNCIONES:

Por su modo de designación y la forma de cesar en sus funciones, el Ombudsman no presenta las características de un órgano parlamentario clásico.

a) Su elección:

Según el esquema Sueco, la elección corresponde al Parlamento. El Ombudsman es, así, el elegido de los elegidos, el representante de los representantes del pueblo. En Suecia esa elección es indirecta. Cada Asamblea elige 24 parlamentarios que escogerán el Ombudsman. Las reglas de la elección son las mismas que se aplican para escoger a los Presidentes de las Cámaras del Parlamento Sueco. Los partidos se ponen de acuerdo sobre un candidato, para que él sea designado por unanimi-

dad. En Alemania, lo designa el Bundestag (Parlamento alemán). Pero se critica que el nombramiento del Ombudsman alemán sea realizado por mayoría simple, hecho que le hace perder independencia (12).

En otros países, como en Nueva Zelandia, es el Gobernador quien elige al Ombudsman. Las críticas a este sistema de elección son muchas: si se toma en cuenta que el Ombudsman va a proteger al particular contra los abusos de la Administración, el hecho de que aquél sea dependiente de ésta, le impide realizar una labor adecuada; además, es objetable que la elección por parte del Poder Ejecutivo sea efectuada con un criterio político.

b) Cese de funciones:

Al margen de causas de cesación de funciones como la pensión o la renuncia, se pueden encontrar otras: por ejemplo, el hecho de que haya perdido la confianza de la opinión pública. En Suecia, el Ombudsman cesa en sus funciones, aun durante el curso de su mandato, si se lo pide uno de los Comités Parlamentarios encargados de vigilarlo; en la práctica, sin embargo, nunca se ha llegado a revocar su nombramiento.

Su mandato es breve en casi todos los países, pero ello ha sido arduamente criticado (13). La brevedad lo sujeta a cierta dependencia frente al Parlamento.

c) La personalidad del Ombudsman:

La personalidad de aquel a quien se le encarga proteger al individuo frente a la Administración, es un elemento fundamental para el buen funcionamiento del instituto en razón de la naturaleza particularmente delicada de esa tarea. En efecto, la personalidad del elegido constituye un elemento decisivo para alcanzar la confianza que debe despertar en la opinión pública. En Suecia, los Ombudsmän son generalmente escogidos entre los miembros de la Corte Suprema de Justicia. En Noruega, el primer titular del puesto fue un juez de la Corte Suprema. En Dinamarca, después de múltiples dificultades encontraron la solución llamando a un profesor, Hurwitz, quien había hecho la propuesta de creación del Ombudsman; él mismo se convirtió, así, en el primer Ombudsman danés.

Siempre se ha escogido a un jurista para el desempeño de tarea tan importante. Unas veces han sido jueces de alto rango; otras, funcionarios de alta jerarquía. Razones de experiencia en la Administración han inclinado la selección en favor de estos últimos funcionarios. Los problemas a los que se ven enfrentados, son ilegalidades e injusticias de delicado carácter. La idea fundamental que

(11) ROBERT, Jacques. Op. cit., supra nota No. 2, pág. 136.

(12) Sobre la forma de designar el Ombudsman, véase, ROJAS FRANCO Enrique, op. cit., supra nota No. 4.

(13) RIDEAU, Joel Op. cit., supra nota No. 5, pág. 6.

ha prevalecido para la escogencia de este alto funcionario, es la de considerar su integridad moral y su independencia.

Pero para cumplir con su función en forma adecuada, debe contar con un equipo administrativo y técnico que garantice el cumplimiento de sus servicios. La cantidad de esos servicios ha sido siempre reducida. Un aparato administrativo considerable crearía el peligro de una pesada burocracia

de control. Es importante advertir que el Ombudsman interviene personalmente en muchos asuntos; esa es la regla en Suecia.

La selección de sus dependientes es realizada por el Ombudsman mismo, en forma directa, para que tenga confianza absoluta en sus servidores, y pueda así delegar en ellos algunas de sus funciones. Pero es decisivo que esta labor no se convierta en impersonal.

—II—

LAS FUNCIONES DEL OMBUDSMAN

Se señaló que la actividad del Ombudsman constituye un intento que complementa el control clásico frente a los abusos de la Administración en perjuicio del individuo.

Para cumplir con ese objetivo, el ombudsman cuenta con funciones importantes. Con el objeto de analizarlas, conviene referirse al procedimiento que utiliza.

A. EL RECURSO ANTE EL OMBUDSMAN:

La amplitud del recurso es una de las principales características. Ello se advierte claramente si se establece una comparación con el Parlamento y con el Poder Judicial.

Se indicó que el Parlamento no protege en forma inmediata y eficaz los derechos del individuo. En cuanto al Poder Judicial, si bien controla las libertades públicas y la legalidad de la acción administrativa del Estado, allí las condiciones de admisibilidad y de éxito del recurso no ofrecen suficientes garantías. En Costa Rica, un alto porcentaje de los recursos de amparo son declarados sin lugar. Además, el juez para intervenir debe hacerlo a petición de parte. El Ombudsman, en cambio, puede intervenir de oficio.

a) Condiciones para admitir un recurso:

Para que el Ombudsman intervenga, se ha elaborado un procedimiento sencillo y sin formalismos. Se pretende con ello darle a los ciudadanos una garantía contra los abusos del poder, por medio de un recurso directo e informal.

Es muy importante el contacto directo entre el Ombudsman y el ciudadano. En Suecia, por ejemplo, el recurso está desprovisto de toda formalidad. Aunque debe ser formulado por escrito, son corrientes los contactos orales o telefónicos previos. A través de estos contactos, el recurrente puede informarse de la solidez y suerte de su queja. En este extremo cabe hacer comparaciones con el Recurso de Amparo; si bien éste no exige formalismos, empero en él debe indicarse el derecho violado, y en ciertos casos los tribunales exigen la clara determinación del nombre del funcionario responsable de la violación.

El recurso es gratuito y no requiere autenticación de abogado. En este extremo existe simi-

litud con el Recurso de Amparo costarricense. El plazo para promover un recurso en Dinamarca ha sido reducido a un año, a contar desde el momento en que se produjo el abuso. En Nueva Zelandia se prevén ciertas condiciones suplementarias para que sea admitido, tales como una tasa de una libra esterlina y la justificación de un interés personal.

La ausencia de intermediarios es todavía más grande en ciertos casos: tratándose de militares y prisioneros. Para los prisioneros se ha previsto en Suecia que las quejas deben ser transmitidas directamente por las autoridades de las prisiones, en sobres sellados, que esas autoridades no tienen derecho a examinar. El Ombudsman militar ha tenido dificultades para ser aceptado. Por ejemplo, en Alemania se debió reconocer, en el artículo 45 de la Ley Fundamental, el derecho a todo soldado de entrar directamente en contacto con el Delegado (Ombudsman); su derecho de queja, si es objeto de una conducta arbitraria por parte de sus superiores, está consagrado de una manera general en el artículo 34 de la Ley del Soldado. (El número de quejas dirigidas a este Delegado aumentaron considerablemente de 1961 a 1964).

En Inglaterra, al principio la queja era presentada por un interesado a un parlamentario. El diputado decidía si se recurría al Comisionado Parlamentario (Ombudsman). A través de ese sistema, en Gran Bretaña se quiso evitar que se recargara la labor del Ombudsman. Además, no se quería poner en crisis la superioridad parlamentaria en el dominio de la defensa de las libertades públicas. Esta fue justamente una de las razones que prevalecieron para atacar la creación del Ombudsman. Sin embargo, mediante el trámite que permitía la participación del Parlamento, se mantuvo el papel de este último como defensor de las libertades públicas británicas.

El derecho que tiene el Ombudsman de actuar de oficio es un complemento importante para permitirle realizar su labor. En efecto, los particulares pueden vacilar en acudir a él; pero actuando de oficio, está en condiciones de suplir los temores de los particulares cuando se ha producido una violación clara de los derechos del individuo.

Además de la información que obtiene por intermedio de quejas, se encuentra una informa-

ción obtenida mediante documentos que él mismo pide a través de las inspecciones. Las inspecciones son la fuente principal de las informaciones. Se calculó que, en Suecia, el Ombudsman civil visitó en 8 años el conjunto de administraciones sometidas a su control, y el Ombudsman militar en 5 años visitó todas las organizaciones militares. Las inspecciones tienen lugar de improviso y permiten al Ombudsman o a sus funcionarios analizar una serie de documentos.

Otro modo de informarse es a través de la prensa. Los funcionarios del Ombudsman analizan la prensa, para revisar qué aspectos ameritan su intervención.

Todo ello muestra la diversidad de fuentes de información que pueden dar origen a la intervención del Ombudsman. El conjunto de estos medios le permite de esa manera, un conocimiento profundo del dominio de su competencia.

B. EL DOMINIO DE SU COMPETENCIA.

En el control parlamentario clásico, como en el control jurisdiccional, únicamente la acción del Ejecutivo y en general la actividad administrativa podrían ser sometidos a ese control. Pero el Ombudsman puede incluso controlar al Poder Judicial, aunque esto sólo en forma excepcional.

a) Control sobre la Administración:

El control sobre la Administración es más o menos extendido según los países. En Suecia y en Finlandia se extiende a todos los funcionarios civiles y militares. Sin embargo, no existe un control directo sobre los actos de los ministros. Cabe señalar que en Suecia existe una separación entre departamentos y ministerios. En Finlandia, el control se extiende a los actos del Consejo de Ministros, y el Ombudsman tiene derecho de asistir a ese Consejo. Su intervención en actos políticos casi no existe; la doctrina lo considera un acierto, pues de otra manera se comprometería la institución en luchas políticas que la desprestigiarían.

Sobre el control de la Administración, es interesante dar algunos datos. Las cifras suecas muestran que entre 1950 y 1955, 45 por ciento de las quejas se dirigieron contra la policía, los acusadores públicos y las Cortes de Justicia, 33 por ciento contra los ministerios y las administraciones centrales, y el resto contra las autoridades que están a la cabeza de las prisiones y de los asilos (14).

Para el ejercicio de sus tareas, el Ombudsman cuenta con poderes jurídicos amplios, sea producto de su iniciativa propia de fiscalización sobre las administraciones sometidas a su inspección, sea por iniciativa de los particulares o de los funcionarios públicos mismos.

Tiene facultad no sólo para inspeccionar los lugares mismos de trabajo, sean servicios públicos, estatales o municipales, sino que además puede exigir de los funcionarios que le proporcionan los documentos y antecedentes necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones contraloras, (pero sin que ello se extienda a documentos que se puedan estimar como secretos de Estado). Sin embargo, hay que tener en cuenta la observación siguiente:

"Mas debe dejarse bien claro que el rol del Ombudsman no es en modo alguno sustituir a la Administración en las resoluciones decisorias, ni mucho menos podría asimilarse su tarea a la de un tribunal de alzada, o casación; el Ombudsman fiscaliza las actuaciones de los funcionarios y autoridades administrativas a fin de vigilar el correcto funcionamiento de los servicios, al honesto desempeño de la función pública, y asegurar una eficaz protección de los derechos de los administrados frente al Poder Administrativo, pero carece totalmente de competencias como para modificar una decisión jurídica enmarcada de un órgano administrativo estatal o municipal" (15).

Conviene reiterar que el Ombudsman no es un órgano jerárquico de la Administración, como tampoco es una jurisdicción dotada de un imperio que obligue a aquélla a cumplir sus recomendaciones.

Ante la interposición de un reclamo, el Ombudsman tiene la potestad de abrir su procedimiento con el fin de investigar la certeza de la situación administrativa cuestionada, para luego determinar, por medio de documentos, inspecciones e interrogaciones, si la decisión reclamada se ajusta o no a las normas legales vigentes y si se ajusta a fines lícitos. Si existe suficiente causa para dar lugar a un procedimiento de investigación, inicia el respectivo proceso notificando la interposición del reclamo a la autoridad cuya actuación se cuestiona.

Notificada la acción, el Ombudsman podrá solicitar los documentos necesarios, así como escuchar tanto al funcionario cuestionado como a las personas que sirvan para esclarecer el asunto.

Concluida la investigación, el Ombudsman rinde su informe a las partes, que es inapelable, ya que no existe una instancia superior. Conviene aclarar que, pese a ello, la decisión del Ombudsman no tiene imperio, ya que no puede anular ni revocar una decisión administrativa.

Tampoco puede él condenar a una autoridad o a funcionarios a indemnizar daños y perjuicios. Pero no se puede considerar el pronunciamiento del Ombudsman sólo como un simple informe, ya que, además del peso moral que tiene, aquél puede dirigirse a la autoridad jerárquicamente superior del funcionario que incumple sus deberes, para que se inicie el respectivo proceso disciplinario. En el

(14) RIDEAU, Joel, *supra* nota No. 5, pág. 9.

(15) SOTO-KLORS, Eduardo, "El Ombudsman Nórdico-Sajón: un control de confianza". "Revista Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración". Caracas, 1972, pág. 364.

caso de que existan faltas graves o delitos en el desempeño de la función pública, puede solicitar al órgano competente que abra la instrucción respectiva para el juicio ante los Tribunales de Justicia.

b) El control de la Administración de Justicia:

En Suecia y en Finlandia, el poder de control del Ombudsman se extiende a los jueces. Este aspecto es sorprendente. Todos los jueces civiles y militares están sometidos a este control, y aun la Corte Suprema de Justicia y la Corte Suprema Administrativa. Pero solo en estos dos países ha sido acogido tal sistema. En otros países se consideró que constituía un peligro contra la independencia del Poder Judicial, lo cual en alguna medida es cierto.

C. LA MAGISTRATURA DE INFLUENCIA:

El Ombudsman no puede anular ni revocar un acto. Tampoco puede sancionar al funcionario. Sus poderes constituyen una "Magistratura de Influencia" que ejerce apoyándose en la autoridad del Parlamento y en la opinión pública.

Por tratarse precisamente de eso, una "Magistratura de Influencia", su eficacia depende en gran parte de la personalidad y del prestigio que tal institución alcance en cada país. Allí donde su introducción es reciente, la necesidad de apoyarse constantemente en la autoridad del Parlamento es más imperiosa que en aquellos países donde esta institución ha acumulado ya gran prestigio para su función de defensa.

Ese carácter no vinculante de las intervenciones del Ombudsman tiene la ventaja de permitirle un control sobre aquello que escapa, en cambio, a los tribunales, como el ejercicio del poder discrecional y algunas pequeñas ilegalidades. Dicho control, al no ser vinculante, no inmoviliza la Administración y, en consecuencia, es aceptado. Su flexibilidad le permite intervenir preventivamente antes de que la decisión sea adoptada.

La extensión de la esfera en que el Ombudsman puede intervenir varía según los países. En Suecia es muy amplia: va más allá de la noción de control de legalidad del derecho administrativo, por cuanto se extiende a un control de oportunidad de las decisiones. En Gran Bretaña, en el caso de referirse a la oportunidad de las decisiones, el control se ejerce sobre una "mala administración". Esta noción abarca la negligencia, la mala fe, pero excluye el control de legalidad de las decisiones, el cual queda reservado a los jueces. La fisonomía del control varía considerablemente, según que se dé en países donde el derecho administrativo, como en Suecia y en Finlandia, se ha desarrollado mucho, o bien que ello sea en otros países donde es embrionario, como en los países del Common Law.

Una vez que el Ombudsman recibe una queja, analiza su admisibilidad y, si admite la queja, decide proceder a una investigación. Este primer paso, el de la admisibilidad, es fundamental para el buen

funcionamiento de la institución, por cuanto al ser fácil su interposición, el recurso puede plantearse en forma abusiva. Pero conforme la institución se robustece, disminuye la cantidad de recursos interpuestos sin base alguna.

Al realizar la investigación, a través de interrogatorios, audiencias de testigos, expedientes administrativos, etc., se pueden suscitar conflictos entre el Ombudsman y los funcionarios, que se originan en el hecho de que, los funcionarios califican ciertos documentos como secretos, lo que obstaculiza la investigación. Es al Ombudsman a quien corresponde determinar, qué comunicaciones trasmite a los demandantes. En Suecia, existe amplia libertad para revisar los documentos; en Gran Bretaña y en Alemania, en cambio, algunas veces el Ombudsman se ve impedido de analizar ciertos documentos por el Gobierno, que alega el carácter secreto de los mismos. En este último caso, el Ombudsman no puede revisar esos documentos.

Cuando el Ombudsman ha obtenido informaciones del servicio administrativo y las ha comunicado al recurrente, el Ombudsman puede estimarse satisfecho, si aquél presentó la queja solo para eso. En otros casos puede declarar la queja sin fundamento, sugerir una conciliación o pedir a la administración una indemnización. Si el acto es reincidente o si el daño no puede ser reparado, el Ombudsman puede hacer una advertencia.

Esta advertencia o desaprobación constituye el límite del ejercicio de los poderes propios del Ombudsman. El valor de la desaprobación depende de la autoridad de la institución. En Gran Bretaña, empero, los textos no le reconocen al Ombudsman ese poder: al final de la investigación, él debe limitarse a comunicar las conclusiones al Diputado que le ha pedido la intervención; pero algunas veces el Ombudsman asiste al Parlamento y toma la palabra, en las mismas condiciones que lo hace un ministro.

Además de las informaciones sobre un caso en particular, cada año hace un informe que presenta tres características importantes: es un medio pedagógico y de disuasión para los funcionarios, a quienes se les indica los errores que han cometido y que no deben cometer; da una serie de datos; y, finalmente, propone las reformas necesarias derivadas de la experiencia.

Los sistemas sueco y finlandés abren al Ombudsman la posibilidad de recurrir al juez. Cuando el Ombudsman encuentra una ilegalidad particularmente grave, que vaya acompañada de mala voluntad y de intención de actuar ilegalmente, puede iniciar un proceso contra el funcionario.

También puede dirigirlo contra un juez. No obstante, la acción judicial iniciada por el Ombudsman es poco frecuente, aunque originariamente tuvo mucha importancia. En la actualidad en Suecia se siguen unos cinco casos por año.

A pesar de la diversidad de modos de organización del Ombudsman, se puede señalar, como aspecto común, el hecho de constituir un órgano

sumamente flexible en su organización y en el modo de acudir a él, y con ausencia de formalismos en sus intervenciones.

En muchos países, su reciente introducción no permite valorar, todavía en su totalidad, los resultados obtenidos.

Pero en Suecia y en Finlandia el éxito es indiscutible: equilibra las relaciones entre el Poder y los ciudadanos, protegiendo los derechos de éstos

contra los abusos de aquél.

Sin embargo, en cada país su incorporación requiere soluciones diferentes, que deben adecuarse al respectivo sistema político-constitucional. A las modalidades que debería tener un Ombudsman en caso de establecerse en Costa Rica, nos referimos inmediatamente, a manera de conclusión de este trabajo.

CONCLUSIONES

De lo expuesto se pueden extraer conclusiones importantes, que sirvan de punto de partida para debatir la posibilidad de introducir, también entre nosotros, una institución que defienda los derechos del individuo frente a los abusos de la Administración.

Conviene, antes, analizar los instrumentos jurídicos con que cuenta el individuo frente a la Administración costarricense.

El Juicio Contencioso-administrativo tiene como finalidad esencial el control de legalidad. Ese control surge de la confrontación del ordenamiento jurídico con el acto, y permite determinar si este último se ajusta a aquél. El Ombudsman, en cambio, es un defensor del individuo frente a los abusos de la Administración: no anula ni revoca un acto. El Ombudsman hace recomendaciones, no impone ni resuelve nada. En consecuencia, uno y otro medio difieren en cuanto a la finalidad y en cuanto a los efectos que se producen por la intervención.

El juicio contencioso-administrativo es lento, caro y formalista. Su lentitud se hace patente por el hecho de que, en general, su duración excede de los tres años; su formalismo surge de la propia ley y en la aplicación, subsidiaria, del Código de Procedimientos Civiles; y su costo, en el afianzamiento de costos, timbres, especialidad de los abogados, etc. Podemos concluir, pues, que el juicio contencioso-administrativo, a pesar de que constituye una garantía de rango constitucional en defensa de la legalidad de la conducta administrativa, no es un instrumento fácil y eficaz para proteger al administrado frente a la Administración. No se quiere con juicio en favor del individuo. Pero, en la práctica, presenta los obstáculos anteriormente señalados, y otros de igual o mayor importancia.

El Recurso de Amparo creado para proteger y restablecer todos los derechos consagrados en la Constitución, salvo los derechos a la libertad física y a la de tránsito (para los cuales existe el recurso de Hábeas Corpus), en la práctica ha resultado insuficiente e ineficaz para la defensa del individuo frente a la Administración a pesar de haber exis-

tido violaciones de los derechos de aquél. La jurisprudencia, por su lado, al haber introducido el concepto de "arbitrariedad", que no aparece en la Ley, y por la forma en que se practica la prueba, que normalmente recurre al informe del propio funcionario que ha cometido la infracción, ha dado lugar a que un noventa por ciento de los Recursos de Amparo fueran declarados sin lugar (16).

Por lo anterior, resulta cierto que el individuo se encuentra en muchas oportunidades indefenso frente a la Administración. En consecuencia, una institución como el Ombudsman, adaptándola a nuestro ordenamiento constitucional, puede constituir un complemento importante de los tribunales de justicia y, en general, un colaborador del individuo ante los abusos del Estado.

Pero surgen algunas dudas sobre la eficacia de la intervención del Ombudsman, pues utiliza poderes que desde un ángulo jurídico son limitados, aunque pueden hallarse fortalecidos políticamente a través de la opinión pública y gracias a su prestigio. Además, si se toma en cuenta nuestra idiosincrasia y el papel de la política partidista en las decisiones administrativas, resulta difícil que una institución con las características señaladas pueda cumplir una tarea eficiente. No basta su independencia y la denominada "Magistratura de Prestigio". Requeriría poderes especiales que le permitieran, en ciertos casos, suspender los efectos de ciertos actos; ello implicaría reconocerle poderes de resolución respecto a la ejecutoriedad del acto, lo cual va contra un principio que se acepta como fundamental en la actividad administrativa del Estado, frente al que se admiten sólo excepciones calificadas en la ley y declaradas por los Tribunales.

En caso de adaptarse a nuestro medio el Ombudsman deberá contar con facultades de sancionar a ciertos funcionarios. De otra manera, sus recomendaciones podrían quedar archivadas en las oficinas administrativas. Este punto puede plantear conflictos serios entre la Administración y el Ombudsman.

Las observaciones anteriores nos conducen a

(16) ROJAS FRANCO, Enrique. Op. cit., supra nota No. 4, pág. 152.

la creación de un Ombudsman en Costa Rica, con las siguientes características:

1. **Nombre:** La Institución deberá denominarse "Defensor de los Derechos del Individuo".
2. **Status:**
 - a) Deben ser reguladas en la Constitución sus atribuciones, su designación, la duración de sus funciones, etc.
 - b) Será un órgano constitucional independiente, y con independencia económica garantizada en la Constitución.
 - c) Tiene que tratarse de un funcionario de alto nivel y de reconocida integridad moral.
 - d) Debe ser designado por el Poder Legislativo, por dos terceras partes de la totalidad de sus miembros.
3. **Tramitación del Recurso:**
 - a) El recurso ante el Ombudsman tiene que estar desprovisto de formalidades, debe ser rápido y gratuito.
 - b) Una vez recibido el recurso, será admitido o rechazado. Si se admite, se realizará una investigación rápida que pueda dar origen a suspender la ejecución del acto.
4. **Finalidad y efectos de la intervención:**
 - a) La intervención del Ombudsman no implicará la nulidad ni la revocatoria del

acto impugnado; pero podrá determinar que se suspenda la ejecución del mismo, cuando implique un abuso grave por parte de la Administración.

- b) En caso de que la Administración quiera ejecutar dicho acto, a pesar de la suspensión, debe acudir a la vía judicial. Para ese fin, se deberá crear un procedimiento rápido.
 - c) En ciertos casos, el Ombudsman, estará habilitado para plantear Recurso de Amparo ante los tribunales.
 - d) Podrá intervenir de oficio.
5. **Control de funcionarios judiciales:**
Podrá eventualmente controlar a los funcionarios del Poder Judicial, ante actos de éstos en grave perjuicio de los individuos.
La situación del individuo frente a "...*Las inmunidades del Poder*" (17) y sus abusos, constituye una preocupación constante. El Ombudsman es un intento serio de garantizar al individuo sus derechos y de controlar, así, buena parte de la actividad administrativa que, de lo contrario, y aun siendo arbitraria, logra consolidarse por ausencia de instrumentos jurídicos. Desde este punto de vista, la institución debe ser estudiada con simpatía a pesar de las dificultades prácticas que existen para incorporarla en forma eficaz a nuestro ordenamiento jurídico.

(17) GARCIA ENTERRIDA, Eduardo. "La lucha contra las inmunidades del Poder", Ediciones civitas en Revista de Occidente, 1974.