

EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ESPAÑA

I. Antecedentes de la institución	153
II. El diseño constitucional de la institución	156
III. Naturaleza de la institución	159
IV. Elección y cese del defensor del pueblo	166
V. Estatuto jurídico del defensor del pueblo	171
VI. Estructura del órgano	175
VII. La función del defensor del pueblo: la defensa de los derechos constitucionales	178
1. Proemio: la supervisión de la administración como vía instrumental para la defensa de los derechos	178
2. La supervisión de la actividad de la administración	181
3. La legitimación procesal del defensor del pueblo	189
A. Ante la jurisdicción constitucional	189
B. Ante la jurisdicción ordinaria	195
VIII. Procedimiento de actuación	197
1. La actuación a instancia de parte	197
A. El acceso al defensor de toda persona con un interés legítimo	197
B. El acceso al defensor de parlamentarios y órganos de las Cámaras	201
C. Requisitos de la queja y plazo de acceso al defensor	203
D. La decisión sobre la tramitación o rechazo de la queja	205
2. La actuación de oficio	207
IX. La actuación investigadora del defensor del pueblo	208

1. El procedimiento de tramitación de las quejas	208
A. La queja sobre el funcionamiento del servicio	209
B. La queja sobre el funcionario	211
2. Las facultades de inspección del defensor	211
X. Las posibles resoluciones del defensor del pueblo	215
XI. Los informes a las Cortes Generales	220

EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ESPAÑA*

I. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN

Una Orden de la Cancillería promulgada por el rey sueco Carlos XII en 1713 creaba la llamada oficina del Canciller de Justicia —llamada originariamente del Procurador Supremo (*Högste Ombudsmannen*)— cuya función más relevante consistía en el ejercicio de una labor de vigilancia general encaminada a asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos por los servidores públicos, esto es, una función de control de la administración estatal desde el punto de vista de la legalidad. Durante un breve intervalo en la segunda mitad del siglo XVIII, entre 1766 y 1772, se modificó la posición del canciller de Justicia (*Justitiekansler*), que pasó de ser designado por el rey a serlo por los cuerpos representativos entonces existentes, esto es, por los llamados cuatro estados. Es en este mismo momento cuando se ha visto¹ en el canciller de Justicia el antecedente directo del *ombudsman* (*justitieombudsman*), creado en 1809 como una institución de los cuatro estados.

El *ombudsman* sueco nace, por consiguiente, como auxiliar del Parlamento en el ejercicio de la función fiscalizadora, siendo competencia de la institución vigilar la correcta observancia de las leyes por parte de todos los órganos de aplicación del derecho, tanto, pues, de los tribunales como del Poder Ejecutivo. Como señala La Pergola,² este vasto poder

* Ponencia presentada al Seminario Internacional “Defensor del ciudadano, defensor cívico o defensor de los derechos humanos: la experiencia comparativa y el Proyecto chileno”, Talca (Chile), Universidad de Talca, 4 a 6 de abril de 2001.

1 Rudholm, Sten, “El canciller de justicia”, en Rowat, Donald C., *El ombudsman. El defensor del ciudadano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 50.

2 La Pergola, Antonio, “*Ombudsman* y defensor del pueblo: apuntes para una investigación comparada”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 69 y ss.; en concreto, pp. 71 y 72.

del *ombudsman* sueco no encuentra traducción precisa en otros ordenamientos y viene encuadrado en el proceso de decadencia de la autoridad regia, que debía desembocar en la independencia de los tribunales, y más tarde también en la supremacía del Parlamento. De aquí la correlación que históricamente subsiste en el mundo escandinavo entre el *ombudsman* y el ordenamiento político de la monarquía constitucional.

Consolidado el *ombudsman* en el ordenamiento jurídico-político sueco del siglo XIX, el nuevo siglo traerá consigo la progresiva expansión del modelo, lenta en la primera mitad del siglo XX, época en la que la institución es recepcionada en los vecinos países escandinavos (Finlandia en 1919, Noruega en 1952 y Dinamarca en 1954), y rapidísima en el último cuarto del pasado siglo.³

La amplitud progresivamente mayor del ámbito de acción de los *ombudsmänn* propiciaría en diversos países el nombramiento de varios. Así, en algunos países (Suecia, Noruega, Israel...) se nombraría un *militieombudsman*, encargado de supervisar todo aquello que, en el ámbito castrense, afectare a los derechos de los ciudadanos-militares; en otros (como la propia Suecia o Nueva Zelanda), se ampliaría el número de *ombudsmänn* civiles. Representativo de esta expansión de la institución es asimismo el hecho de que en algunos Estados federales los estados miembros de la Federación han procedido a crear sus propios *ombudsmänn*. Este es el caso, al margen ya de que no se trate de un Estado federal, de España, en donde a la figura del defensor del pueblo se han unido un conjunto de Comisionados Parlamentarios de las Comunidades Autónomas.

En España, no encontramos antecedentes históricos de la institución. No faltan autores, desde luego, que atisban en la lejanía histórica algún

3 Es amplísima la bibliografía existente acerca del *ombudsman*. En una brevísima selección podrían recordarse, junto a la ya citada obra de Rowat, la obra del mismo autor, Rowat, Donald C., *El ombudsman en el mundo*, Barcelona, Editorial Teide, 1990. Legrand, André, *L'ombudsman scandinave: études comparées sur le contrôle de l'administration*, París, LGDJ, 1970. Napione, Giovanni, *L'ombudsman: Il controllore della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1969. Weeks, Kent M., *Ombudsman around the World*, Berkeley, Institute for Comparative Studies, 1973. Kempf, Udo y Mille, Marco, *The Role and the Function of the Ombudsman: Personalized Parliamentary Control in 48 Different States*, Freiburg, 1992. Giner de Grado, Carlos, *Los ombudsmen europeos*, Barcelona, Tibidabo, 1986.

precedente. Y así, Alzaga,⁴ aún compartiendo esa tesis, cree que en cierta medida cabe recordar al “Justicia Mayor de Aragón”, institución del derecho medieval aragonés en la que también Pérez Calvo⁵ capta perfiles similares a los del defensor del pueblo. Incluso se ha llegado a mencionar, entre esos supuestos precedentes, la figura del derecho medieval hispano-musulmán del “*Sahib-al-Mazalim*”.⁶

Fairén, uno de los mayores estudiosos de la institución medieval del “Justicia Mayor de Aragón”, es concluyente al sostener que no existe semejanza alguna entre esta institución y el *ombudsman*, pues mientras el primero era el juez que conocía de los agravios que se llevaban ante él, auténticos recursos por lo demás, sobre los que decidía con carácter vinculante, el segundo no tiene naturaleza jurisdiccional, ni tampoco las quejas presentadas ante el defensor del pueblo pueden ser calificadas como recursos.⁷

Digamos, por último, que Oehling⁸ ha entroncado la institución del defensor del pueblo con los diputados del Común de Canarias, cuyo origen se vincula con los procuradores del común y personeros de los siglos XVI al XVIII en las islas, que por Reales Provisiones de 5 de mayo de 1766 para las islas realengas y de 14 de enero de 1772 para las demás, se fijaron como diputados del Común, figura que aparecía como representante directo de los vecinos en los Cabildos insulares para la defensa de sus derechos. Con las distancias que haya que salvar, el citado autor vislumbra en la citada institución histórica el antecedente a considerar.

En cualquier caso, y sin perjuicio de que es posible apreciar en algunas instituciones históricas ciertas similitudes con el defensor del pueblo, no nos cabe la menor duda de que esta figura es plenamente deudora del *ombudsman* sueco, no hallando en su diseño constitucional ningún

4 Alzaga, Óscar, *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, p. 351.

5 Pérez Calvo, Alberto, “El defensor del pueblo (Comentario al artículo 54 de la Constitución)”, en Alzaga, Óscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984, t. IV, pp. 497 y ss.; en concreto, p. 500.

6 Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 3a. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, 1992, t. 1, p. 641.

7 Fairén Guillén, Víctor, *El defensor del pueblo-ombudsman*, Madrid, CEC, 1982, vol. I, pp. 84-87 y vol. II, Madrid, 1986, p. 61.

8 Oehling Ruiz, Hermann, *Consideraciones sobre la evolución jurídico-política del defensor del pueblo* (trabajo inédito), pp. 3 y 4.

antecedente histórico con el que, en rigor, pueda establecerse un parangón consistente.

II. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN

La Constitución española contempla la figura del defensor del pueblo en su artículo 54, norma que se integra en el capítulo cuarto del título I, capítulo que se dedica a las garantías de las libertades y derechos fundamentales. A tenor del citado precepto:

“Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

El precepto fue objeto de muy escaso debate, no obstante lo cual su redacción sufrió algún cambio importante en el *iter* constituyente. Concebido ya en el Anteproyecto de Constitución como “alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos” comprendidos en el título I, era en el mismo habilitado para ejercer las acciones que el precepto inmediato anterior contemplaba para la tutela de los derechos.

La ponencia constitucional iba a introducir un nuevo apartado segundo en el precepto con el siguiente tenor:

“El Defensor del Pueblo velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de derecho por parte de los poderes públicos, supervisando la actividad de la administración e informando a las Cortes Generales”.

Este nuevo apartado entrañaba que el defensor del pueblo, más allá de su función de defensor de los derechos, asumiese una función de defensa de la legalidad y de los principios informadores del Estado de derecho, lo que venía a solaparle al Ministerio Fiscal (que, de conformidad con el artículo 124.1 de nuestra norma suprema, “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”).

Esta confusión se mantendría durante todo el debate constituyente hasta el último instante, el de revisión por la Comisión Mixta Congreso-Senado de aquellos preceptos en los que existían diferencias entre los textos aprobados por cada Cámara, siendo la Comisión Mixta la que, con mejor y más razonable criterio, daría al precepto que nos ocupa su

actual redacción; esta confusión, decimos, no dejaría de ser advertida y criticada por algunos senadores en la Alta Cámara.

Tal sería el caso del senador Martín-Retortillo Baquer quien, en nombre del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, advertiría que “el precepto, tal como está redactado, es un híbrido, no se sabe a dónde se va, es una institución que se ha regulado de una manera tan aturullada que, sin duda alguna, está condenada al fracaso”.⁹

También el senador señor Ollero Gómez pondría de relieve la confusión latente en la regulación de la institución. Tras afirmar, con evidente razón, que “las instituciones de defensa de la Constitución no pueden multiplicarse absurdamente”, precisaba: “Atribuir funciones jurisdiccionales al Defensor del Pueblo en un ordenamiento con un sistema de justicia constitucional concentrado, representa, a nuestro entender, una muy notable incongruencia”. Ollero finalizaba decantándose por concebir al defensor del pueblo como una “magistratura de opinión” que no como una “magistratura de acción judicial”,¹⁰ siguiendo la terminología de La Pergola.

Aunque sin perder los rasgos de este último tipo de magistraturas, como después veremos, lo cierto es que la supresión por la Comisión Mixta Congreso-Senado del ya citado apartado segundo del artículo referido a esta institución, condujo a aminorar la carga latente propia de una “magistratura de acción judicial” que el precepto entrañaba, desembocando en una configuración constitucional caracterizada, como apuntara con buen criterio Garrido Falla,¹¹ por su falta de precisión en la que, paradójicamente, el propio autor entreveía la salvación de la institución, al poder ser suplida en la redacción de la pertinente ley orgánica, evitando duplicidades y solapamientos con otras instituciones.

Del diseño de la institución llevado a cabo por el constituyente el primer aspecto a destacar es el de la propia denominación dada a la misma. Conviene señalar ante todo que el término original de *ombudsman*, de difícil traducción, aunque con él se identifique al hombre que se encarga de los asuntos de otros, es la resultante de la evolución terminológica

⁹ *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, núm. 47, 31 de agosto de 1978, p. 2129.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Garrido Falla, Fernando, “Comentario al artículo 54 de la Constitución”, en Garrido Falla, Fernando (coord.), *Comentarios a la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1985, pp. 898 y ss.; en concreto, p. 900.

que viene a conjuntar un término latino, *omnibus* y otro sueco, *man*, que se contraen en la palabra *ombudsman*.

La expresión “defensor del pueblo”, acuñada por nuestros constituyentes, sugestiva y equívoca, como la califica Fairén,¹² aporta una carga dialéctica considerable, como si las demás instituciones careciesen de ese fin de defensa de la colectividad. En cualquier caso, como bien dice Oehling,¹³ el nombre es evocador y sugerente, pues en la historia contemporánea española aparecen “defensores” de intereses varios, locales, profesionales o sociales, que dan título a asociaciones o grupos muy dispares. Por lo demás, parece claro que la función específica encomendada a la institución impedía la adopción de un término similar al del “*ombudsman*” que en su acepción jurídica española sería el de “procurador”; quizá esta circunstancia contribuya a explicar el porqué de la acuñación por nuestro constituyente de esta expresión que, por otro lado, no era del todo nueva, pues no es inadecuado recordar que en la primera edición en inglés de su obra, Rowat la tituló *The Ombudsman: Citizen's Defender*.¹⁴

Al margen ya de la precedente reflexión terminológica, en el diseño dado por el constituyente español a esta peculiar figura, destacan varias ideas nucleares que, sin perjuicio de un desarrollo ulterior más detenido, pueden ahora ser sistematizadas de modo esquemático.

En primer término, el artículo 54 deja inequívocamente clara la vinculación del defensor del pueblo con las Cortes Generales, pues en cuanto comisionado de las mismas no sólo debe ser designado por ellas, sino que a ellas asimismo debe de dar cuenta del resultado de sus investigaciones.

En segundo término, la institución encuentra su razón de ser, su última *ratio*, en “la defensa de los derechos comprendidos en este título”, esto es, en el título I de nuestra *lex superior*, verdadero catálogo constitucional de los derechos fundamentales. De este modo, como con toda razón apunta Pérez Calvo,¹⁵ nuestro defensor del pueblo rompe el esque-

12 Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, nota 7, vol. II, p. 27.

13 Oehling Ruiz, Hermann, *op. cit.*, nota 8, p. 5.

14 Rowat, Donald C., *The Ombudsman: Citizen's Defender*, Londres, George Allen E. Unwin Ltd., 1965.

15 Pérez Calvo, Alberto, “Rasgos esenciales del defensor del pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11, otoño de 1981, pp. 67 y ss.; en concreto, p. 71.

ma clásico del *ombudsman* tradicional volcado primordialmente hacia la fiscalización de la administración.

Ciertamente, y por último, a la vista del artículo 54 es claro y terminante que el defensor del pueblo “podrá supervisar la actividad de la administración”, pero ese objetivo ya no será primario, pues aún constituyendo su actividad fundamental, será un instrumento al servicio del fin primigenio: la defensa de los derechos y libertades.

El artículo 54 de la Constitución se remite expresamente a una ley orgánica a los efectos de la regulación concreta de la institución. En desarrollo de esa previsión se aprobaría la Ley Orgánica 3/1981, del 6 de abril, del Defensor del Pueblo, norma legal que sería modificada por la Ley Orgánica 2/1992, del 5 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 3/1981, a efectos de constituir una Comisión Mixta Congreso-Senado de Relaciones con el Defensor del Pueblo, y por la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

A las precedentes normas legales habría que añadir la Ley 36/1985, del 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del defensor del pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas.

III. NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN

El primero de los rasgos que contribuye a perfilar la naturaleza de la institución es su configuración estructural como órgano individual. En los ordenamientos en que existe esta figura, predomina su conformación individualizada, bien que, como ya se dijo con anterioridad, la envergadura que progresivamente ha ido adquiriendo el *ombudsman* ha conducido en ciertos países a que su unidad original dé paso a una titularidad múltiple, instrumentalizada sobre la base del principio de especialidad en la función, así como con el mantenimiento de una última labor de coordinación y decisión en uno de los titulares. Este salto de la titularidad única a la múltiple, según Gil-Robles,¹⁶ no ha dado los resultados positivos que era de esperar, provocando por el contrario algunos problemas de delimitación interna de competencias y, desde luego, de coordinación.

16 Gil-Robles, Álvaro, *El defensor del pueblo*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1979, p. 80.

También La Pergola¹⁷ se inclina decididamente en pro de la conformación individual del órgano frente a la colegial, entendiendo prevalente el criterio de confiar en la fuerza sugestiva y de prestigio del individuo en el que viene a personificarse el cargo.

Un segundo rasgo configurador de la institución es que se trata de un órgano de relevancia constitucional en el sentido que propone Cheli,¹⁸ que no es otro que el concepto de órgano constitucional en sentido formal, diferente del concepto de órgano constitucional en sentido estricto y para cuya determinación se han aportado, fundamentalmente por parte de la doctrina italiana, numerosos criterios, como entre nosotros recuerda Carro,¹⁹ criterios de entre los que bien cabría destacar el de Mortati,²⁰ para quien el elemento de la inmediata derivación de la Constitución debe de ponerse en relación con el de la coesencialidad en orden a la configuración de la forma de gobierno. Así entendido, el defensor del pueblo sería un órgano de relevancia constitucional por cuanto, derivado de modo inmediato de la Constitución, su supresión o cambio radical no incidiría sobre la forma de gobierno.

Esta concepción no sólo es la más generalizada entre la doctrina, como significa Pérez-Ugena,²¹ sino que ha sido también recepcionada por el Tribunal Constitucional que, por ejemplo, ha acuñado esta categoría, de órgano del Estado con relevancia constitucional, para definir la posición jurídica del Consejo de Estado.²²

Bien es verdad que no faltan posiciones doctrinales diferentes que, en alguna medida, se alinean con la tesis dominante en la doctrina alemana en torno al llamado “Comisario del *Bundestag* para Asuntos Militares”

17 La Pergola, Antonio, *op. cit.*, nota 2, p. 77.

18 Para Cheli, “órganos de relevancia constitucional” son “quegli organi che, senza essere costituzionali, siano espressamente contemplati dalla costituzione formale ed occupino nel sistema una posizione di vertice”. Cheli, Enzo, “Organi costituzionale e organi di rilievo costituzionale”, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, julio-octubre de 1965, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 112.

19 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, “Defensor del pueblo y administración pública”, en Martín-Retortillo, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III, pp. 2669 y ss.; en concreto, p. 2673.

20 Mortati, Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, 10a. ed., Padova, CEDAM, 1991, t. I, p. 213.

21 Pérez-Ugena y Coromina, María, *Defensor del pueblo y cortes generales*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, p. 44.

22 STC 56/1990, del 29 de marzo, fund. jur. 37.

(*Bundeswehrbeauftragter*),²³ de quien se dice ostenta una “doble posición”: como órgano auxiliar del *Bundestag* en el ejercicio del control político que éste ejerce y como órgano independiente del mismo cuando lleva a cabo la función de protección de los derechos fundamentales.

Buen ejemplo de esa opción doctrinal sería la tesis de Varela,²⁴ para quien, desde una perspectiva orgánico-funcional, el defensor del pueblo sería un órgano auxiliar de las Cortes Generales, entendiéndose con ello que las funciones que el ordenamiento le encomienda son paradigmas de funciones no creadoras de derecho y, en consecuencia, no constitucionales, pues sólo los órganos que cumplen una función creadora de derecho pueden ser tildados de órganos constitucionales, mientras que, desde una perspectiva teleológica, el defensor del pueblo se nos presentaría como un órgano de defensa o garante de los derechos fundamentales.

La más plena comprensión de la naturaleza del defensor del pueblo exige atender a su relación con las Cortes Generales.

La Pergola²⁵ calificaría esta relación como fiduciaria, interpretando que en el tenor literal del artículo 54 de la Constitución prevalece la tesis que configura al defensor como un fiduciario de las Cámaras, tesis que, entre nosotros, seguirán, entre otros varios autores, Pérez Calvo, para quien quizá el elemento que más caracteriza la relación fiduciaria entre ambas instituciones sea la posible destitución del defensor por las Cortes en el supuesto previsto por el número cuatro del artículo 5.1 de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo (en adelante LODP), para lo que el artículo 5.2 exige de mayoría de las tres quintas partes de los componentes de cada Cámara, mediante debate y previa audiencia del interesado.²⁶ También para Bar Cendón, en cuanto la LODP configura a una institución claramente dependiente de las Cortes, dependencia que viene determinada por el origen de la misma y por el control a que está sujeta, pudiendo llegar a ser destituido su titular, el defensor es un

23 A tenor del artículo 45 b de la *Grundgesetz*, añadido por la Ley del 19 de marzo de 1966 y modificado por la del 23 de agosto de 1976: “1. La Dieta Federal designará a un Comisario de la Dieta para Asuntos Militares con vistas a la salvaguardia de los derechos fundamentales y como órgano auxiliar de la Dieta Federal en el ejercicio del control parlamentario”.

24 Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, “La naturaleza jurídica del defensor del pueblo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, mayo-agosto de 1983, pp. 63 y ss.; en concreto pp. 64-67.

25 La Pergola, Antonio, *op. cit.*, nota 2, p. 85.

26 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 15, p. 69.

fiduciario de las Cámaras, que necesita de su confianza para su actuación.²⁷ Y en la misma línea, y sin ánimo exhaustivo, se sitúa Carro,²⁸ para quien la relación existente entre el defensor del pueblo y las Cortes Generales no puede ser otra que una especial relación de fiducia, que preserva la individualidad de aquél en cuanto institución prevista y contemplada en la Constitución. Matizando esta posición, Varela²⁹ considera que aun siendo fiduciaria la relación existente entre el defensor y las Cortes, tal relación no se establece en términos de paridad, sino de auxiliaridad.

Ruiz-Giménez³⁰ refutaría, con toda razón a nuestro juicio, las posiciones precedentes. A la vista, entre otras consideraciones, de la legitimación activa de la institución para interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo (artículo 162.1, *a* y *b* de la CE), quien fuera primer defensor del pueblo razonaría que a un simple servicio de las Cortes o a un mero órgano auxiliar no se le hubiera dado esta facultad tan importante, tras lo que calificaría al defensor del pueblo como institución del Poder Legislativo, comisionado de las Cortes Generales, que halla su razón de ser en un elemento finalista, teleológico: la protección de todos los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, subrayando el “todos” para poner de esta forma de relieve que también los derechos económicos, sociales y culturales, esto es, los del capítulo tercero del título I, han de ser protegidos por la institución.

También Oehling³¹ rechazaría la calificación de origen italiano de “fiduciario” para calificar la naturaleza del defensor, porque si se hace con base en ser persona de confianza de otra, esto es tan genérico que vale lo mismo para los propios parlamentarios, que, siempre según el autor anterior, serían “fiduciarios” del pueblo, o de tantas instituciones que eligen a otra. No es por tanto un término apropiado.

27 Bar Cendón, Antonio, “El defensor del pueblo en el ordenamiento jurídico español”, en Ramírez, Manuel (ed.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Libros Pórtico, 1982, pp. 299 y ss.; en concreto, p. 320.

28 Carro, Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2674.

29 Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *op. cit.*, nota 24, p. 65.

30 Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín, “El defensor del pueblo como institución constitucional, como problema y como utopía”, en el colectivo, *Las Cortes Generales*, Madrid, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, IEF, 1987, vol. I, pp. 311 y ss.; en particular, pp. 317 y 318.

31 Oehling Ruiz, Hermann, *op. cit.*, nota 8, p. 45.

Desde nuestro punto de vista, la calificación de fiduciaria de la relación que media entre las Cortes y el defensor, cuando menos, es equívoca e ignora, o no valora en la medida adecuada, aspectos notables de su caracterización.

De entrada, no deja de ser bien significativo que La Pergola³² considere oportuno preguntarse “si no estamos de frente a un magistrado del que importa garantizar la independencia, antes que de un comisionado parlamentario”, para añadir de inmediato que “de cualquier forma, por lo que se refiere a su autonomía respecto a las Cámaras, el defensor debería deponer su derecho de impugnar, en vía directa, la constitucionalidad de las leyes o de otras actuaciones o comportamientos del legislador, sujetos al recurso de amparo, en cuanto lesionan un derecho fundamental del ciudadano”. Y es ante esta fundamental disyuntiva, latente en el texto del artículo 54, puesto en conexión con otras normas constitucionales, como el artículo 162.1, *a* y *b*, por lo que La Pergola matiza que:

...la ley orgánica (se refiere obviamente a la futura LODP) tendrá un problema prejudicial que resolver: o se prevé un órgano con las mismas, extensas y penetrantes atribuciones del *ombudsman* sueco..., o, por el contrario, se opta por la tesis del mero fiduciario de las Cámaras, notando, sin embargo, que no se prejuzga por ello la autonomía que la misma Constitución también garantiza a un órgano así configurado.³³

A partir de aquí se imponen una serie de reflexiones encaminadas a sustentar nuestra posición de rechazo a esa calificación de “fiduciaria”, como identificativa de la relación que media entre el defensor del pueblo y las Cortes Generales.

Conviene comenzar recordando que, de acuerdo con el artículo 6.1 LODP: “El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio”. Esta norma otorga al defensor una independencia de criterio prácticamente ilimitada en el marco de sus facultades, independencia que casi podría considerarse mayor que la del *ombudsman* sueco si se recuerda que, de conformidad con el artículo 60. del capítulo 12 del Nuevo Instrumento de Gobierno del

32 La Pergola, Antonio, *op. cit.*, nota 2, p. 86.

33 *Idem.*

28 de febrero de 1974, los *ombudsmän* suecos ejercen sus funciones de supervisión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones “con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento acuerde”. Es por lo mismo por lo que Bexelius³⁴ ha podido decir que en su posición supervisora el *justitieombudsman* es un representante del Parlamento y, por tanto, de los ciudadanos.

Quizá la expresión máxima de la propia independencia de la institución haya de verse, como señala Gil-Robles,³⁵ en el ejercicio de la facultad impugnatoria de leyes aprobadas por las Cortes Generales, pues la misma presupone la manifestación procesal de un enfrentamiento básico de criterios entre el Legislativo y su Comisionado, divergencia que, añadiríamos nosotros, es bien reveladora de la independencia funcional del defensor frente al Parlamento.

Por lo demás, no es inoportuno recordar que el artículo 28.2, LODP, faculta al defensor para “sugerir al órgano legislativo competente” la modificación de aquellas normas que pudieran provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

Por otra parte, los intentos de caracterizar la relación que media entre la institución y las Cortes no valoran en su justa medida la calidad de magistratura moral de la institución, dotada más de *auctoritas* que de *potestas*. Fairén es tajante cuando significa³⁶ que la influencia de los *ombudsmän* reside, en no escasa parte, en la *auctoritas* en el sentido romano de la expresión, lo que se traduce en el respeto por los demás, incluidas las administraciones públicas, de dicha *auctoritas*, aunque el nombre oficial de sus decisiones sea el de “recomendaciones, públicas advertencias, recordatorios y sugerencias”. Y en idéntica dirección, Ruiz-Giménez³⁷ destaca que la institución del defensor no tiene *potestas*, sino meramente *auctoritas*. Y ésta tiene que venir de una enorme neutralidad e independencia.

Es por ello por lo que la vinculación orgánico-funcional del defensor a las Cámaras, que se traduce, por ejemplo, en la dación de cuentas

34 Bexelius, Alfred, “El *ombudsman* de asuntos civiles”, en Rowat, Donald C., *El ombudsman. El defensor del ciudadano*, cit., nota 1, pp. 55 y ss.; en concreto, p. 59.

35 Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración. el ombudsman*, 2a. ed., Madrid, INAP, 1981, p. 314.

36 Fairén Guillén, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1982, t. III, p. 1569.

37 Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín, *op. cit.*, nota 30, p. 319.

anual a las Cortes Generales acerca de la gestión realizada en un Informe, al que se refiere el artículo 32.1, LODP, que ha de presentar ante las mismas cuando se hallen reunidas en periodo ordinario de sesiones, no pretende en modo alguno subordinar al defensor a las Cámaras, sino, por el contrario, otorgar la más alta consideración al resultado de sus tareas. Como dice Oehling,³⁸ la adscripción orgánica a las Cortes es puramente instrumental, presentándonos como el más cualificado soporte y foro para que el defensor pueda hacerse oír. Y desde esta óptica, creemos que el resumen oral de sus Informes, anuales o extraordinarios, que el defensor ha de exponer ante los Plenos de ambas Cámaras, por imperativo del artículo 33.4, LODP, no pretende la escenificación de una representación orientada a mostrar la subordinación del defensor respecto a las Cámaras, ni tan siquiera el mantenimiento de la relación fiduciaria que le liga a ellas, sino, por el contrario, suministrar en el foro más impactante ante la opinión pública una información cualificada que ha de ser de gran utilidad a los grupos parlamentarios y a los miembros de cada una de las Cámaras.

Hemos, finalmente, de hacernos eco de otro último rasgo que contribuye a la más plena configuración de la institución. Nos referimos a su carácter no jurisdiccional.

Una vez más, Fairén es rotundo cuando afirma que para estudiar las funciones del *ombudsman* hay que partir de la base de que no es un juez ni un tribunal; que no tiene jurisdicción. En efecto, sus acuerdos o decisiones son sugerencias dirigidas en su caso a una autoridad administrativa interesada en el caso concreto, o al ciudadano quejoso, pero no vinculan a la administración.³⁹

Se trata, como señala Ruiz-Giménez,⁴⁰ de una magistratura más que de opinión, de persuasión, caracterización que se conjuga, sin antagonismos, con su conformación como magistratura de acción judicial, la de los recursos de inconstitucionalidad y de amparo ante el Tribunal Constitucional, y también como magistratura de promoción legislativa, no porque disponga de iniciativa legislativa alguna, sino por la promoción que late en sus propuestas, sugerencias, recomendaciones..., de la que, como ya vimos, se hace eco su propia Ley Orgánica (así, en el artículo 28.2).

38 Oehling Ruiz, Hermann, *op. cit.*, nota 8, p. 48.

39 Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, nota 36, t. III, p. 1514.

40 Ruiz-Giménez, Cortés, Joaquín, *op. cit.*, nota 30, p. 318.

En definitiva, estamos ante una autorizada y eficaz magistratura de persuasión, como la califica La Pergola,⁴¹ o una magistratura de influencia, como la tilda Napione,⁴² dotada de una autoridad moral que es la resultante de su neutralidad y de su independencia, y a la que nuestro ordenamiento dota, junto a su autoridad disuasora, de unos ciertos componentes de acción judicial y de promoción legislativa, entendidos con el significado que antes se dio a los mismos. Y todo ello sin perder de vista el elemento teleológico que da su razón de ser a la institución: la defensa de los derechos fundamentales. Como dice Carpizo,⁴³ el futuro del *ombudsman* está fincado en ser, cada día más, uno de los instrumentos que otorga el orden jurídico para la mejor defensa de los derechos humanos.

IV. ELECCIÓN Y CESE DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

En cuanto “alto comisionado de las Cortes Generales”, la elección del defensor del pueblo no podía corresponder sino a las propias Cortes Generales. En coherencia con ello, el artículo 2.1, LODP, dispone que: “El Defensor del Pueblo será elegido por las Cortes Generales para un periodo de cinco años”. Se sigue de esta forma la pauta más común del derecho comparado, en donde el *ombudsman* es elegido en muchos ordenamientos por el Parlamento, frecuentemente por una mayoría cualificada. Este es el caso del modelo escandinavo y de la República Federal de Alemania, entre otros. Bien es verdad que no faltan países en los que la designación corre a cargo del jefe del Estado o del jefe del Ejecutivo, como es el caso de Gran Bretaña e Israel, como asimismo de buena parte de los ordenamientos de la *Commonwealth*.

En su redacción inicial, la Ley Orgánica 3/1981, LODP, contemplaba la designación tanto en el Congreso como en el Senado de una Comisión encargada de relacionarse con el defensor del pueblo. Ambas Comisiones se habían de reunir conjuntamente cuando así lo acordara el presidente del Congreso de los Diputados, y en todo caso y bajo su pre-

41 La Pergola, Antonio, *op. cit.*, nota 2, p. 74.

42 Napione, Giovanni, *L'Ombudsman: Il controllore della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1969, p. 171.

43 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 71.

sidencia, para proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatas a defensor del pueblo.

El hecho de que el régimen de funcionamiento habitual de estas Comisiones tuviese carácter independiente dificultaba a menudo la relación entre las Cortes Generales como todo institucional con el defensor del pueblo. En aras a corregir esta deficiencia, y buscando establecer un cauce de relación más eficaz, como se afirmaba expresamente en su Preámbulo, la Ley Orgánica 2/1992, del 5 de marzo, vino a modificar la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, a los efectos de constituir una Comisión Mixta Congreso-Senado de relación con el defensor del pueblo a la que se iba a encargar de canalizar tal relación y de informar a los respectivos Plenos en cuantas ocasiones fuera necesario.

Tal Comisión Mixta queda encargada (artículo 2.3, LODP) de proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatas a defensor del pueblo, debiendo adoptar sus acuerdos por mayoría simple. El requerimiento tan sólo de mayoría simple y la posibilidad de que la propuesta de la Comisión Mixta pueda incluir más de un candidato, son circunstancias reveladoras de la flexibilidad de que se reviste el procedimiento en esta primera fase de la elección, orientada, como parece lógico, a tender puentes de acuerdo entre los distintos grupos parlamentarios.

Efectuada la propuesta por la Comisión Mixta, se entra en la segunda fase del procedimiento: la elección del defensor por los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado. El artículo 2.4, LODP, dispone al efecto que “será designado quien obtuviese una votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y posteriormente, en un plazo máximo de veinte días, fuese ratificado por esta misma mayoría del Senado”. Esta exigencia de mayorías cualificadas, como bien advierte Pérez Calvo,⁴⁴ persigue el objetivo de lograr la neutralidad del defensor del pueblo, soporte, como ya vimos, de su independencia, lo que se trata de conseguir, de un lado, impidiendo que una mayoría parlamentaria pueda *per se* designar al defensor (pues parece difícil que en un sistema de elección proporcional como la del Congreso o de elección mayoritaria con voto limitado, como la del Senado, una sola fuerza política pueda alcanzar el 60% de los escaños), supuesto en el que cabría el peligro cierto de que la institución se convirtiese en un instrumento al

44 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 15, p. 70.

servicio de esa mayoría, y de otro lado, concitando en torno a una persona un amplio consenso parlamentario.

En el supuesto de no alcanzarse las mayorías legalmente exigidas se iniciará una nueva etapa del procedimiento, debiendo nuevamente reunirse la Comisión Mixta a los efectos de formular sucesivas propuestas de candidato (o candidatos) en el plazo máximo de un mes. En tales casos, una vez conseguida la mayoría de los tres quintos del Congreso, la designación quedará realizada al alcanzarse la mayoría absoluta del Senado. Nos encontramos ante un nuevo supuesto de preterición de la cámara alta en beneficio de la baja, que aunque, como dice Astarloa,⁴⁵ a diferencia de otros supuestos, no debe llevar a ningún tipo de escándalo, lo cierto es que presupone llevar a cabo una diferenciación, vía legislación ordinaria, cuando el constituyente en ningún momento diferenció, pues las referencias del artículo 54 se hacen siempre a las Cortes Generales.

Los presidentes del Congreso y del Senado han de acreditar conjuntamente con sus firmas el nombramiento del defensor del pueblo, que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* (artículo 4.1, LODP).

El último de los trámites legalmente previstos para que el defensor del pueblo tome posesión de su cargo es el juramento o promesa de fiel desempeño de su función que habrá de prestar ante las Mesas de las Cámaras reunidas conjuntamente.

Los dos trámites últimos a que acabamos de aludir vienen a confirmar el total apartamiento del Poder Ejecutivo y aun de la Corona del proceso de nombramiento del defensor en perfecta armonía con su carácter de “comisionado de las Cortes Generales”.

Una cuestión que ha dado lugar a una cierta toma de postura por parte de un sector de la doctrina ha sido, en relación con los requisitos necesarios para el acceso al cargo, la relativa a la conveniencia de una especial capacitación o formación técnico-jurídica del candidato. A ella aludía Gil-Robles⁴⁶ en términos inequívocos: igualdad, sí, pero competencia también. En este terreno sería inútil negar que una sólida formación jurídica es ya una importante base de partida y una cierta garantía para el ciudadano que acuda en solicitud de ayuda.

Sin embargo, la LODP ha omitido cualquier referencia a la capacitación jurídica del defensor, apartándose de lo establecido en otros orde-

45 Astarloa Villena, Francisco, *El defensor del pueblo en España*, Palma, Universitat de les Illes Balears, 1994, p. 26.

46 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, p. 82.

namientos que sí exigen de una cierta preparación, como es habitual en los nórdicos. En cualquier caso, la realidad de los nombramientos llevados a cabo hasta la fecha ha suplido esa omisión legal, al elevar al cargo de defensor del pueblo a juristas de reconocida competencia.

La Ley es muy escueta a la hora de precisar los requisitos necesarios para ser elegido defensor del pueblo. A tenor de su artículo 3o., podrá ser elegido cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos. La concisión de la norma encuentra un cierto contrapeso en la determinación del artículo 7o. de la LODP, que enumera con cierto detalle las causas de incompatibilidad, a las que nos referiremos más adelante.

Si originariamente el plazo de duración en el cargo de *ombudsman* era muy corto (en Suecia, un año tan sólo), la experiencia fue aconsejando a los Parlamentos que se incrementase el periodo de ejercicio del cargo (cuatro años en Suecia, Finlandia y Noruega; cinco en Israel...).

La Ley Orgánica reguladora de la institución dispone (artículo 2.1) al respecto que el defensor del pueblo será elegido para un periodo de cinco años. Se desconecta de esta forma el periodo de ejercicio del cargo del defensor del periodo de duración de la legislatura parlamentaria, de cuatro años, separándose esta fórmula de la seguida en el modelo escandinavo, aunque, por el contrario, asimilándose a la alemana donde el *Bundeswehrbeauftragter des Bundestages* es designado por un periodo de cinco años mientras el *Bundestag* lo es por cuatro.

No nos cabe duda alguna acerca de lo beneficioso de la fórmula legal acuñada en España en orden al fortalecimiento de la independencia de la institución. En igual dirección, Varela⁴⁷ advierte que la autonomía que este órgano puede llegar a tener respecto a las mayorías parlamentarias que lo eligieron, es posible sea tan amplia que a estos efectos se mude en una auténtica independencia, en un verdadero desligamiento. Desde luego, la mayoría cualificada que se exige para la elección del defensor lo desvincula de una determinada mayoría parlamentaria existente en una legislatura, pero aún así, es positiva, muy positiva, la no coincidencia de la renovación de las Cámaras y de la del defensor.

Las reelecciones en el cargo, como recuerda Fairén,⁴⁸ han sido frecuentes en otros países, siendo regla general la posibilidad de reelec-

47 Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *op. cit.*, nota 24, pp. 66 y 67.

48 Fairén Guillén, Víctor, *El defensor del pueblo —ombudsman—*, Madrid, CEC, 1986, t. II, pp. 28 y 29.

ción, si bien la misma encuentra excepciones: así, la ley francesa por la que se instituye la figura equivalente del *Médiateur* dispone que su mandato no es renovable, y en Portugal y Austria la reelección sólo es posible una vez.

La LODP no aborda frontalmente el tema de la reelección. Es cierto que el artículo 5.3 dispone que “vacante el cargo se iniciará el procedimiento para el nombramiento de *nuevo* Defensor del Pueblo en plazo no superior a un mes”. Sin embargo, no creemos que haya de entenderse ese término en el sentido de que la norma está exigiendo una persona distinta a la cesada, en definitiva, está consagrando la irreelegibilidad en el cargo. Esa no es la interpretación lógica de la misma. Por lo mismo, al no vedarse legalmente la reelección, hay que interpretar que nada obsta a la misma.⁴⁹

El artículo 5.1, LODP, contempla las diversas causas de cese del defensor. A la vista del apartado segundo del propio precepto, tales causas pueden ser reagrupadas en dos grandes bloques: regladas y de apreciación discrecional por las Cortes Generales.

Regladas son: la muerte, renuncia y expiración del plazo de su nombramiento, circunstancias todas ellas en las que la vacante en el cargo se declarará por el presidente del Congreso.

Causas de apreciación discrecional son las restantes, esto es: la incapacidad sobrevenida, la actuación con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo y la condena, mediante sentencia firme, por delito doloso. En estos casos se decidirá, por mayoría de los tres quintos de los componentes de cada Cámara, mediante debate y previa audiencia del interesado.

La crítica de más enjundia que merece el tratamiento legal de las causas de cese tiene que ver con lo inadecuado, por no decir, lisa y llanamente, absurdo e improcedente, de la inclusión entre las causas de apreciación discrecional de la condena por delito doloso, circunstancia que debiera de haber sido incluida entre las causas regladas de modo que de-

Este mismo autor recuerda algunos ejemplos relativos a distintas reelecciones. Así, el primer *ombudsman* danés —y apóstol de la institución—, profesor Stephan Hurwitz, fue reelegido hasta 1970; su sucesor, doctor Lars Norskold Nielsen, lo fue desde 1970 hasta 1981; el *ombudsman* de Israel, doctor Nebenzahl, fue “Controlador del Estado” durante veinte años, diez de ellos *ombudsman*...

49 Similar es la interpretación de Pérez-Ugena y Coromina, María, *op. cit.*, nota 21, pp. 205 y 206. Y en la misma dirección se sitúa Astarloa Villena, Francisco, *op. cit.*, nota 45, p. 30.

sencadenara automáticamente, *ope legis*, el cese en el cargo. Al no ser así, ¿qué se pretende con ello?, ¿que las Cortes revisen de nuevo un proceso judicial y la sentencia subsiguiente? Como bien dice Bar Cendón,⁵⁰ esto crearía una desautorización de los órganos jurisdiccionales en materia de su exclusiva competencia, no suponiendo, por el contrario, una especial protección para el defensor del pueblo.

Por otro lado, como bien advierte Pérez Calvo,⁵¹ quizá también hubiera debido incluirse entre las causas regladas de cese la “incapacidad sobrevenida” cuando hubiere sido declarada mediante sentencia judicial. Al no preverse así, puede darse el caso, en hipótesis al menos, de que quien no hubiera podido acceder al cargo por impedírsele el artículo 3o. LODP, pueda, sin embargo, seguir desempeñando la función aún después de sobrevenida una determinada incapacidad.

El cese por cualquiera de las causas legalmente previstas desencadena dos consecuencias inmediatas: de un lado, ha de iniciarse el procedimiento para el nombramiento de nuevo titular de la institución en plazo no superior a un mes; de otro, formalizado el cese, el adjunto primero y, en su defecto, el segundo, pasa a desempeñar las funciones de la institución bien que de modo interino y hasta tanto las Cortes Generales procedan a la designación de un nuevo titular.

V. ESTATUTO JURÍDICO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

El rasgo caracterizador del estatuto del defensor es el de su independencia, que la Ley trata de salvaguardar (artículo 6.1, LODP) vedando su sujeción a mandato imperativo alguno, impidiendo que pueda recibir instrucciones de ninguna autoridad y garantizando su plena autonomía funcional.

Ciertamente, su carácter de “comisionado de las Cortes Generales” se traduce en alguna dependencia orgánica de aquéllas. Tal es el caso de la intervención que tienen las Cámaras en el nombramiento y separación de los adjuntos del defensor, o en la aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las

50 Bar Cendón, Antonio, *op. cit.*, nota 27, p. 333.

51 Pérez Calvo, Alberto, “El defensor del pueblo. Comentario al artículo 54 de la Constitución”, en Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, t. IV, pp. 531 y ss.; en concreto, p. 537, nota 4.

Mesas del Congreso y del Senado, en su reunión conjunta del 6 de abril de 1983, modificado por reunión conjunta de ambas Mesas, el 21 de abril de 1992. Tal es, finalmente, el hecho de que la dotación económica necesaria para el funcionamiento de la institución constituye una partida dentro de los Presupuestos de las Cortes Generales.

Esta vinculación orgánica, con las relativas modulaciones del principio de independencia en su vertiente organizativa que conlleva, no obsta en lo más mínimo la amplísima autonomía funcional que puede predicarse de la institución. Como significa Pérez Calvo,⁵² la declaración de autonomía del defensor hecha por el artículo 6.1, LODP, no se agota en sí misma, sino que constituye un principio informador en torno al cual se articulan unos preceptos básicos que configuran la institución. Así, la autonomía del defensor se manifiesta en la posibilidad de desempeñar su función —desde la iniciación de sus actuaciones, pasando por la investigación y hasta el momento de adoptar las medidas oportunas— sin interferencias de ninguna clase. En definitiva, creemos que la independencia funcional es plena y no vamos a abundar más en ello por cuanto ya nos hicimos eco de esta cuestión al tratar de la naturaleza de la institución.

A conseguir la neutralidad en el ejercicio de su cargo por parte del defensor y, de resultas, a fortalecer su independencia, se encamina el reconocimiento legal de un amplísimo elenco de causas de incompatibilidad que lleva a cabo el artículo 7.1 de la LODP.

La condición de defensor del pueblo es incompatible: con todo mandato representativo; con todo cargo político o actividad de propaganda política; con la permanencia en el servicio activo de cualquier administración pública; con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral.

Esta amplia gama de incompatibilidades pretende mantener la figura del defensor lo más alejada posible de todo tipo de vínculos, relaciones o dependencias con los intereses en conflicto respecto de los que, en un momento dado, haya de tener algún tipo de intervención la Defensoría.

52 *Ibidem*, p. 540.

Ello, como antes dijimos, redundará en el fortalecimiento de su autonomía funcional y, por lo mismo, de su más plena independencia.

Las causas de incompatibilidad enumeradas no operan a la par como causas de inelegibilidad, impidiendo que la persona incurso en una de ellas pueda ser candidato a la Defensoría. Bien al contrario, ni tan siquiera impiden que una persona afectada por una de esas circunstancias pueda ser nombrada defensor. En tal caso, la Ley (artículo 7.2, LODP) da al defensor que se encuentre en tales circunstancias un plazo de diez días, inmediatamente posteriores a su nombramiento, y en todo caso con anterioridad a su toma de posesión en el cargo, para que cese en toda situación de incompatibilidad que pudiere afectarle, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento. Si la incompatibilidad sobreviniere una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquélla se hubiere producido (artículo 7.3, LODP).

El estatuto del Defensor exige, finalmente, atender a las prerrogativas que le reconoce el artículo 6o. de la LODP, que recuerdan y se aproximan notablemente a las mismas de que gozan los parlamentarios. En efecto, el defensor del pueblo goza de inviolabilidad, de inmunidad y del privilegio de fuero.

El defensor no podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón a las opiniones que formule o a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo (artículo 6.2, LODP). Aunque en este caso, y a diferencia de lo que sucede respecto de la inmunidad, la Ley guarda silencio sobre el espacio temporal cubierto por esta prerrogativa, en sintonía con lo establecido respecto de los parlamentarios y con la propia lógica de este instituto, es claro que esta garantía no decae tras el cese en el cargo, sino que sus efectos son perpetuos o, si así se prefiere, intemporales. Recordemos al efecto que el artículo 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece que: “Los diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”, previsión que reitera el artículo 21 del Reglamento del Senado.

La prerrogativa de la inmunidad es contemplada por el artículo 6.3 de la LODP en los siguientes términos: “En los demás casos, y mientras permanezca en el ejercicio de sus funciones, el Defensor del Pueblo no podrá ser detenido ni retenido sino en caso de flagrante delito, corres-

pondiendo la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

Se acoge de esta forma la llamada por los ingleses *freedom from arrest*, que, innecesario es decirlo, no es un privilegio personal, sino que se orienta frente a la hipotética eventualidad de que la vía penal fuese utilizada con la intención de perturbar el libre funcionamiento de esta institución. La inmunidad no viene referida, a diferencia de la inviolabilidad, a las opiniones o actos realizados en el ejercicio de las competencias propias del cargo sino, como bien precisa el inciso inicial del artículo 6.3, a “los demás casos”, es decir, a aquellos actos que se realizan sin conexión alguna con las competencias propias del cargo. En lógica sintonía con esta circunstancia, la inmunidad se agota temporalmente al cesar en la titularidad del cargo. Una diferencia a destacar frente a la inmunidad de los parlamentarios, y que creemos es reveladora de la independencia del defensor del pueblo, es que mientras en los parlamentarios la inmunidad se concreta en la posibilidad de conceder o denegar suplicatorios para procesar a diputados o senadores, en el caso del defensor del pueblo no se prevé un pronunciamiento de las Cámaras sobre un hipotético suplicatorio. Por el contrario, la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio se deja en manos exclusivamente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, lo que, a su vez, entraña un privilegio de fuero al que ya antes nos referimos.

Digamos por último que, de conformidad con el artículo 6.4, LODP, las reglas acogidas por los tres primeros apartados del artículo 6o. son aplicables a los adjuntos del defensor del pueblo en el cumplimiento de sus funciones. Pérez Calvo, no sin razón, no considera muy lógico que a los adjuntos haya que aplicarles, sin más precisiones, el principio de autonomía a que se refiere el artículo 6.1, LODP, cuando prevé el desempeño de sus funciones por el defensor del pueblo con autonomía y según su criterio. Este “según su criterio” habrá de ser relativizado, pues, caso de conflicto entre su criterio y el del titular de la institución, como es lógico, deberá de prevalecer el criterio del defensor del pueblo. En definitiva, si de lo que se trata es de configurar una institución unipersonal que pueda contar con dos auxiliares cualificados, pero al fin y al cabo auxiliares, estos últimos no pueden gozar de una autonomía desligada de la institución en su conjunto.⁵³

53 *Ibidem*, p. 544.

VI. ESTRUCTURA DEL ÓRGANO

Ya nos hicimos eco en un momento anterior de la opción de nuestro constituyente en favor de un órgano unipersonal, que por lo demás nos parece la más positiva y operativa desde una óptica funcional.

Esa estructura unipersonal se ha compatibilizado legalmente con el nombramiento de otras dos personas que están llamadas a auxiliar al defensor del pueblo. Se trata del adjunto primero y del adjunto segundo. En ellos podrá delegar el defensor sus funciones, y ellos, por otro lado, estarán llamados a sustituirle por su orden, en el ejercicio de las mismas, en los supuestos de imposibilidad temporal y en los de cese, tal y como establece el artículo 8.1, LODP. El Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo (ROFDP), aprobado por las Mesas de ambas Cámaras, a propuesta del defensor, en su reunión conjunta del 6 de abril de 1983, y modificado de igual forma, el 21 de abril de 1992, enumera en detalle, en su artículo 12.1, las competencias que corresponden a los adjuntos del defensor del pueblo, en el bien entendido de que la admisión definitiva o el rechazo y, en su caso, la resolución última de las quejas formuladas, corresponde acordarla al defensor del pueblo o al adjunto en quien delegue o que le sustituya.

Los adjuntos serán propuestos por el defensor del pueblo a través del presidente del Congreso, a efectos de que la Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de relacionarse con la institución otorgue su conformidad previa al nombramiento. En el plazo de quince días procederá a realizar la propuesta de nombramiento de adjuntos. Obtenida la conformidad, el nombramiento de los adjuntos será publicado en el *Boletín Oficial del Estado*.

Los adjuntos tomarán posesión de su cargo ante los presidentes de ambas Cámaras y el defensor del pueblo, prestando juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y de fiel desempeño de sus funciones.

Los adjuntos deberán cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad que pudiere afectarles, en el bien entendido de que les es de aplicación en plenitud el régimen de incompatibilidades previsto por el artículo 7.1 de la LODP para el titular de la institución. De no cesar en ese plazo en la situación generadora de la incompatibilidad, se entenderá que no aceptan el nombramiento.

La intervención que la LODP, tras su reforma de 1992, atribuye a la Comisión Mixta Congreso-Senado en orden a otorgar su conformidad previa al nombramiento de los adjuntos propuestos por el defensor (artículo 2.6 de la LODP) encuentra su razón de ser más evidente en el hecho de que el adjunto primero (y en su defecto, el adjunto segundo) está llamado a sustituir al titular de la institución desde el mismo momento de cese de éste.

La Ley (artículo 8.2) prevé la posibilidad de que el defensor separe a sus adjuntos previa conformidad de las Cámaras, determinación que no encuentra la lógica y consistencia que presenta la intervención parlamentaria en el nombramiento de aquéllos. Si atendemos al ROFDP, nos damos cuenta de que, entre las causas de cese previstas por su artículo 16.1 para los adjuntos, sólo en una de ellas hallamos la intervención discrecional de la Comisión Mixta Congreso-Senado, pues las restantes se nos presentan como causas regladas, que desencadenan el cese automáticamente. La circunstancia anterior es la del apartado *d*: cese “por notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo”, supuesto en el que el cese exigirá una propuesta razonada del defensor del pueblo, que habrá de ser aprobada por la Comisión Mixta Congreso-Senado, de acuerdo con el mismo procedimiento y mayoría requerida para otorgar la conformidad previa para su nombramiento, y con audiencia del interesado.

La intervención de la Comisión Mixta en el caso expuesto es coherente no sólo con la previsión del artículo 8.2, LODP, sino también con la del artículo 3.2, ROFDP, a cuyo tenor: “Los adjuntos son directamente responsables de su gestión ante el Defensor del Pueblo y ante la Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo”. Sin embargo, esta última previsión casa mal con el principio de autonomía funcional del defensor del pueblo y con la misma independencia de que ha de gozar el titular de la institución. Los adjuntos debieran de responder tan sólo ante el defensor y sólo de la decisión de éste debiera depender la separación en el cargo de sus adjuntos.

Digamos, por último, que la delimitación de los respectivos ámbitos de funciones de los dos adjuntos se llevará a cabo por el defensor del pueblo, poniéndose en conocimiento de la Comisión Mixta tantas veces referida. Cada adjunto se responsabilizará de las áreas que se le atribuyan.

Ruiz-Giménez,⁵⁴ refiriéndose a la estructura interna de la Defensoría del Pueblo, ponía el acento, ocupando él la titularidad de la institución, en el funcionamiento colegiado de la institución. Esa colegialidad se plasma en la llamada Junta de Coordinación y Régimen Interior, regulada por los artículos 17 y 18, ROFDP, y compuesta por el defensor del pueblo, los dos adjuntos y el secretario general, que actuará como secretario y asistirá a sus reuniones con voz y sin voto. Entre las competencias destacables de la citada Junta hemos de referirnos a la que le atribuye el artículo 18.1, b), ROFDP: “conocer e informar sobre la posible interposición de los recursos de amparo e inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”.

Esta supuesta colegialidad ha de ser, sin embargo, relativizada por cuanto la adopción de la decisión final y la responsabilidad última, lógicamente, corresponde en exclusiva al defensor. Y así, por ejemplo, en relación con la competencia anteriormente mencionada, el artículo 29 de la LODP es tajante e inequívoco al señalar que “el defensor del pueblo está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

La enorme variedad de temas a los que debe enfrentarse el defensor hace necesarios unos medios personales amplios. En este sentido, el artículo 34 de la LODP habilita al defensor para designar libremente los asesores que estime necesarios para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con el ROFDP y dentro de los límites presupuestarios. Estos asesores cesarán automáticamente en el momento de la toma de posesión de un nuevo defensor del pueblo designado por las Cortes (artículo 37 de la LODP).

El defensor del pueblo podrá estar asistido por un Gabinete Técnico, bajo la dirección de uno de los asesores, correspondiendo a dicho gabinete organizar y dirigir la Secretaría particular del defensor del pueblo, realizar los estudios e informes que se le encomienden y ejercer las funciones de protocolo.

Las personas que se encuentren al servicio del defensor, sean o no funcionarios provenientes de la administración pública, forman la llamada (por el artículo 35.2 de la LODP) Oficina del Defensor del Pueblo.

54 Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín, *op. cit.*, nota 30, p. 322.

Tratándose de funcionarios, se les reservará la plaza y destino que ocupasen con anterioridad a su adscripción a dicha Oficina.

VII. LA FUNCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: LA DEFENSA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

1. *Proemio: la supervisión de la administración como vía instrumental para la defensa de los derechos*

El artículo 9.1 de la LODP contempla la función supervisora del defensor sobre la actividad de la administración en los siguientes, y algo confusos, términos:

1. El defensor del pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, y el respeto debido a los derechos proclamados en su título I.

La norma transcrita suscita como cuestión previa la de si la función supervisora de la actividad de la administración es una función autónoma de la función de defensa de los derechos o si, por el contrario, es un instrumento orientado al servicio de esta última, tesis que, en coherencia con lo que expusimos al aludir al diseño constitucional de la institución, es la que consideramos más apropiada. Veamos el porqué.

En el *iter* constituyente, como ya vimos, se intentó en un primer momento atribuir al defensor del pueblo dos funciones diferenciadas: la defensa de los derechos y la salvaguarda de los principios conformadores del Estado de derecho, supervisando al efecto la actividad de la administración. La redacción final dada al artículo 54 por la Comisión Mixta supuso el fin de esa concepción dualista en beneficio de una visión funcional monista de cuerdo con la cual, la única función que el defensor está llamado a cumplir es la defensa de los derechos, siendo su actividad supervisora de la administración un instrumento al servicio de su función primigenia. La propia ubicación sistemática de la institución en el Código constitucional abona la interpretación precedente.

La Ley Orgánica del Defensor, en desarrollo del precepto constitucional, ha intentado precisar la función del defensor, y en esa dirección

debe ubicarse el texto de su artículo 9.1. Bien es verdad que la poca claridad de esta norma no ha contribuido precisamente a clarificar el precepto constitucional. En efecto, una lectura aislada de la referida norma legal puede conducir a entender que el artículo en cuestión asigna al defensor dos funciones inconexas o, al menos, sin una necesaria conexión: la de supervisar la actividad administrativa a los efectos de lo dispuesto en el artículo 103.1, CE, de un lado, y la de supervisarla en defensa de los derechos fundamentales, de otro. Así lo ha interpretado Varela⁵⁵ quien, de inmediato, rechaza por inconstitucional tal exégesis.

Bien es verdad que, como señala Carro,⁵⁶ tal contradicción podría ser superada con una interpretación más abierta. El artículo 1o., LODP, reproduce en su literalidad el texto del artículo 54, CE, añadiendo un inciso final del siguiente tenor: “Ejercerá (el defensor del pueblo) las funciones que le encomienda la Constitución y la presente Ley”. Ello podría entenderse en el sentido de que el legislador, en sede orgánica, ha extendido la facultad supervisora del defensor sobre la administración a supuestos no relacionados con los derechos del título I de la Constitución, lo que no impediría que la función fundamental de la institución siguiese siendo la defensa de los derechos fundamentales.

Sin embargo, no cabe la menor duda de que es posible una interpretación integradora. De entrada, conviene precisar que, a tenor del artículo 9.1 LODP, las investigaciones que emprenda el defensor tienen como objeto aquellos actos y resoluciones de la administración adoptados “en relación con los ciudadanos”, lo que presupone dotar de una proyección *ad extra* a los actos y resoluciones objeto de supervisión; dicho de otro modo, el defensor deberá investigar la sumisión de la administración a los intereses generales y su actuación de conformidad con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación y con sometimiento pleno a la ley y al derecho —principios todos ellos contemplados por el artículo 103.1, CE—, en todos aquellos actos y resoluciones de la misma que proyectan su eficacia sobre los ciudadanos, que es tanto como decir sobre el conjunto de derechos de los mismos, a los efectos de velar por la eficaz defensa de tales derechos.

La reflexión precedente no debe conducir a la conclusión excluyente de que todo acto o resolución administrativa que circunscriba sus efec-

55 Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *op. cit.*, nota 24, p. 76.

56 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2677.

tos *ad intra*, esto es, que no incida en modo alguno sobre los ciudadanos, queda excluido del control del defensor. Como bien significa Pérez Calvo,⁵⁷ puede haber actos interadministrativos o reflejos que repercutan sobre la situación de los funcionarios, que evidentemente también son ciudadanos amparados por el defensor. Y por otro lado, resulta difícil imaginar una actuación de la administración, incluidas las que sean exponente de una relación administrativa refleja o interadministrativa, que no redunde en beneficio o desventaja de los ciudadanos y que no se refiera necesariamente de modo más o menos individualizado y más o menos directo a los mismos ciudadanos, en suma, que carezca de relevancia social.

Si a la reflexión que precede se añade un último razonamiento, al que de inmediato nos referiremos, la interpretación integradora a que con anterioridad aludíamos aún quedará más nítida. La administración está vinculada por los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I (artículo 53.1, CE). A la par, el reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores de la política social y económica que reconoce el capítulo tercero del propio título I debe inexcusablemente informar la actuación de la propia administración (artículo 53.3 de la CE). Y en este mismo título I se encuentran enunciadas una gran parte de las misiones que debe perseguir la administración, cuyo conjunto integra el interés general al que la administración debe servir con objetividad.

En definitiva, la administración viene obligada constitucionalmente a servir con objetividad los intereses generales, intereses que, en buena medida, delimita el título I de la norma suprema, cuyo capítulo segundo reconoce unos derechos vinculantes para la administración, y cuyo capítulo tercero enuncia unos principios que han de informar la actuación administrativa. Si a ello se añade que es difícil identificar una actuación de la administración que no redunde en beneficio o perjuicio de los ciudadanos, se ha de concluir que la función constitucional de defensa de los derechos del título I que el artículo 54 de la CE atribuye al defensor del pueblo, presupone su habilitación para supervisar prácticamente toda la actividad de la administración, con lo que esta función de control es el instrumento esencial para que el defensor pueda cumplir en su integri-

57 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 550.

dad y plenitud su única función, su verdadera razón de existir, la defensa de los derechos constitucionalmente reconocidos.

2. *La supervisión de la actividad de la administración*

La supervisión de la actividad de la administración a que alude el artículo 54 de la CE como función instrumental del defensor es desarrollada, en lo que hace al objeto del control, por el artículo 9.1 de la LODP, que precisa que son los actos y resoluciones de la administración pública y sus agentes los que deben ser supervisados.

Tal concreción de la norma legal entraña, ante todo, que la función supervisora del defensor no se circunscribe tan sólo a la administración pública contemplada como ente abstracto, sino que se proyecta también a sus agentes, esto es, a los funcionarios o, más ampliamente aún, a las personas concretas al servicio de la administración. De modo inequívoco, el artículo 10.2, LODP, abunda en esta idea al facultar a los parlamentarios individualmente considerados, a las Comisiones de investigación o relacionadas con la defensa de los derechos y, principalmente, a la Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor, para solicitar del mismo su intervención para el esclarecimiento no sólo de actos y resoluciones administrativas, sino también de “conductas concretas producidas en las administraciones públicas”. En la misma dirección, el artículo 20.1 de la LODP se refiere a la actuación a seguir por el defensor “cuando la queja a investigar afectare a la conducta de las personas al servicio de la administración, en relación con la función que desempeñan”.

El artículo 9.2, LODP, adiciona un elemento subjetivo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de delimitar el objeto de la actividad supervisora a cargo del defensor. A tenor del referido precepto, “las atribuciones del defensor del pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las administraciones públicas”. Esta norma viene a implicar que la función supervisora del defensor no se ciñe tan sólo a la administración en sentido estricto y a las autoridades administrativas, funcionarios y personal al servicio de las administraciones públicas, sino que se proyecta también a los entes administrativos que gestionan servicios públicos de modo directo o indirecto e incluso, *por mor* de lo esta-

blecido por el artículo 28.3 de la LODP, a los particulares que en virtud de acto administrativo habilitante prestaren servicios públicos.

En todo caso, parece claro, como interpreta Bar Cendón,⁵⁸ que la norma ordenadora del defensor no establece una relación exhaustiva de órganos sometidos a la supervisión del defensor del pueblo, similar a la existente en otros países, como Israel o Nueva Zelanda.

Por lo demás, sí es conveniente precisar que la LODP alude en varios de sus preceptos, genéricamente, a la supervisión por el defensor de los actos y resoluciones de las administraciones públicas, lo que, como es obvio, significa englobar en el ámbito de la función supervisora también a las administraciones autonómicas. Para despejar toda duda al respecto, el artículo 12.1, LODP, dispone que el defensor podrá, en todo caso, de oficio o a instancia de parte, supervisar por sí mismo la actividad de la Comunidad Autónoma en el ámbito de competencias definido por la propia ley.

En cuanto al tipo de actos sujetos a la actuación supervisora del defensor, cabe decir que no se circunscriben a aquéllos que se hallen sujetos al derecho administrativo; la amplitud con que el artículo 9.1 de la LODP los contempla nos debe conducir a entender que la supervisión se extiende asimismo a aquel conjunto de actuaciones que la doctrina anglosajona identifica con la genérica denominación de *maladministration*, donde pueden ubicarse actuaciones negligentes, retrasos injustificados en la actuación, desatenciones a los administrados... etcétera. Bastará para ello con que de estas actuaciones, o incluso meras inacciones, deriven perjuicios para los ciudadanos, que es tanto como decir para sus derechos constitucionalmente reconocidos. Este control es de enorme relevancia práctica por cuanto sitúa al defensor ante actuaciones difícilmente fiscalizables por otras vías al no vulnerar por lo general, pese a su irregularidad, el ordenamiento jurídico. Por todo ello, la supervisión que aquí puede llevar a cabo el defensor puede convertirse en un instrumento de notable utilidad en la lucha contra las corruptelas administrativas que, sin transgredir el ordenamiento jurídico, inciden de forma muy negativa sobre los derechos y legítimos intereses de los administrados.

En la misma dirección, conviene recordar que en cuanto la supervisión que corresponde al defensor se ha de llevar a cabo a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1, CE, y en cuanto uno de los principios

58 Bar Cendón, Antonio, *op. cit.*, nota 27, p. 341.

mencionados por tal norma constitucional es el principio de eficacia, puede colegirse con Carro⁵⁹ que el principio de eficacia está llamado a cumplir un papel principalísimo en la actuación supervisora del defensor; más aún, puede decirse que la institución del defensor se muestra especialmente adecuada para analizar la actuación administrativa desde la óptica de este principio constitucional que tan directamente afecta a los ciudadanos y que exige de la administración una permanente adaptación al interés público para hacer realidad el cumplimiento de la cláusula constitucional del Estado social. De esta forma, el defensor podrá cumplir con toda idoneidad la siempre necesaria y muy relevante labor de control acerca del nivel de eficacia en la prestación de los servicios públicos en general y en la satisfacción, particularmente, de los derechos prestacionales de los ciudadanos en materias tales como, por ejemplo, sanidad, cultura o medio ambiente. Como significa Pérez Calvo,⁶⁰ cuando, a partir del criterio de la “eficacia” o de la “objetividad”, de la justicia, de la dignidad de la persona, el defensor del pueblo denuncie, por ejemplo, eventuales aspectos disfuncionales de la actividad administrativa, estará encontrando el terreno en que quizá su presencia sea auténticamente fructífera. Todo ello al margen ya de que esas disfuncionalidades o irregularidades prestacionales por parte de la administración son difícilmente fiscalizables dadas las muy deficientes técnicas de garantía con que al efecto cuentan los administrados.

La Ley Orgánica del Defensor dedica de modo particularizado dos de sus preceptos (los artículo 13 y 14) a normar la actuación de la institución en relación con dos administraciones específicas: la administración de justicia y la administración militar.

Por lo que se refiere a la administración militar, el artículo 14, LODP, dispone: “El Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución, en el ámbito de la Administración militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional”.

El contraste entre esta norma y el artículo 9.1, LODP, revela dos diferencias de interés: en primer término, la previsión específica de que en ningún caso la actuación supervisora del defensor sobre la administración castrense podrá interferir el mando de la Defensa Nacional, y en

59 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, pp. 2678 y 2679.

60 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 5, p. 521.

segundo término, la supresión que el artículo 14 hace de la referencia del artículo 9.1 a lo dispuesto en el artículo 103.1, CE, norma ésta que, como ya vimos, señala los principios a los que ha de servir la administración, que operan como criterios a los que ha de atender el defensor en su actuación supervisora de la actividad administrativa.

De las dos diferencias advertidas, creemos que la más relevante es la primera, que veda al defensor cualquier tipo de inferencia en el mando de la Defensa Nacional, entendida en el sentido con que la define la Ley Orgánica 6/1980, del 1o. de julio, por lo que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, norma legal modificada a su vez por la Ley Orgánica 1/1984, del 5 de enero.

Es claro que en cuanto el defensor del pueblo queda, obviamente, al margen de los órganos superiores de la Defensa Nacional (a los que se refiere el título primero de la citada Ley Orgánica 6/1980), y en cuanto que la Defensa Nacional tiene unas finalidades de enorme trascendencia para la colectividad social (en términos del artículo 2o. de la Ley Orgánica 6/1980: garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional), y asimismo, finalmente, en cuanto que la regulación de la Defensa Nacional se orienta a proporcionar una efectiva seguridad nacional, ninguna injerencia del defensor puede admitirse sobre el mando de la Defensa Nacional. Bien es verdad que tal límite, como bien advierte Bar Cendón,⁶¹ es lo suficientemente impreciso como para no saber exactamente hasta dónde llega, quedando su fijación al criterio de la autoridad militar.

En relación con la segunda de las diferencias normativas entre el artículo 14 y el artículo 9.1, LODP, anteriormente advertidas, cabe formularse la siguiente interrogante: ¿excluye el artículo 14, LODP, a la administración castrense de la aplicación por el defensor, al hilo de su función supervisora, de los principios o criterios contemplados por el artículo 103.1 de nuestra norma suprema?

Las posiciones de la doctrina han sido contradictorias. Y así, mientras Carro⁶² rechaza tal exclusión, entendiendo que una interpretación restrictiva del artículo 14, LODP, en el sentido de que en el seno de la administración militar la labor del defensor deba limitarse estrictamente a la

61 Bar Cendón, Antonio, *op. cit.*, nota 27, p. 343.

62 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2684.

defensa de los derechos fundamentales, entraña una restricción indebida de su sentido literal, Pérez Calvo⁶³ llega a la conclusión contraria, pues, a su juicio, lo que parece pretender el artículo 14 al poner de relieve los derechos del título I es señalar al defensor cuál ha de ser también su fuente principal de criterios de actuación en el terreno de la administración militar, frente a otros casos en los que, junto a tales derechos, el defensor ha de realizar sus actividades de supervisión “a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución”.

Por nuestra parte, hemos de comenzar significando que, como ya dijimos en otro lugar, a los órganos de la administración militar, en cuanto administración pública que son, les son de aplicación los principios que enuncia el artículo 103.1, CE, con la salvedad del principio de descentralización,⁶⁴ que algún autor amplía asimismo al principio de desconcentración,⁶⁵ principios por tanto que no serían aplicables a la administración militar. En coherencia con ello, y desde luego con el límite insalvable de no injerencia sobre el mando de la Defensa Nacional, nada debiere impedir que en el ejercicio de su función supervisora sobre la administración castrense, el defensor atendiera también a los criterios del artículo 103.1, CE. Ello no obstante, la omisión de toda referencia a tales principios por parte del artículo 14, LODP, no puede dejar de tener alguna significación. Una explicación podría encontrarse en que, como acaba de señalarse, algunos de los principios del artículo 103.1 no son de aplicación a la administración militar y, por ello, el legislador ha preferido guardar silencio respecto de tal precepto, silencio que no excluiría que el defensor atendiera a los demás principio como criterios a seguir en el desarrollo de su tarea de supervisión.

Otra explicación, que nos conduce a consecuencias prácticas similares, es que el legislador ha querido poner el acento en los derechos del título I, para subrayar de esta forma la especial importancia que en la labor de supervisión del defensor ha de tener la defensa de tales derechos en el ámbito de la administración castrense, lo que, desde luego,

63 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, t. IV, p. 552.

64 Fernández Segado, Francisco, “Las Fuerzas Armadas (Comentario al artículo 80. de la Constitución)”, en Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, *cit.*, nota 51, t. I, pp. 409 y ss.; en concreto, p. 463.

65 Barcelona Llop, Javier, “La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”, *Revista de Administración Pública*, núm. 110, mayo-agosto de 1986, pp. 55 y ss.; en concreto, p. 71.

tampoco excluiría radicalmente que el defensor atendiese a algunos de los principios del artículo 103.1, CE, a la hora de llevar a cabo su control, interpretación que se refuerza aún más si se recuerda que la propia Ley Orgánica 6/1980 dispone (artículo 23.2) que la organización de las Fuerzas Armadas se inspirará en criterios de coordinación y eficacia conjunta de los tres ejércitos que constituyen tales Fuerzas Armadas. No sería coherente ni tan siquiera con la propia organización de las FAS que el defensor se viese radicalmente impedido de atender a los criterios tantas veces mencionados en el momento de verificar su función fiscalizadora.

Por lo demás, cabe hacer una última reflexión en coherencia con lo ya expuesto en momentos precedentes. Cuando la LODP alude a los derechos del título I es obvio que se está refiriendo no sólo a los derechos del capítulo segundo, sino también a los derechos, acogidos bajo el rótulo no muy afortunado de “principios rectores” del capítulo tercero. Y en este último capítulo se encuentran enunciadas en buena medida las tareas que las administraciones públicas han de realizar, y en cuanto administración pública que es, la administración militar es indudable que, de una u otra forma, tendrá que ver con algunas de esas tareas, y sus actos incidirán sobre la situación de los ciudadanos. Por lo mismo, el defensor del pueblo, también en relación con la supervisión de la administración militar, no podrá por menos que atender, en ocasiones, a algunos de los criterios que enuncia el artículo 103.1 de la CE, aunque en relación con esta administración se acentúe aún más el carácter primigenio de la función de defensa de los derechos como función primaria de la institución.

Hemos de referirnos, finalmente, a la actuación del defensor en relación con la administración de justicia. A ella alude el artículo 13 de la ley reguladora de la institución en los siguientes términos:

Cuando el defensor del pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la administración de justicia, deberá dirigir las al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la Ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la referencia que en su Informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema.

Innecesario es decir, de entrada, que la intervención que esta norma atribuye al defensor en nada obsta o incide sobre el principio de independencia del Poder Judicial. Como señala Gil-Robles,⁶⁶ es preciso diferenciar dos planos distintos: el primero de ellos hace referencia a la estricta función de administrar justicia “por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley” (artículo 117.1 de la CE); el segundo comprende el funcionamiento material de la administración de justicia en cuanto verdadero “servicio público”. Es obvio que la intervención del defensor nada tiene que ver con la función jurisdiccional, viniendo referida al servicio público de prestación de justicia o, por extensión, a la administración de justicia.

Con todo, el artículo 13, LODP, sujeta la intervención del defensor a tales límites que la doctrina ha podido sostener que la LODP no le reconoce la competencia para supervisar la actividad de la administración de justicia.⁶⁷ Como dice Granados,⁶⁸ tiene mala explicación que el defensor del pueblo, cuando recibe quejas referidas al funcionamiento de la administración de justicia, tenga forzosamente que dirigirlas al Ministerio Fiscal, que se encargará de su investigación, debiendo más tarde, de acuerdo con lo establecido por el artículo 25.2, LODP, informar al defensor, dando, en su caso (según el tipo de reclamación de que se trate), traslado al Consejo General del Poder Judicial. Al tratarse de asuntos de la competencia del Consejo, es un tanto absurdo que se haya de dar este rodeo para terminar donde se debiera haber comenzado.

Bien es verdad que pueden esgrimirse argumentos en favor de esta intervención del Ministerio Fiscal, que constitucionalmente tiene por misión “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley” (artículo 124.1 de la CE). Así, Gil-Robles⁶⁹ razonaba que no existen entre las funciones que la Constitución encomienda al defensor del pueblo y al Ministerio Fiscal contradicción alguna, y si se llega a superar injus-

66 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, p. 117.

67 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 553.

68 Granados Pérez, Carlos, “Defensor del pueblo y administración de justicia (La supervisión de la administración de justicia)”, en el colectivo *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1992, pp. 219 y ss.; en concreto, pp. 232 y 233.

69 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, p. 119.

tificados temores o recelos, el propio autor mostraba su convencimiento de que se llegaría a una perfecta compenetración y colaboración entre ambas instituciones.

Aun admitiendo lo positivo de tal colaboración institucional, no resulta admisible que el defensor no pueda tener una actuación análoga a la que el artículo 9.1, LODP, le reconoce respecto de las administraciones públicas territoriales en relación con el funcionamiento de la administración de justicia. La función primigenia del defensor es la defensa de los derechos constitucionales del título I, y entre ellos, y en destacadísimo lugar, se encuentra el derecho a la jurisdicción del artículo 24, CE. Excluir radicalmente este derecho de la función de defensa de los derechos que al defensor encomienda nuestra norma suprema, y no otra cosa viene a suponer el artículo 13, LODP, que, como bien significa Carro,⁷⁰ convierte en este campo al defensor en un mero buzón de reclamaciones o quejas, que a continuación ha de hacer llegar al Ministerio Fiscal, no encuentra justificación de ningún género, por lo que, a nuestro entender, la colaboración institucional entre defensor y Ministerio Fiscal debiera compatibilizarse con el reconocimiento legal de una más decidida y libre intervención de la defensoría en relación con el servicio público de prestación de justicia, al que también es exigible un nivel mínimo de calidad y eficacia, como la propia norma suprema se ha encargado de corroborar cuando, en su artículo 121, encadena al funcionamiento anormal de la administración de justicia un derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley. Y como señala Martín Rebollo,⁷¹ haciendo suya la tesis de Jean Rivero,⁷² el “funcionamiento anormal” (que ha de separarse del error judicial, como hace el referido artículo 121, CE) se refiere, básica, aunque no únicamente, al retraso, a la tardanza en la administración de la justicia, esto es, añadiríamos nosotros, en la prestación del servicio público de la justicia. Por lo demás, no deja de ser significativo a estos efectos que, como constata Granados,⁷³ el examen de los informes del defensor del pueblo a las Cortes Generales revela que la mayoría de las quejas que afectan a jueces y magistrados se contraen a dilaciones o dejaciones en la resolución de los

70 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2685.

71 Martín Rebollo, Luis, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 158 y 159.

72 Rivero, Jean, *Droit administratif*, 8a. ed., París, 1977, p. 297.

73 Granados Pérez, Carlos, *op. cit.*, nota 68, p. 233.

procesos y causas de que conocen, y aunque ello sea competencia del Consejo General del Poder Judicial, que utilizará como instrumento idóneo para la investigación a su servicio de inspección, tal circunstancia no debiera impedir, como antes avanzábamos, una cierta intervención supervisora del defensor del pueblo, que se ve en este ámbito absolutamente maniatado.

Es precisamente por lo que acaba de señalarse por lo que no se comprende muy bien el sentido de la previsión del artículo 25.3, LODP, a cuyo tenor: “El Fiscal General del Estado pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones”.

3. *La legitimación procesal del defensor del pueblo*

La Constitución, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, y la LODP, en el de la jurisdicción ordinaria, otorgan al defensor del pueblo una legitimación procesal que si en el primer caso se vincula, de modo directo e inmediato, a la función de defensa de los derechos, en el segundo, se conecta más bien con el ejercicio por el defensor de su función supervisora de la administración. Ello entraña, como ya tuvimos oportunidad de decir, complementar su caracterización como magistratura de persuasión con unos componentes o rasgos propios de las magistraturas de acción judicial. Dicho esto, nos referiremos, separadamente, a la legitimación ante la jurisdicción constitucional y ante la jurisdicción ordinaria.

A. *Ante la jurisdicción constitucional*

La Constitución legitima al defensor del pueblo (artículo 162.1, *a* y *b*) para interponer ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad o el recurso de amparo, previsión que reitera la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (artículos 32.1 y 46.1). De esta forma, el defensor se convierte en el único de los órganos del Estado que resulta habilitado para la interposición de ambos tipos de recursos. Esta opción del constituyente no dejó de suscitar críticas. Así, De Vega⁷⁴

⁷⁴ Vega, Pedro de, “Los órganos del Estado en el contexto político-institucional del Proyecto de Constitución”, en el colectivo, *La Costituzione spagnola nel trentennale*

pudo e e con una de jurisdicción constitucional concentrada y con un sistema de justicia administrativa, el *ombudsman* carece de sentido como institución de defensa jurídica del ciudadano, tras lo que el citado autor se decantaba por una configuración de la institución como magistratura de opinión y no como magistratura de acción judicial y legalista, que era como, a su juicio, ya aparecía diseñada en el Anteproyecto de Constitución.

En cualquier caso, y al margen ya del juicio que merezca esta opción del constituyente, lo que no cabe duda es de que, a la vista de la función asignada al Defensor, la Constitución es coherente consigo misma cuando pone en manos de aquél la legitimación para acudir al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo o de inconstitucionalidad,⁷⁵ opción que tiene como virtualidad más reseñable la de permitir a la institución reaccionar frente a cualquier actuación vulneradora de derechos proveniente de todo poder público.

No es mucho lo que puede decirse en relación a la legitimación para interponer recursos de amparo, que la Ley Orgánica del Tribunal (LOTC) contempla con toda amplitud (artículo 46.1, *a* y *b*), posibilitando tal recurso frente a actos sin valor de ley emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; frente a disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas, y frente a actos u omisiones de un órgano judicial (artículos 42, 43 y 44, LOTC). Ello amplía notablemente el campo de acción de la institución en su función de defensa de los derechos.

En su Informe anual a las Cortes Generales correspondiente al año de 1984, como recuerda Astarloa,⁷⁶ el defensor resaltaba la doble vía por la que accedían a la institución las peticiones de interposición de recurso de amparo constitucional. En unos casos, era el ciudadano el que comparecía directamente ante la institución formulando la pretensión de que la misma ejercitara la legitimación que ostenta para la interposición del recurso. En otros, era el propio Tribunal Constitucional el que remitía al

della Costituzione italiana, Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1978, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 11.

75 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 545.

76 Astarloa Villena, Francisco, *op. cit.*, nota 45, pp. 50 y 51.

defensor dicha petición “en virtud del Acuerdo del Tribunal del 20 de diciembre de 1982 relativo al beneficio de la justicia gratuita en el recurso de amparo”.

Son escasas, sin embargo, las ocasiones en que el defensor interpone efectivamente un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Baste con recordar que entre 1983 y 1991 tan sólo se interpusieron por la institución diez recursos de amparo, circunstancia que se explica por la estimación por el defensor, oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, de que no resultaba viable la acción de amparo.⁷⁷

En cuanto a la legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad, suscita muchas más cuestiones problemáticas.

Si se nos permite el *excursus*, efectuaremos algunas reflexiones previas acerca de la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad y, en conexión con ella, del significado que en cada caso presenta la legitimación activa.

El recurso de inconstitucionalidad es un cauce de impugnación directa de las normas con rango de ley que se orienta a la defensa objetiva del orden constitucional.

En sintonía con la naturaleza de este proceso constitucional, la legitimación activa se atribuye exclusivamente a órganos o fracciones de órganos, en razón de su *status* constitucional y, por tanto, al margen de cualquier pretensión subjetiva o interés propio. Como dijo el Tribunal en uno de sus primeros fallos,⁷⁸ quienes están investidos por la Constitución (artículo 162.1 *a*, CE) y por la Ley (artículo 32, LOTC) de legitimación para promover procesos constitucionales no lo están en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional.

La legitimación del presidente del gobierno tiene un alcance netamente político. En el marco de un sistema parlamentario de gobierno, parece poco previsible el ejercicio de esa acción, quizá con la sola salvedad de gobiernos de coalición, supuesto que podría explicar la legitimación del presidente del gobierno como órgano unipersonal y no del gobierno como órgano colegiado.

77 Defensor del Pueblo, *Informe anual 1998 y debate en las Cortes Generales*, t. I: *Informe*, Madrid, Cortes Generales, 1999. En este Informe, por ejemplo, se hace constar esa inviabilidad de la acción de amparo respecto de las 22 solicitudes de interposición del recurso presentadas por ciudadanos a lo largo de 1998 (p. 731).

78 STC 5/1981, del 13 de febrero, fund. jur. 3o.

Sin embargo, si desde la óptica del enjuiciamiento material, esto es, de la depuración abstracta del ordenamiento jurídico, la legitimación presidencial no tiene mucho sentido, con la salvedad apuntada, desde la óptica del enjuiciamiento competencial, esto es, de la defensa del orden constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, misión que también cumple el recurso de inconstitucionalidad, la legitimación del presidente del gobierno adquiere su plena razón de ser, bien que con un significado diferente: el presidente del gobierno aparece ahora como el garante del ámbito de competencias legislativas del Estado frente a su posible desconocimiento por la legislación autonómica. Y a la inversa, la legitimación de los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y de las Asambleas Legislativas de las mismas aparece como un medio de salvaguarda de su esfera competencial legislativa frente a la ley estatal.

La legitimación que se otorga a 50 diputados y 50 senadores, en definitiva, a una fracción de los órganos legislativos, encuentra su razón de ser en la necesidad de evitar abusos legislativos contrarios a la norma suprema por parte de una mayoría parlamentaria. Se nos presenta de esta forma como un inequívoco instrumento de protección de las minorías parlamentarias, cualificadas por un determinado número, o específica fracción del órgano, considerado constitucionalmente lo suficientemente relevante como para promover el recurso.

En cuanto al defensor del pueblo, su legitimación se funda en razones e intereses más jurídicos que las de los demás órganos o fracciones de órganos, que se vinculan con su muy relevante función constitucional como “alto comisionado de las Cortes Generales”, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución. Ciertamente, de ello no puede inferirse, como el juez de la Constitución ha reconocido,⁷⁹ que la legitimación del defensor del pueblo esté sujeta a límites o condiciones objetivas de ningún género. Dicho de otro modo, la legitimación del defensor para promover un recurso de inconstitucionalidad no puede circunscribirse al ámbito de los fines de la institución, es decir, a la defensa de los derechos comprendido en el título I de la Constitución.

Admitido, pues, que de la Constitución no dimana una suerte de limitación “implícita” que circunscriba en alguna medida la legitimación

79 STC 150/1990, del 4 de octubre, fund. jur. 1o.

del defensor, vinculándola a los fines de la institución, como ha interpretado el Tribunal Constitucional, cabe, sin embargo, plantearse la conveniencia de que, como dice Pérez Calvo,⁸⁰ en tesis que compartimos, intervenga una cierta autolimitación o *self-restraint* a la hora de utilizar este recurso de forma que quedara limitado a la estricta defensa de los derechos que hubieran podido ser violados por disposiciones jurídicas que puedan ser objeto de impugnación por este medio.

No faltan, desde luego, quienes se inclinan por una posición contradictoria con la anterior, como es el caso de Carro,⁸¹ para el que no cabe duda de que la voluntad del constituyente ha sido la de otorgar al defensor del pueblo un papel de defensor de la Constitución al igual que al presidente del gobierno o a las minorías parlamentarias.

Sin embargo, no cabe ignorar que, como significa Caamaño,⁸² la interposición de un recurso de inconstitucionalidad supone siempre entrar en un debate político en cierto modo inconcluso y, por lo tanto, cuestionar la validez constitucional de la ley —por muchas que sean las razones jurídicas que motiven esa decisión— conduce inevitablemente a una toma de partido sobre el debate suscitado entre la mayoría y la minoría parlamentaria. Ello entrañará que el mero hecho de la interposición o no interposición del recurso por el defensor del pueblo se convertirá en un elemento más a sumar a la contienda política entre mayoría y minoría parlamentaria, como revela con meridiana nitidez lo acontecido en el mes de marzo de 2001 con ocasión de la no impugnación por el defensor de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Por ello mismo, y con el fin de limitar el número de casos en que la institución puede verse inmersa en el fragor de la contienda política entre mayoría y minoría parlamentaria, con el consiguiente desgaste para la misma que de ello deriva, convendría, a nuestro entender, que quedara claramente puesto de manifiesto, como canon de actuación del defensor, su autolimitación en este ámbito, de modo tal que su legitimación procesal en el recurso de inconstitucionalidad se circunscribiera al ámbito de los fines de la institución.

80 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 547.

81 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2692.

82 Caamaño Domínguez, Francisco, en el colectivo *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 26.

No creemos en modo alguno que este argumento pueda verse desvirtuado por la concepción, sustentada por algún sector de la doctrina,⁸³ que ve en esta legitimación concedida al defensor una vía de defensa de la constitucionalidad sustitutiva de la iniciativa popular, excluida por la Constitución en este terreno. Varias reflexiones suscita esta concepción.

En primer término, en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, está dentro de la lógica democrática constitucional que no se abuse de los Tribunales Constitucionales apelando a ellos sin suficientes motivos.⁸⁴ Respondiendo a esa lógica, y a la vista de la fracasada experiencia de la Constitución republicana de 1931, en la que, con exagerada amplitud, se admitió la acción popular directa para la interposición de recursos de inconstitucionalidad (artículo 123 de la Constitución y artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de junio de 1933), la Constitución de 1978, con buen sentido, restringió la legitimación para recurrir, prescindiendo de la acción popular. Consecuentemente, a nuestro juicio, en modo alguno cabe ver en la legitimación otorgada al defensor del pueblo una alternativa frente a la acción popular de inconstitucionalidad, llamada a hacer las veces de ésta.

En segundo término, es obvio que cabe dirigir al defensor, por individuos, entes asociativos, sindicatos, partidos políticos... etcétera, requerimientos encaminados a que recurra en vía de inconstitucionalidad cualquier ley que se entienda que conculca derechos constitucionales, pero, como precisara el Tribunal Constitucional,⁸⁵ pese a ser una puntualización innecesaria por obvia y evidente, no está garantizado que toda petición de interposición de un recurso de inconstitucionalidad sea atendida sin más por el defensor. Más aún, esa lógica global de la democracia constitucional a que antes se aludía también ha de ser tenida en cuenta, en cuanto órgano de relevancia constitucional que es, por el defensor del pueblo, lo que debe traducirse en la no interposición de un recurso de inconstitucionalidad cuando entienda que la presunción de constitucionalidad de la ley es suficientemente razonable, al margen ya del número y entidad de los requerimientos que se le formulen para impugnar en sede constitucional una determinada ley.

83 Bar Cendón, Antonio, *op. cit.*, nota 27, p. 353.

84 *Cfr.* al efecto Vega García, Pedro de, *Estudios político constitucionales*, México, UNAM, 1987, pp. 283 y ss.

85 Auto del Tribunal Constitucional 77/1980, del 29 de octubre, fund. jur. 5o.

B. *Ante la jurisdicción ordinaria*

El artículo 26, LODP, legitima al defensor del pueblo para ejercitar la acción de responsabilidad en los siguientes, y un tanto confusos, términos: “El Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito”.

Es indudable que la norma en cuestión se refiere a la responsabilidad civil de autoridades y funcionarios. Su ubicación en un capítulo (el sexto del título II de la LODP) relativo a: “Responsabilidades de las autoridades y funcionarios”, y el hecho de que otras normas del capítulo vengan referidas a otros tipos de responsabilidad (supuestos de responsabilidad penal en el artículo 25.1 y posibles casos de responsabilidad disciplinaria en el artículo 23), parecen no dejar resquicio a la duda en torno a que es la responsabilidad civil la contemplada por el artículo 26 LODP.

A partir de aquí, cabe entender con Carro⁸⁶ que el artículo 26, LODP, es simplemente una norma de carácter procesal que extiende también al defensor del pueblo la legitimación para poder ejercitar la acción de responsabilidad contra autoridades y funcionarios, anteriormente prevista por el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, del 26 de julio de 1957, y hoy contemplada por el artículo 145 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), modificado por la Ley 4/1999, del 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992.

El carácter procesal del artículo 26 de la LODP exige lógicamente atender a la regulación sustantiva de la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas, contemplada por el capítulo segundo (y de modo específico por el ya mencionado artículo 145) del título X, LRJAP, que debe a su vez ser complementado por lo establecido en el capítulo primero del propio título X.

La nueva regulación dada a esta materia por la LRJAP trae su causa de lo establecido por el artículo 106.2 de la Constitución, de conformidad con el cual: “Los particulares, en los términos establecidos por la

86 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2693.

Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, norma que consagraba, al máximo rango normativo, la responsabilidad patrimonial directa de la administración, esto es, con independencia de la culpa o negligencia en que hubiera podido incurrir la autoridad o funcionario, y además, como señalara Garrido Falla,⁸⁷ objetiva, pues no hay que probar necesariamente el mal funcionamiento del servicio público.

En desarrollo de la determinación constitucional, el artículo 139.1 LRJAP, reiterando lo dispuesto por el artículo 106.2, CE, precisa que la lesión habrá de ser consecuencia del “funcionamiento normal o anormal” de los servicios públicos, exigiendo el artículo 139.2, LRJAP, que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

A su vez, el artículo 145.1, LRJAP, dispone: “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo primero de este título, los particulares exigirán directamente a la administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. Ello significa que por la vía del artículo 26, LODP, el defensor puede poner en juego la responsabilidad del Estado y no ya por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, a consecuencia de actuaciones culposas o gravemente negligentes de autoridades y funcionarios, como preveía el artículo 43 de la ya derogada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, sino asimismo como resultante del funcionamiento normal de esos mismos servicios públicos, salvo caso de fuerza mayor.

Quiere ello decir que si con anterioridad a la promulgación de la Ley 30/1992, la acción del artículo 26 LODP podía ejercitarse, como razonaba Carro,⁸⁸ solidariamente contra la administración y sus funcionarios, siempre que se apreciara en éstos culpa o negligencia graves, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, LRJAP, no cabe duda alguna de que dicha acción se ejercitará directamente contra la administración, que a su vez repercutirá de oficio esa responsabilidad so-

87 Garrido Falla, Fernando, “Comentario al artículo 106.2 de la Constitución”, en la obra por él dirigida, *Comentarios a la Constitución*, cit., nota 11, pp. 1467 y ss.; en concreto, p. 1473.

88 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2694.

bre sus autoridades y demás personal a su servicio cuando éstos hubieren incurrido en dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca, tal y como prevé el artículo 145.2, LRJAP.

Innecesario es decir que la legitimación para accionar que el artículo 26, LODP, concede al defensor encuentra su razón de ser en su propia función supervisora de la administración, concebida como instrumento de defensa de los derechos de los ciudadanos

VIII. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN

El artículo 54 de la CE deja inequívocamente claro que el defensor del pueblo puede, de oficio, supervisar la actividad de la administración como medio orientado a su finalidad última: la defensa de los derechos constitucionales del título I. Sin embargo, es evidente que esa actuación de oficio debía compatibilizarse con la actuación a instancia de parte, pues esta última propicia la más eficaz intervención de la institución en el cumplimiento de sus fines. Por lo mismo, la LODP, tras prescribir en su artículo 9.1 que “el Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación...”, parece centrarse en la actuación a instancia de parte, regulando con detalle la tramitación de las quejas, que podrán ser dirigidas al defensor bien por personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo, bien por parlamentarios u órganos de las Cámaras. En ello nos centramos a continuación.

1. *La actuación a instancia de parte*

A. *El acceso al defensor de toda persona con un interés legítimo*

La LODP aborda la regulación de este acceso en su artículo 10.1, que lo contempla con enorme amplitud. A tenor del inciso primero de tal norma: “Podrá dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna”. Tras contemplar tan ampliamente el acceso a la institución, la propia norma trata de garantizar la inexistencia de impedimentos que obstaculicen o impidan dicho acceso. Y a tal efecto dispone que: “No podrán constituir

impedimento para ello la nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una administración o poder público”.

En relación con quienes se encuentren en cualquier centro de detención, internamiento o custodia de las personas, la Ley viene a establecer una garantía adicional en su artículo 16, al vedar, por una parte, cualquier tipo de censura en la correspondencia dirigida al defensor por quienes se hallen en tal situación (artículo 16.1, LODP), y al garantizar de modo específico, por otra, el secreto de las comunicaciones que mantengan dichas personas con el defensor o sus delegados (artículo 16.2, LODP).

Para terminar de facilitar el acceso al defensor, la ley garantiza la gratuidad de las actuaciones de la institución. En efecto, su artículo 15.2 dispone: “Todas las actuaciones del defensor del pueblo son gratuitas para el interesado y no será preceptiva la asistencia de Letrado ni de Procurado. De toda queja se acusará recibo”.

Cabe cuestionarse el por qué de las precisiones expresas que recoge la Ley en su artículo 10.1 en relación con una serie de personas a las que se trata de garantizar más rotundamente su libre acceso a la institución. Gil-Robles⁸⁹ justifica muy razonablemente tal circunstancia cuando señala que si en alguna circunstancia puede concurrir un riesgo mayor de que la persona sea objeto de una injusta actuación administrativa, es precisamente en estos casos, pues en ellos su relación con los entes administrativos es más intensa o se ve aún más constreñida y sometida si cabe que en circunstancias normales.

Aunque no faltaron voces a favor de la individualidad en la presentación de las quejas, a fin de evitar el que grupos de presión encubiertos, partidos, sindicatos, agrupaciones de distinta índole, etcétera, provocasen la instrumentalización política directa de la institución, situándola fuera de su campo propio de actuación y arriesgando su posible desprestigio con una innecesaria y contraproducente politización,⁹⁰ lo cierto es que la Ley ha optado por legitimar a toda persona natural o jurídica siempre que invoque un interés legítimo. Ello nos sitúa ante la necesi-

89 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, p. 89.

90 *Ibidem*, p. 90.

dad de tratar de delimitar la noción de “interés legítimo”, requisito procesal de acceso que ha suscitado juicios encontrados.⁹¹

Vaya por delante que en la apreciación de este requisito no parece que el defensor deba ajustarse a parámetros estrictamente procesales, pues su función no es jurisdiccional, debiendo regirse por el máximo antiformalismo y por la mayor generosidad y flexibilidad en los condicionamientos de acceso. Pero, como bien señalara Gil-Robles,⁹² tales principios deben conjugarse con un razonable criterio de determinación de unos mínimos para dicho acceso. Para evitar que el defensor se convierta en un inútil paño de lágrimas de las más dispares desgracias personales, es preciso que se prevea algún límite en cuanto a la legitimación para acceder en queja al defensor. El mismo autor reduce ese límite a una exigencia fundamental: tener un interés directo en relación con el objeto de la queja. Este razonamiento, que compartimos por entero, es por lo demás, coherente con la práctica mundial en relación con el *ombudsman*, como el propio Gil-Robles recuerda.⁹³

Llegados aquí se impone una reflexión en torno al significado del concepto de “interés legítimo”, mucho más amplio, desde luego, que el de “interés directo” al que antes se aludía, como el Tribunal Constitucional se ha encargado de significar en su amplia doctrina sobre dicho concepto.

Ya en su Sentencia 60/1982, el Tribunal, interpretando el concepto de “interés legítimo”, constitucionalmente acogido por el artículo 162.1, b CE, que, entre otros, habilita para interponer un recurso de amparo a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, fórmula, pues, idéntica a la posteriormente acogida por la LODP, señalaba que el mismo era más amplio que el de “interés directo”.⁹⁴

91 Pérez Calvo (*op. cit.*, nota 51, p. 554) cree que la exigencia del requisito de un interés legítimo en los peticionarios parece responder al intento de construcción de un defensor que busque no tanto la salvaguardia del derecho objetivo, sino fundamentalmente la defensa de los derechos de los ciudadanos. Frente a ello, Carro (*op. cit.*, nota 19, p. 2687) considera que esta exigencia legal coloca al particular en una relación con el Defensor que se quiere hacer semejante a una relación procesal, cuando aquí estamos ante un órgano constitucional cuya función trasciende los distintos círculos de intereses.

92 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, p. 91.

93 *Idem*

94 STC 60/1982, del 11 de octubre, fund. jur. 3o.

Sería, sin embargo, en su Sentencia 62/1983, donde el Tribunal perfilaría el significado de tal concepto. Para el juez de la Constitución,⁹⁵ el concepto de “interés legítimo” hace referencia a la idea de un interés protegido por el derecho, en contraposición a otros que no son objeto de tal protección. Dentro de los intereses protegidos hay que distinguir los de carácter personal, pues en relación a ellos se establece el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Y junto a ellos, los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal. Esta solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, se refleja en la concepción del Estado como social y democrático de derecho, en el que la idea de interés directo, particular, como requisito de legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, que puede o no ser directo.

En otro momento, el Tribunal ha delimitado negativamente el concepto, precisando que no cabe confundir la noción de “interés legítimo” con el interés genérico en la preservación de derechos que ostenta todo ente u órgano de naturaleza política,⁹⁶ para finalizar señalando que para acreditar un “interés legítimo” es suficiente que el recurrente con respecto al derecho fundamental violado se encuentre en una determinada situación jurídico-material identificable, no con un interés genérico en la preservación de derechos, sino con un interés en sentido propio, cualificado y específico.⁹⁷

En definitiva, la categoría “interés legítimo” es más amplia que la de derecho subjetivo y que la de interés directo, identificando un interés protegido por el derecho, que puede o no ser directo, y que se presenta como un interés en sentido propio, cualificado y específico.

Desde luego, como ya se dijo antes, el defensor del pueblo no debe interpretar con parámetros estrictamente procesales este requisito del “interés legítimo”, pero ello no obsta para que, desde una visión anti-formalista, deba apreciar la existencia de unos elementos mínimos de di-

95 STC 62/1983, del 11 de julio, fund. jur. 2o., A.

96 STC 257/1988, del 22 de diciembre, fund. jur. 3o.

97 STC 148/1993, del 29 de abril, fund. jur. 2o.

cha categoría en relación con el objeto de la queja para que la misma pueda ser tramitada.

B. *El acceso al defensor de parlamentarios y órganos de las Cámaras*

El artículo 10.2, LODP, dispone al efecto lo que sigue:

Los Diputados y Senadores individualmente, las Comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos y libertades públicas y, principalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo podrán solicitar, mediante escrito motivado, la intervención del Defensor del Pueblo para la investigación o esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las Administraciones públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en el ámbito de sus competencias.

Esta previsión legal suscita dos tipos de cuestiones distintas. Una, relativa a la conveniencia del acceso a la institución de los parlamentarios individualmente considerados. Otra, relacionada con la razonabilidad de convertir esta vía de acceso en el cauce de acceso al defensor de portadores de intereses difusos o colectivos.

Por lo que hace a la primera cuestión, coincidimos plenamente con Carro⁹⁸ cuando cuestiona la conveniencia y coherencia del acceso al defensor de los diputados y senadores individualmente. En coherencia formal con el artículo 2.2, LODP, que atribuye a la Comisión Mixta Congreso-Senado la función de relacionarse con el defensor, no debiera de haberse contemplado el referido acceso individualizado de parlamentarios. De otra parte, desde una perspectiva más sustancial, si el defensor es el “alto comisionado de las Cortes Generales” en cuanto tales, esto es, de las dos Cámaras que las integran, órganos colegiados, lo más razonable hubiera sido habilitar el acceso a la institución al Pleno de cada Cámara o, por delegación del mismo, a algunos órganos de las mismas, como determinadas comisiones y, particularmente, la Comisión Mixta tantas veces mencionada. Parece fuera de toda duda que el acceso individualizado de diputados y senadores al defensor encierra dentro de sí una latente carga de instrumentación política de la institución.

98 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2688.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, cabe decir que en cuanto el artículo 10.2, LODP, dispone que los parlamentarios, individualmente, o las Comisiones de las Cámaras que menciona, cuando soliciten la intervención del defensor, lo harán instando su investigación de actos y resoluciones administrativos “que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos” la norma legal parece estar abriendo un cauce de acceso a la institución de portadores de intereses difusos o colectivos.⁹⁹

El artículo 29.1, CE, reconoce el derecho de petición de todos los españoles, que podrán ejercer individual o colectivamente. En coherencia con ello, el artículo 49.2 del Reglamento del Congreso de los diputados encomienda a la Comisión de Peticiones de la Cámara el examen de cada petición, individual o colectiva, que reciba el Congreso de los Diputados, pudiendo acordar su remisión, si así procediere, por conducto del presidente de la Cámara, al defensor del pueblo. Algo análogo puede deducirse de la determinación del artículo 193 del Reglamento del Senado respecto de la Comisión de Peticiones de la Alta Cámara.

Quiere todo ello decir que a través de este cauce, una petición formulada por un grupo de ciudadanos —que no ha de reunir inexcusablemente la condición de persona jurídica, pero que sí puede ser portador de un interés difuso— y remitida a una de las Cámaras, puede terminar llegando al defensor del pueblo, circunstancia que puede permitirle encarar frontalmente la defensa de intereses difusos, perfectamente identificables, por lo general, con derechos contemplados por el título I de la Constitución, particularmente por el capítulo tercero del mismo, defensa que, desde luego, en otros casos, podrá instarse por personas jurídicas portadoras de aquellos intereses.

Aunque no han faltado opiniones críticas, como la de Gil-Robles,¹⁰⁰ para quien la defensa de intereses de orden colectivo encuentra en la Constitución y en el ordenamiento cauces sobradamente adecuados como para que no haya necesidad alguna de mezclar directamente y de entrada al defensor en estos menesteres, por nuestra parte, no podemos sino valorar muy positivamente este cauce de tutela abierto por la LODP pues, como en otro lugar ya señalamos,¹⁰¹ la tutela de este tipo de intereses, “difusos” o más bien “de pertenencia difusa”, suscita arduos pro-

99 En tal sentido, Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 555.

100 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, p. 90.

101 Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 287 y ss.

blemas procesales que requieren, como dijera Cappelletti,¹⁰² de una profunda metamorfosis del derecho procesal para evitar que permanezcan prácticamente desprovistos de protección; por lo mismo, todo lo que redunde en una mayor y más eficaz protección de tales intereses nos parece por entero positivo. De ahí nuestro juicio favorable a la posibilidad que abre el artículo 10.2 de la LODP.

C. Requisitos de la queja y plazo de acceso al defensor

La LODP contempla un conjunto de requisitos necesarios para que la queja pueda ser admitida por el defensor. A ellos se refiere el artículo 15.1 de la Ley, a cuyo tenor: “Toda queja se presentará firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado, en papel común...”.

Como es lógico, y en coherencia con el requisito de la identificación, el defensor viene obligado a rechazar todas las quejas anónimas, como expresamente dispone el artículo 17.3, LODP. Por el contrario, la ausencia de fundamentación o motivación de la queja, requisito que late en la exigencia de que la queja se presente “en escrito razonado”, no desencadena de modo automático el rechazo del defensor, pues el artículo 17.3 de la Ley se limita a establecer para tal supuesto la posibilidad de que el defensor la rechace (“El Defensor... podrá rechazar aquellas en las que advierta carencia de fundamento”), lo que hace presuponer la posibilidad de que el defensor pueda requerir de la persona que a él acude la oportuna subsanación del defecto. Por lo demás, el razonamiento o motivación exigida parece requerir un mínimo argumental, con exposición de los hechos y sucinta fundamentación jurídica, concluyendo el escrito con una determinada pretensión que hay que entender implícita en la exigencia del artículo 15.1, LODP de “escrito razonado”, interpretado en conexión sistemática con el artículo 17.3, que prevé como causa de posible rechazo de la queja por el defensor la inexistencia de pretensión.

Como bien razona Pérez Calvo,¹⁰³ el requisito de la pretensión concuerda con la exigencia del interés legítimo en la medida en que dicha pretensión consistirá en la petición hecha al defensor de que se resta-

102 Cappelletti, Mauro, “La protection d’intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la procédure civile”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 571 y ss.

103 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 556.

blezca el derecho conexo al interés legítimo señalado o, quizá, de que al menos no vuelvan a producirse las circunstancias que han podido determinar la ignorancia de un determinado derecho del ciudadano.

La Ley establece el plazo máximo de un año para acceder al defensor. Su artículo 15.1 dispone, efectivamente, que: “Toda queja se presentará... en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma”. El legislador ha optado, en consecuencia, por establecer un plazo preclusivo, opción que nos parece razonable, pues, como dijera Gil-Robles,¹⁰⁴ resulta conveniente reconocer que si el sujeto afectado por la injusticia administrativa lo está realmente, el otorgarle el plazo de un año desde que empieza a sufrir los efectos de la misma hasta que se decida a actuar parece más que razonable; y si cualesquiera circunstancias le impidiesen formular la queja dentro del plazo legalmente establecido, impidiéndole ser actor directo de su queja, siempre le quedaría el cauce de acudir a un diputado o senador para que asumiese su acción.

Ciertamente, como advierte Carro,¹⁰⁵ la fijación de un plazo determinado es reveladora de una cierta concepción procesal de la relación de los ciudadanos con el defensor del pueblo, pero, diríamos nosotros, ni éste es el único elemento revelador de esa concepción procesalista (pensemos en la exigencia de un interés legítimo), ni tan siquiera la funcionalidad de la institución puede ser desvirtuada por la presencia de esos componentes procesales de la relación ciudadanos-defensor.

Por lo demás, ese plazo resulta notablemente relativizado si se atiende al momento de cómputo del mismo, que no es aquél en que acaecieron los hechos, sino aquel otro en que el interesado tuvo conocimiento de los mismos, momento cuya indeterminación puede resultar en ocasiones evidente. Esta circunstancia puede fácilmente conducir a que el defensor, salvo en casos realmente extraños, no rechace nunca una queja por extemporánea, pues ello presupondría la demostración por el defensor de que el interesado conocía los hechos objeto de la queja con anterioridad superior a un año y —hay que presuponer— con anterioridad también al momento en que el quejoso reconoció tener conocimiento de los hechos, labor ardua la mayor parte de las veces y que conduciría a una notable complicación procedimental.

104 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, p. 95.

105 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 2689.

D. *La decisión sobre la tramitación o rechazo de la queja*

Recibida una queja, el defensor viene obligado a registrarla y acusar recibo de la queja formulada, pudiendo al efecto decidir su tramitación o su rechazo.

Son varias las causas que la Ley contempla como justificadoras del rechazo de una queja. A alguna de ellas ya nos referimos con anterioridad, pues se conectan estrechamente con los requisitos que ha de cumplir toda queja. Nos referimos de modo sistemático a todas y cada una de las causas de rechazo de una queja:

En primer término, el defensor ha de rechazar de plano toda queja anónima, pudiendo asimismo rechazar aquéllas en las que advierta carencia de fundamento o inexistencia de pretensión, si bien, en estos casos, parece posible que el defensor pueda dirigirse a quien formula el requerimiento a fin de que subsane esos defectos advertidos en la queja.

En segundo lugar, el defensor puede asimismo rechazar las quejas en las que advierta mala fe, así como aquellas otras cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona.

El artículo 7.1 del Código Civil prescribe que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. La buena fe es una suerte de *standard* jurídico, es decir, un modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado. Consiguientemente, como señala Díez-Picazo,¹⁰⁶ el ejercicio de un derecho subjetivo será contrario a la buena fe cuando se ejercite de una manera o en unas circunstancias que lo hagan desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico. En sintonía con ello, es perfectamente comprensible la facultad que al defensor reconoce la ley de rechazar las quejas en las que advierta mala fe, esto es, una actitud contraria a ese “*standar*” jurídico al que antes nos referíamos.

Junto a la mala fe, el artículo 17.3, LODP, viene a facultar al defensor para que rechace toda queja cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona, o lo que es igual, toda queja que reclame un ejercicio abusivo de un derecho. El artículo 7.2 del Código Civil determina que “la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejerci-

106 Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, vol. I, p. 432.

cio antisocial del mismo”. Y a continuación, la propia norma viene a definir el abuso del derecho como “todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros”. El abuso del derecho es también contemplado en el ámbito procesal por la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 11.2 establece la obligación de los juzgados y tribunales de rechazar fundadamente “las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho”. Es, pues, perfectamente comprensible que el defensor quede plenamente habilitado por la ley para rechazar las quejas cuya tramitación irroque un perjuicio al legítimo derecho de un tercero.

En tercer término, y al efecto de evitar solapamiento entre la actuación de la institución y la de los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional, el artículo 17.2, LODP, dispone que: “El Defensor del Pueblo no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpusiere por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional”. Ahora bien, la Ley discierne entre la vertiente individual de la queja, en cuyo examen no debe entrar el defensor a fin de no solapar su actuación con la de los órganos jurisdiccionales, y la vertiente más amplia, general, del problema sobre la que no pesa dicho impedimento, pues la propia norma legal prevé que la suspensión del examen individual de la queja no impedirá la investigación sobre los problemas generales planteados en tal queja, si bien, como señala Pérez Calvo,¹⁰⁷ parece lógico pensar que el defensor debería abstenerse de examinar incluso los problemas generales aludidos en la queja en la medida en que los Tribunales entren también en el examen de tales problemas supraindividuales por las características de la acción planteada ante ellos (acción popular) o del recurrente legitimado (una asociación defensora de un interés difuso).

El rechazo de una queja exige de un escrito motivado, en el que puede informarse al interesado sobre las vías más oportunas para ejercitar su acción, caso de que el defensor entendiera que hubiese alguna y sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más per-

107 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 558.

tinentes. Carro,¹⁰⁸ con un buen criterio, que compartimos, ha estimado que en este trámite podría introducirse una cierta flexibilidad o simplificación que aligerase la tramitación de las quejas por el defensor, simplificación que podría consistir en excusar la necesidad de motivación en el rechazo de algún tipo de quejas, como las anónimas, que se han de rechazar de plano, bastando con invocar la causa de rechazo, o en limitarse a una sucinta motivación en los restantes supuestos.

En todo caso, la ley es tajante al prever (inciso final de su artículo 17.3) que las decisiones del defensor del pueblo no serán susceptibles de recurso; es decir, el rechazo de una queja no admite impugnación alguna.

2. La actuación de oficio

El artículo 9.1, LODP, faculta al defensor para iniciar y proseguir de oficio cualquier investigación conducente al esclarecimiento de actos y resoluciones administrativas. Esta actuación, a diferencia de la que se sigue a instancia de parte, no está sujeta a plazo alguno. Esta circunstancia puede propiciar que una queja extemporánea pueda, pese a ello, dar lugar a una investigación por parte de la institución, que en este caso actuaría de oficio.

La opinión doctrinal es coincidente en la consideración de que la posibilidad legal de que el defensor actúe de oficio es uno de los factores que más puede contribuir a dotar al defensor de una amplia autonomía y de un amplio campo de maniobra con vistas al desempeño de su función.

Esta actuación de oficio es, en todo caso, fruto de la convicción a la que ha llegado la defensoría acerca de una posible irregularidad en la actuación administrativa con incidencia sobre los derechos del título I, con independencia ya de cual sea el elemento de convicción. A ello se reduce la actuación de oficio en nuestro país, bien que, como recuerda Fairén,¹⁰⁹ en algún otro país, cual sucede en Israel, esta actuación de oficio es fruto de la imposición legal. Así, en Israel, la Ley de Instrucciones impone al *ombudsman*, como una de sus principales obligaciones, la realización de inspecciones anuales o cada determinado periodo de tiempo, lo que no es de recibo en España, en donde no existe una obligación

108 Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, nota 19, pp. 2689 y 2690.

109 Fairén Guillén, Víctor, “¿Posibilidad y conveniencia de introducir a los ‘*ombudsmänner*’ en los ordenamientos jurídicos de naciones de habla ibérica?”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 14, marzo-abril de 1980, pp. 21 y ss.; en concreto, p. 32.

legal de que el defensor lleve a cabo inspecciones o controles predeterminados cada cierto tiempo. Ciertamente, la realización de estos controles programados podría complementar las investigaciones aleatoriamente realizadas por el defensor, a instancias de los ciudadanos, pero, en cualquier caso, de llevarse a cabo responderían a la libre decisión del defensor y no a la existencia de un mandato legislativo en tal sentido.

Innecesario es decir que la mayor capacidad de maniobra que confiere al defensor su actuación de oficio tiene como contrapartida su mayor responsabilidad en el ejercicio de su función; consiguientemente, no parece inoportuno sostener que, puesto que no existe un mandato legislativo que obligue al defensor a realizar periódicamente determinadas inspecciones sobre, por ejemplo, el funcionamiento de los servicios públicos, la iniciación de oficio de su actuación supervisora habrá de presuponer el conocimiento por la defensoría de una irregularidad administrativa con incidencia sobre los ciudadanos.

IX. LA ACTUACIÓN INVESTIGADORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. *El procedimiento de tramitación de las quejas*

El artículo 18.1, LODP, comienza señalando que “admitida la queja, el Defensor del Pueblo promoverá la oportuna investigación sumarial e informal para el esclarecimiento de los supuestos de la misma”. Se inicia así, como bien significa Gil-Robles,¹¹⁰ un procedimiento de naturaleza distinta y autónomo a cualquier otro que se sustancie en esos terrenos, que ha de venir informado por los principios de antiformalismo y sumariedad, principios que, como ya se ha advertido, presiden toda la actuación de la institución. En coherencia con la peculiar naturaleza del procedimiento, el mismo no debe afectar ni a la ejecutoriedad de los actos y resoluciones administrativas, ni menos aún puede suponer una sustitución, suspensión o ampliación de las vías y plazos para recurrir los mismos, entre otras razones, porque los principios procedimentales que presiden la actuación del defensor han de compaginarse de modo inexcusable con el principio de seguridad jurídica.

Innecesario es decir que aunque el artículo 18.1, LODP, menciona los principios referidos en relación con las quejas, esto es, con la actuación

110 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, pp. 124 y 125.

del defensor a instancia de parte, lo mismo puede sostenerse respecto de aquellas actuaciones que inicie la institución de oficio.

El carácter llamémosle “informal” de la investigación no obsta para que la Ley precise algunas reglas procedimentales mínimas que, como bien dice Pérez Calvo,¹¹¹ tienden a proporcionar unas ciertas garantías en relación con la administración y sus funcionarios, con los propios peticionarios o con la investigación misma.

La Ley, siguiendo la tesis de Gil-Robles,¹¹² quien consideraba necesario distinguir entre dos tipos de quejas: la queja sobre el “funcionamiento del servicio” y la dirigida exclusivamente a poner de manifiesto la conducta incorrecta o impropia del funcionario, diferencia, efectivamente, entre las que bien podrían denominarse la “queja del servicio” y la “queja sobre el funcionario”.

A. La queja sobre el funcionamiento del servicio

El artículo 18.1, LODP, se refiere a este supuesto, normando los pasos a seguir en la investigación que se inicia a partir de una queja referida a la actividad de un organismo o dependencia administrativa, actividad normalmente prestacional de un servicio público.

En este caso, el defensor ha de dar cuenta del contenido sustancial de la solicitud al organismo o dependencia administrativa de que se trate a fin de que por su jefe, en el plazo máximo de quince días, ampliable cuando concurren circunstancias que lo aconsejen a juicio del defensor, se remita informe escrito al defensor. Como puede apreciarse, el defensor ha de respetar el principio jerárquico que rige la organización de la administración, pues debe dirigirse al jefe de la dependencia administrativa de que se trate; ello no obstante, cuando la investigación así lo requiera, el defensor podrá desvincularse del principio jerárquico, tal como se prevé, por ejemplo, en el artículo 19.2 de la Ley, que faculta al defensor, o a la persona en quien delegue, para personarse en una dependencia y llevar a cabo las entrevistas personales que entienda pertinentes.

La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables al envío del informe inicial solicitado podrá ser considerada por

111 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 559.

112 Gil-Robles, Álvaro, *op. cit.*, nota 16, pp. 125.

el defensor, de conformidad con lo establecido por el artículo 18.2, LODP, como hostil y entorpecedora de sus funciones, lo que desencadenará una doble consecuencia: la inmediata publicidad de tal actitud hostil y la inserción en su Informe anual o especial, en su caso, a las Cortes Generales de tal conducta hostil y obstructiva.

El legislador ha querido dar a esta conducta, entorpecedora de la función supervisora de la actividad administrativa que ha de llevar a cabo el defensor, una enorme trascendencia. De ello da buena idea el hecho de que sólo en este supuesto la Ley no considere necesaria la persistencia en la actitud de hostilidad para tildar o tipificar de “hostil” y “entorpecedora” tal actitud. En efecto, cabe recordar que, con carácter general, el artículo 24.1, LODP, dispone que “la persistencia en una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación del Defensor del Pueblo por parte de cualquier organismo, funcionario, directivo o persona al servicio de la administración pública podrá ser objeto de un informe especial, además de destacarlo en la sección correspondiente de su Informe anual”. Como puede apreciarse, junto a la actitud hostil o entorpecedora, la Ley exige la persistencia de la misma. Sólo cuando confluyan ambas circunstancias el defensor habrá de hacerse eco, formalmente, de esa actitud obstructiva. Al no exigir el artículo 18.2, LODP, ese elemento de la “persistencia” para tipificar de “hostil” la actitud del servidor público, la Ley está considerando como un hecho realmente grave la negativa de dicho servidor público a remitir el informe requerido a la institución. Bien es verdad que esa calificación de “hostil” no es automática, pues la Ley deja en manos del defensor la adopción de la decisión correspondiente, fórmula flexible que permite al defensor ponderar todas las circunstancias dignas de ser atendidas en cada caso.

De la importancia y trascendencia, incluso penal, de esta conducta obstructiva por parte de un funcionario, autoridad administrativa o persona al servicio de la administración da buena prueba la previsión del texto inicial del artículo 24.2, LODP, derogado por la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. En su redacción primigenia, tal precepto tipificaba como delito de desobediencia la actuación del funcionario que obstaculizare la investigación del defensor mediante la negativa o negligencia en el envío de los informes que éste solicitara, o en facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación.

B. *La queja sobre el funcionario*

El artículo 20.1, LODP, contempla este supuesto. A tenor del mismo, “cuando la queja a investigar afectare a la conducta de las personas al servicio de la administración, en relación con la función que desempeñan, el Defensor del Pueblo dará cuenta de la misma al afectado y a su inmediato superior u organismo de quien aquél dependiera”. Como bien razona Pérez Calvo,¹¹³ el hecho de que el defensor deba poner al corriente de la queja al superior jerárquico de la persona afectada parece responder al objetivo de permitir que sea la propia administración la que resuelva el problema a través de sus propios mecanismos internos.

En cualquier caso, el artículo 20.2, LODP exige que el afectado por la queja al que se hubiere dirigido el defensor, responda por escrito, aportando cuantos documentos y testimonios considere oportunos, en el plazo que se le haya fijado, que en ningún caso será inferior a diez días, pudiendo ser prorrogado, a instancia de parte, por la mitad del concedido.

El defensor, a su vez, podrá comprobar la veracidad de la información remitida por la persona afectada, así como proponerle una entrevista orientada a la ampliación de datos. Si el afectado se negare a ello podrá ser requerido por el defensor para que manifieste por escrito las razones que justifiquen su decisión.

El último apartado del artículo 20, LODP, precisa que la información que en el curso de una investigación pueda aportar un funcionario a través de su testimonio personal tendrá el carácter de reservada, sin perjuicio de lo que dispone la LECr sobre la denuncia de hechos que pudiesen revestir carácter delictivo, previsión ésta que debe ponerse en conexión con lo dispuesto por el artículo 25.1 de la propia Ley, de acuerdo con el cual, cuando el Defensor, en razón del ejercicio de las funciones propias del cargo, tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos lo pondrá de inmediato en conocimiento del fiscal general del Estado.

2. *Las facultades de inspección del defensor*

La Ley ha tratado de poner a disposición del defensor un conjunto de facultades de inspección revestidas de indudable carácter coactivo a fin de convertir en realmente operativa la función supervisora que

113 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 564.

corresponde cumplir al defensor. Sintomática de esta pauta legal es la prescripción del artículo 19.1, a cuyo tenor: “Todos los poderes públicos están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones”. La norma, con una proyección realmente expansiva, pues se dirige a “todos los poderes públicos”, no sólo establece un mandato de colaboración con el defensor, sino que prioriza tal colaboración al otorgarle “carácter preferente y urgente”. Este principio general de colaboración obligatoria y preferente con el defensor es particularizado en otras normas distintas de la propia Ley.

La primera de esas normas es la del artículo 19.2, LODP. De acuerdo con el mismo, en la fase de comprobación e investigación de una queja o en expediente iniciado de oficio, el defensor del pueblo, su adjunto, o la persona en quien él delegue, “podrán personarse en cualquier centro de la administración pública, dependientes de la misma o afectos a un servicio público, para comprobar cuantos datos fueren menester, hacer las entrevistas personales pertinentes o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria”. Esta facultad inquisitiva del defensor, que ejerce por sí o, como debe ser la regla habitual, por persona interpuesta en la que previamente haya delegado, se manifiesta en una triple actividad: comprobación de datos; realización de entrevistas, quebrando aquí el principio jerárquico de la administración, como ya en un momento precedente señalábamos, y estudio directo de los expedientes y documentación que se considere necesaria para el correcto desarrollo de la función inspectora. En relación con esta última actividad, el artículo 19.3, LODP, establece una importante garantía, al impedir que, a los efectos de la investigación que lleve a cabo el defensor, pueda negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación sin perjuicio de las previsiones específicas que el artículo 22, LODP, establece en relación con los documentos reservados.

La Ley establece otra garantía de más amplio calado encaminada a impedir que pueda verse paralizada una investigación llevada a cabo por la institución por mor de las órdenes que pudiera recibir cualquier servidor público de su superior jerárquico u organismo al que pertenezca en el sentido de prohibirle llevar adelante la colaboración requerida por el defensor. A tal efecto, el artículo 21, LODP, dispone que “el superior jerárquico u organismo que prohíba al funcionario a sus órdenes o ser-

vicio responder a la requisitoria del defensor del pueblo o entrevistarse con él, deberá manifestarlo por escrito, debidamente motivado, dirigido al funcionario y al propio Defensor del Pueblo”. La consecuencia de esta decisión del superior jerárquico no es la paralización de la investigación, sino, bien al contrario, la asunción por el superior jerárquico de la labor de colaboración con el defensor que inicialmente había de asumir su subordinado. El inciso final del mismo artículo 21, LODP, no deja resquicio a la duda cuando prevé: “El Defensor del Pueblo dirigirá en adelante cuantas actuaciones investigadoras sean necesarias al referido superior jerárquico”. Esta solución parece pensada para conciliar las exigencias del principio jerárquico administrativo y los inexcusables requerimientos legales de colaboración con el defensor.

A modo de complemento de las facultades de inspección e investigación del defensor, la ley le facilita la posibilidad de utilizar ciertos medios coactivos con la doble y complementaria finalidad de fortalecer su posición frente a la administración, garantizando su capacidad inquisitiva. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a tales medios en un momento anterior. Nos limitaremos, pues, a hacer una breve síntesis de los mismos.

Frente a la actitud, persistente o no según los casos, de no colaboración con la función inquisitoria del defensor por parte de un organismo, funcionario, directivo o persona al servicio de la administración pública, al defensor le cabe ejercer una facultad coactiva que, en orden a su progresivo endurecimiento, presenta tres niveles diferentes: 1) la calificación de la actitud del organismo o persona en cuestión de “hostil” o “entorpecedora de la labor de investigación del Defensor”, calificación que en ciertos casos (los del artículo 18.2, LODP) puede ser hecha pública de inmediato; 2) la recepción de tal calificación de hostilidad en la sección que corresponde de su Informe anual a las Cortes Generales, y 3) la elaboración y posterior remisión a las Cortes de un Informe especial relativo a esa actitud obstructiva de la investigación. Innecesario es subrayar la muy negativa trascendencia que para el organismo o persona afectada por esa calificación de hostilidad frente al defensor puede tener el ejercicio por éste de esas facultades coactivas que le reconoce la ley.

Por otro lado, no puede dejar de recordarse que la derogación por el Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, del artículo 24.2, LODP, en un momento precedente mencionado, ha dado paso a la tipificación por el artículo 502.2 del citado Código de aquella conducta de

autoridad o funcionario que obstaculice la investigación del defensor del Pueblo u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaran o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación. Tales personas son castigadas como reos del delito de desobediencia, que en forma análoga ya tipificara el citado artículo 24.2 del texto originario de la LODP.

Hemos de ocuparnos, en último término, de las particularidades que la Ley establece respecto a aquellas investigaciones que lleva a cabo el defensor que exijan la consulta y examen de documentos calificados como “reservados”. A ello dedica la norma legal el capítulo quinto de su título II, integrado por un único artículo, el artículo 22.

Las amplias facultades de inspección de que goza el defensor le permiten proceder al estudio “de los expedientes y documentación necesaria” (artículo 19.2, LODP), esto es, la documentación que el propio defensor considere necesaria a efectos de poder llevar a término su investigación. En sintonía con ello, el artículo 22.1 de la Ley dispone que el defensor “podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos aquéllos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la Ley”. Quiere ello decir que la Ley parte de la regla general del acceso indiferenciado del defensor a todo tipo de documentos, aún los clasificados como “secretos”. Ello no obstante, el propio artículo 22.1, LODP, prevé una posible excepción frente a esa regla general, al contemplar la no remisión al defensor de documentos “secretos”, que, en todo caso, habrá de ser acordada por el Consejo de Ministros, debiendo remitirse a la institución una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio. Ante esta circunstancia y cuando el defensor entendiere que un documento declarado “secreto” y no remitido por la administración pudiera afectar de forma decisiva a la buena marcha de su investigación, la Ley le abre una última posibilidad, que desde luego no se traduce en principio en el acceso al documento en cuestión: el defensor lo pondrá en conocimiento de la Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con la institución.

La Ley, como regla general de toda investigación, establece el principio de reserva. En efecto, a tenor de su artículo 22.2, “las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verificarán dentro de

la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos”. Dicha reserva se establece, como es lógico, “sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus Informes a las Cortes Generales”.

El principio de reserva ha de ser especialmente protegido en relación con los documentos reservados. Así lo dispone el inciso final del artículo 22.2, LOPD, a cuyo tenor: “Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos”. La norma no fija en qué han de consistir tales medidas, habiendo de entenderse que será el propio defensor, en principio, quien haya de adoptarlas de modo efectivo, lo que viene exigido por la propia naturaleza de esa documentación calificada.

X. LAS POSIBLES RESOLUCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Las resoluciones que la ley permite adoptar al defensor del pueblo se hallan, como no podía ser de otra forma, en estrecha conexión con la peculiar naturaleza de la institución, que ya calificamos como magistratura de persuasión y que también podría tildarse como magistratura de opinión, complementando la anterior caracterización. Ello se traduce en que sus resoluciones carecen de fuerza vinculante desde el punto de vista jurídico. Como señala Pérez-Ugena,¹¹⁴ el defensor carece de la facultad de *coertio* consustancial a cualquier órgano jurisdiccional. Bien es verdad que la adecuada comprensión de la institución exige tener en cuenta que su falta de *potestas* puede verse contrapesada por su *auctoritas*, tal y como en un momento anterior tuvimos oportunidad de señalar. Como significa Fairén,¹¹⁵ esta *auctoritas* no la han conseguido los *ombudsmänner* sino por su permanente contacto con el pueblo y con la administración; se basa, en buena medida, en un “darse a conocer” como defensor de los derechos frente a las interpretaciones o prácticas administrativas que los ignoren o conculquen.

El común denominador de las medidas a adoptar por el defensor reside, como bien señala Pérez Calvo,¹¹⁶ en la excitación, por intermedio de

114 Pérez-Ugena y Coromina, María, *op. cit.*, nota 21, p. 121.

115 Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, nota 48, t. II, p. 30.

116 Pérez Calvo, *op. cit.*, nota 5, p. 565.

las mismas, de un proceso sobre el que, en último término, habrá de decidir otro órgano: el Tribunal Constitucional, cuando recurra en vía de inconstitucionalidad o de amparo; los Tribunales, cuando ejercite la acción de responsabilidad; el fiscal general del Estado, cuando el defensor le ponga en su conocimiento conductas o hechos presuntamente delictivos de los que haya conocido en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo; las administraciones públicas, cuando el defensor les formule advertencias o recomendaciones, y las propias Cortes Generales, cuando el defensor les remita su Informe anual o, en su caso, un Informe extraordinario, o cuando les sugiera la modificación de aquellas normas legales que a su juicio puedan provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

Estos rasgos generales son comunes a todas las medidas del defensor; sin embargo, cada una de ellas presenta a su vez características propias a las que vamos a referirnos a continuación.

En sus relaciones con las administraciones públicas, el defensor del pueblo, siempre con ocasión de sus investigaciones, puede formular a las autoridades y funcionarios “advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas” (artículo 30.1, LODP). Como puede apreciarse, la Ley utiliza una terminología plural e imprecisa. Ciertamente, pueden establecerse distinciones y matices entre las formulaciones que el defensor puede dirigir a las autoridades administrativas; así, por poner algún ejemplo, la advertencia parece encerrar un cierto carácter coercitivo, ausente en la recomendación, mientras que los recordatorios de los deberes legales parecen presuponer una infracción de las obligaciones legales en relación con los administrados. Ello no obstante, el conjunto de estas resoluciones puede reconducirse a la más amplia figura de la Recomendación, que de alguna manera puede englobar en su contenido advertencias, recordatorios y sugerencias.

La Ley (artículo 30.1, inciso final) establece como regla preceptiva general la obligación de las autoridades y funcionarios a los que el defensor haya dirigido una determinada Recomendación de responder por escrito en término no superior al de un mes. La norma no precisa el sentido de esa respuesta, pero hay que entender que en la misma la autoridad o funcionario habrá de manifestarse en torno a la Recomendación que le ha sido formulada.

A partir del momento de formulación de la Recomendación se abre un periodo de tiempo indeterminado, respecto del cual la Ley se limita a hablar de “un plazo razonable”, razonabilidad sobre la que lógicamente corresponderá decidir al defensor, periodo en el que pueden producirse dos circunstancias: una, que la autoridad administrativa afectada adopte la medida adecuada a la Recomendación que le ha sido dirigida o, en su caso, que informe al defensor acerca de las razones que estime para no adoptarla, y otra, que dicha autoridad no adopte medida alguna ni informe al defensor del por qué de su abstención.

En el primer supuesto, el defensor, a tenor de lo establecido por el artículo 31.1, LODP, debe de informar al interesado, esto es, a la persona que formuló la queja que dio lugar al inicio de actuaciones por el defensor, del resultado de sus investigaciones y gestión, así como de la respuesta que hubiese dado la administración o funcionario implicados, salvo en el caso de que éstas, por su naturaleza, fuesen consideradas como de carácter reservado o declaradas secretas.

En el segundo caso, el defensor dispone de una suerte de poder de persuasión que dimana de la posibilidad que tiene de dirigirse al vértice jerárquico superior de la administración correspondiente. En efecto, a tenor del artículo 30.2, LODP, el defensor del pueblo “podrá poner en conocimiento del Ministro del Departamento afectado, o sobre (más bien habría que decir ‘o de’) la máxima autoridad de la administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas”. Hay que presuponer que esa capacidad del defensor de dirigirse a la autoridad jerárquicamente superior, al máximo nivel, debe de ejercer una cierta persuasión sobre la autoridad inferior o funcionario afectado por la recomendación del defensor.

La Ley aún prevé una última alternativa, pensada para el supuesto de que el defensor tampoco obtuviera una justificación adecuada del ministro o máxima autoridad de la administración afectada, alternativa que entraña asimismo un poder de persuasión sobre el ministro o autoridad administrativa que ocupe el vértice superior de la administración afectada. Se trata ahora de la inclusión del asunto en cuestión que el defensor habrá de hacer en su Informe anual o especial a las Cortes Generales. El asunto se deberá incluir “con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud, entre los casos en que considerando el defensor del pueblo que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido” (artículo 30.2, inciso final, LODP). La

norma no exige la inclusión automática del asunto en su Informe anual; eso parece sugerir al menos la última dicción de la misma, que parece dejar en manos del defensor tal decisión, que incluirá el asunto en su Informe, con inclusión de los nombres de autoridades y funcionarios, cuando considere “que era posible una solución positiva” a la recomendación que hubiere formulado.

En coherencia con la obligación general que recae sobre el defensor de notificar los resultados de sus actuaciones, conviene decir que al igual que ha de realizar esa notificación a la persona natural o jurídica que formuló la queja, como antes se dijo, ha de llevar a cabo idéntica notificación cuando su intervención se hubiere iniciado a instancias de un parlamentario o Comisión de una de las Cámaras, debiendo informar a aquél o a ésta, al término de sus investigaciones, de los resultados alcanzados, y de igual forma, cuando hubiere decidido no intervenir, supuesto en el que habrá de razonar su desestimación, tal y como exige el artículo 31.2 de la LODP.

Junto a las Recomendaciones a que, con carácter general, se refiere el artículo 30.1, LODP, la Ley contempla otras posibles resoluciones por parte del defensor del pueblo. Son éstas, en síntesis, las siguientes:

a) El defensor, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la administración pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos, tal y como prevé el artículo 28.1, LODP. Estamos ante una Recomendación en la que hay que presuponer que el defensor, a partir de una actuación administrativa concreta objeto de una queja, con base en una labor de abstracción y generalización, llega a la conclusión de que la causa de la irregularidad administrativa perjudicial para el ciudadano no es imputable tanto al funcionario como a la norma en que éste ha fundamentado su actuación. En coherencia con ello, el defensor sugiere modificar los criterios utilizados para la producción de actos y resoluciones administrativas, o lo que es lo mismo, la reforma de las normas en que se apoya la producción de aquellos actos y resoluciones.

A análoga Recomendación puede dar lugar el hecho de que el defensor, como consecuencia de sus investigaciones, llegue al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, supuesto en el que el artículo 28.2, LODP, habilita al defensor para sugerir a la administración la modificación de la norma en cuestión.

b) En un supuesto semejante al que acaba de mencionarse, esto es, que el cumplimiento riguroso de una norma, en este caso legal, genere situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, el defensor del pueblo puede dirigir una Recomendación “al órgano legislativo competente” (artículo 28.2, LODP), esto es, a las Cortes Generales, caso de tratarse de una ley estatal; a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, caso de tratarse de una ley autonómica, o incluso habría que pensar que también al gobierno, caso de tratarse, por ejemplo, de un decreto-ley.

Esta capacidad del defensor podía manifestarse incluso a través de la propuesta dirigida a las Cortes Generales, mediante informe razonado, de modificación de su propia Ley reguladora, para lo que la Disposición Transitoria de la LODP fijaba un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la propia Ley.

c) Cabe finalmente otra modalidad de Resolución, esta vez instando de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción con ocasión de la prestación irregular de servicios públicos por particulares. Como ya vimos, el artículo 9.2 de la LODP extiende las atribuciones de la Defensoría a cualquier persona que actúe al servicio de las administraciones públicas, actuación que suele manifestarse en la prestación de algún servicio público. Por ello, el artículo 28.3 dispone que “si las actuaciones se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el defensor del pueblo podrá instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción”. Como fácilmente puede constatarse, se trata de una manifestación particularizada de las Recomendaciones a que genéricamente alude el artículo 30.1 de la LODP, a las que ya nos referimos en detalle, pues, en buena medida, de lo que se trata es de una suerte de recordatorio de los deberes legales que pesan sobre las autoridades administrativas. Por lo mismo, cabe pensar que la individualización de esta Resolución del defensor por la LODP se justifica por venir referida la actuación del defensor a servicios públicos prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante.

XI. LOS INFORMES A LAS CORTES GENERALES

El derecho comparado nos muestra la existencia de una obligación generalizada por parte de los *ombudsmen* de elaborar un “informe anual” dirigido al Parlamento en el que se han de recoger las actividades desarrolladas por el defensor, Informes que, como recuerda Fairén,¹¹⁷ son muy apreciados por el público en general y por los juristas en especial, pues en ellos se halla el modo de pensar y de interpretar las normas de alguien que, siempre a juicio de Fairén, se halla muy de cerca del legislador, circunstancia que propicia que incluso los Tribunales los tengan muy en cuenta.

También el derecho comparado muestra cómo junto a los “Informes generales anuales” al Parlamento, los *ombudsmen* están capacitados para dirigir al Poder Legislativo “Informes especiales” sobre casos extraordinarios en cualquier momento.

Bien es verdad que en algunos casos, porcentualmente no en exceso significativos,¹¹⁸ el Informe no se presenta ante el Parlamento, sino ante otro órgano, como el jefe del Estado o el gobierno. No faltan supuestos, así el del *médiateur* francés, en los que la rendición de cuentas que de alguna manera trasluce el Informe es doble, habiendo de presentarse dicho Informe ante el Parlamento y ante el presidente de la República.

En España, el artículo 54 de nuestra norma suprema se hace eco de esa necesaria dación de cuentas a las Cortes Generales por parte del defensor del pueblo, lo que conforma a ésta como una verdadera obligación constitucional que pesa sobre el titular de la institución.

En desarrollo de la determinación constitucional, la Ley Orgánica 3/1981 dedica un capítulo (el tercero del título III) a regular el “Informe a las Cortes”, rótulo del propio capítulo (artículos 32 y 33).

El Informe a las Cortes presenta diferentes significados. En primer término, es claro que se nos presenta como una rendición de cuentas que el alto comisionado de las Cortes Generales rinde a las propias Cámaras, circunstancia en la que La Pergola¹¹⁹ ve un índice de la relación fiduciaria que a juicio de ese autor, no compartido por nuestra parte, como ya se expuso, media entre el defensor y el Legislativo. En segundo lugar, la publicidad que acompaña a los Informes del defensor supone trasladar al

117 Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, nota 36, p. 1528.

118 *Cfr.* al efecto, Pérez-Ugena y Coromina, María, *op. cit.*, nota 21, pp. 256 y 257.

119 La Pergola, Antonio, *op. cit.*, nota 2, p. 80.

conocimiento público la patología de las actuaciones administrativas en relación con los derechos y libertades constitucionales; ello presupone un nuevo instrumento de persuasión frente a aquellas actuaciones viciadas, disfuncionales o injustas que son públicamente denunciadas por el defensor del pueblo. En tercer término, los informes suponen, como señalara Oehling,¹²⁰ una suerte de “radiografía social” de lo que constituyen las preocupaciones de nuestros compatriotas, en especial en sus relaciones con las administraciones públicas, habiendo llegado algunos medios de comunicación a tildarlos de “memorial de agravios del pueblo español”. Finalmente, en cuanto en los últimos Informes anuales se abordan monográficamente una serie de temas de especial trascendencia social, bien por el elevado número de personas afectadas, bien por su especial conexión con los derechos constitucionales, propiciando una detenida toma de postura por parte de la institución frente a tales problemas, ello entraña la formulación a las Cámaras y a los demás poderes públicos de un conjunto de sugerencias encaminadas a la búsqueda de soluciones urgentes y eficaces con las que enfrentar y paliar los referidos problemas.

El artículo 32.1 de su propia Ley Orgánica dispone que el defensor habrá de presentar su Informe anual ante las Cortes Generales “cuando se hallen reunidas en periodo ordinario de sesiones”. La Ley no precisa el momento concreto de presentación, si bien es obvio que éste se habrá de producir meses después de transcurrido el periodo anual.¹²¹

El artículo 33.4 de la Ley establece asimismo que el defensor habrá de exponer oralmente un resumen del Informe ante los Plenos de ambas Cámaras, pudiendo intervenir los grupos parlamentarios a efectos de fijar su postura, norma que encuentra su reflejo en el artículo 200.1 del Reglamento del Congreso, complementado por la Resolución de la presidencia del Congreso sobre tramitación ante el Pleno de los informes anuales o extraordinarios del defensor del pueblo, del 21 de abril de 1992, y que ha de ponerse asimismo en conexión con el artículo 183 del Reglamento del Senado, desarrollado en este punto por la Resolución de

120 Oehling Ruiz, Hermann, *op. cit.*, nota 8, p. 82.

121 Circunscribiéndonos a los dos últimos Informes, recordaremos que el correspondiente a 1998 fue presentado ante la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo en sesión celebrada el 29 de junio de 1999, mientras que el relativo al año 1999, fue presentado ante la misma Comisión en sesión celebrada el 8 de noviembre de 2000.

la presidencia de Alta Cámara, sobre tramitación ante el Pleno de la Cámara de los Informes del Defensor del Pueblo, del 28 de abril de 1992.

Las resoluciones de la presidencia de cada Cámara establecen las mismas reglas de procedimiento para la sesión plenaria en la que se ha de exponer el Informe del defensor, reglas que pueden reconducirse a las siguientes: exposición por el defensor de un resumen del Informe; inicio de las deliberaciones una vez ausente aquél; intervención, por tiempo máximo de quince minutos, de un representante de cada grupo parlamentario para fijar su posición ante el mismo, no pudiendo presentarse con motivo de este asunto propuestas de resolución, sin perjuicio de las iniciativas reglamentarias que puedan proponerse.

La norma legal prevé, finalmente (artículo 32.3), que los Informes anuales y, en su caso los extraordinarios, habrán de ser publicados. Fairén¹²² se ha mostrado partidario de que la publicidad que presupone la publicación se produzca antes de su presentación al Parlamento. A juicio del citado autor, el defensor del pueblo debe asumir las responsabilidades de su trabajo, publicándolo antes de presentarlo a las Cámaras, publicación que habría de ser de tipo general y, por lo mismo, destinada al gran público. No estamos convencidos de la operatividad de esta publicidad previa que, por lo demás, no se produce por cuanto la publicación de tales Informes se lleva a cabo por las Cortes Generales, en unión del debate parlamentario que ha tenido lugar en cada Cámara inmediatamente después de la presentación del informe por el defensor y, por lo mismo, con ulterioridad a dicha presentación.¹²³

En cuanto al contenido del Informe, el artículo 32.1 de su Ley Orgánica, con carácter general, establece como finalidad primigenia del Informe la dación de cuentas anual a las Cortes de la gestión realizada, a cuyo efecto el artículo 33.1 precisa que el defensor dará cuenta “del número y tipo de quejas presentadas; de aquéllas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de la misma, con especificación de las sugerencias o recomendaciones admitidas por las administraciones públicas”.

Aunque la previsión del artículo 33.1 de la Ley, en conexión con la del propio artículo 54 de la Constitución, que parece circunscribir la da-

122 Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, nota 48, t. II, p. 34.

123 Pueden confrontarse los dos últimos Informes publicados correspondientes a los años 1998 y 1999, 2 vols. En cada caso, Madrid, Cortes Generales, 1999 y 2001, respectivamente.

ción de cuentas a las Cortes Generales a la función fiscalizadora de la actividad de la administración llevada a cabo por el defensor, pudiera conducir a entender, como hace Pérez Calvo,¹²⁴ que el contenido obligatorio del Informe queda delimitado únicamente a las actuaciones del defensor en relación con la administración, quedando a la discreción del defensor el informar, por ejemplo, de los recursos que hubiera podido plantear ante el Tribunal Constitucional, una interpretación no tanto formal, sino material, del precepto constitucional y del artículo 32.1 de la Ley, deben conducirnos a entender la existencia de una obligación material por parte del defensor de dar cuenta a las Cortes Generales de todas aquellas actuaciones llevadas a cabo por el mismo en orden al cumplimiento de la función que constituye su verdadera razón de ser: la defensa de los derechos constitucionales, lo que se expande también a los recursos de inconstitucionalidad o de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional. La *praxis* corrobora esta apreciación por cuanto en los Informes del defensor se contemplan tanto los recursos presentados como las solicitudes de interposición de recursos de amparo.

El artículo 33.2 de la Ley Orgánica de la institución acoge una delimitación negativa del contenido de estos Informes al prescribir que “en el Informe no constarán datos personales que permitan la pública identificación de los interesados en el procedimiento investigador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24.1”, norma esta última que, como ya vimos, permite publicitar la persistencia de una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación del defensor por parte de cualquier organismo, funcionario, directivo o personal al servicio de la administración pública.

La limitación en cuestión, que encuentra un antecedente próximo en la norma francesa reguladora del *médiateur*, supone un obstáculo importante frente al carácter de “magistratura de persuasión” con que se nos presenta el defensor; ciertamente, la persistencia en una actitud de hostilidad o de entorpecimiento de la labor fiscalizadora del defensor por parte de un funcionario o autoridad administrativa, excluye la aplicación de la cláusula limitadora del artículo 33.2; sin embargo, quizá hubiera sido más oportuno no supeditar esa exclusión a la persistencia en la actitud obstructiva, como, por ejemplo, ha hecho la Ley reguladora del *Sindic de Greuges* de las Islas Baleares.

124 Pérez Calvo, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 572.

Nos resta tan sólo señalar que buena parte de las reflexiones que preceden son de aplicación a los Informes extraordinarios que puede presentar el defensor del pueblo “cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen”, en el bien entendido de que, a diferencia de los Informes anuales ordinarios, los extraordinarios se podrán dirigir a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras si éstas no se encontraran reunidas.