

## XXIX. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO

ÁLVARO GIL ROBLES

CUANDO en España se iniciaron los trabajos que condujeron a la aprobación de la actual Constitución, los constituyentes tuvieron ante sí una muy delicada tarea. No se trataba únicamente de articular los mecanismos constitucionales que permitiesen a la sociedad española integrarse en el seno de los países democráticos, sino también alcanzar un consenso entre todas las fuerzas políticas para, aun partiendo de la diversidad de pensamiento, coincidir en lo fundamental y permitir que dichos mecanismos actuasen naturalmente respondiendo a su razón de ser, lo que facilitaría el periodo de transición a la democracia y el asentamiento definitivo de ésta. La Constitución de 1978 es el reflejo de este esfuerzo y conciencia colectivos.

Es cierto también que desde un primer momento quedó claro que no se trataba de elaborar una Constitución que diese nacimiento a una pura democracia formal. Muy por el contrario, se realizó el mayor esfuerzo para que no sólo se proclamase el catálogo clásico de los derechos y libertades fundamentales de la persona, sino también aquellos otros de contenido económico y social que caracterizan a las democracias avanzadas de nuestros días.

En consecuencia, resultaba indispensable articular los instrumentos jurídicos suficientes para que tales derechos y libertades fuesen una realidad cotidiana para el ciudadano y no puro papel mojado.

A ello contribuyó no sólo el establecimiento del principio de real separación de poderes, partidos políticos, sindicatos y medios de comunicación libres, sino también la inclusión en el plano institucional de dos innovaciones considerables, cuyo objetivo esencial era la defensa de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico y la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas. La primera, el Tribunal Constitucional, con un brevísimo antecedente en la Segunda República; y la segunda, el Defensor del Pueblo, que es una rigurosa innovación en nuestro ordenamiento jurídico, y cuyas raíces últimas se remontan al *ombudsman* de origen escandinavo, y las más cercanas al ejemplo de adaptación de esta institución, después de la segunda Guerra Mundial a distintos países de Europa.

El Tribunal Constitucional cumple una función esencial de velar porque la supremacía de la Constitución no sea ignorada o violentada a través de la ley ordinaria. El control de la constitucionalidad de la ley y la resolución de los

conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas y éstas entre sí, como superior e inapelable órgano constitucional, es la tarea primordial de este Tribunal que se complementa —en el plano de los derechos fundamentales— con el conocimiento y resolución de aquellas demandas individuales de los ciudadanos por infracciones de sus derechos o libertades que se articulan a través del recurso de amparo.

Por su parte, el artículo 54 de la Constitución encomienda al Defensor del Pueblo la defensa de estos mismos derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos, para lo cual supervisará la actividad de la administración y dará cuenta de ello al Parlamento. Esta amplia atribución de competencia se precisa en la ley orgánica que regula su actividad con una remisión complementaria al artículo 103 de la Constitución, en cuanto parámetro para guiar su actividad supervisora, el cual dispone que “la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúe de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Esta actividad supervisora viene a reforzarse en el terreno de la defensa de los derechos fundamentales de las personas, con la atribución de competencia para interponer el recurso de *habeas corpus* antes los órganos jurisdiccionales ordinarios; incitar la actuación del ministerio fiscal a idénticos fines, así como la persecución en general de conductas delictivas; y por último, comparecer ante el Tribunal Constitucional impugnando ante el mismo una ley, por inconstitucional, o interponiendo un recurso de amparo constitucional en defensa del derecho o libertad individual de un ciudadano.

Ante la presencia de esta nueva institución en nuestro ordenamiento jurídico cabe plantearse dos interrogaciones esenciales: ¿Por qué adoptar una institución con raíces tan lejanas de nuestra tradición jurídica?; y, ¿cuáles son los rasgos esenciales y el específico *modus operandi* de esta institución que, sin un poder ejecutivo o jurisdiccional en sus resoluciones, le permitan cumplir eficazmente la función que constitucionalmente le es encomendada?

Empezaremos por esta última cuestión. La primera característica de esta institución, a diferencia de otras experiencias europeas, es que ha sido instituida constitucionalmente y en consecuencia, goza del máximo rango institucional y se encuentra al amparo de posibles cambios de criterios parlamentarios, lo que no sería tan claro si su existencia se debiera exclusivamente a una ley ordinaria. Este rango de origen se completa con la directa vinculación de la institución al Parlamento. El Defensor del Pueblo es Alto Comisionado de aquél y sólo ante las Cámaras rinde cuenta de su gestión. Su presupuesto forma parte del de aquéllas que lo aprueban.

En este mismo esfuerzo por garantizar su independencia, la elección por

un plazo de cinco años se realiza por las tres quintas partes del Congreso de los Diputados y del Senado, y su cese, por un voto de censura de la misma mayoría. No recibe mandato imperativo alguno ni de ninguna autoridad, y goza de inviolabilidad e inmunidad parlamentaria. En su gestión está auxiliado por dos adjuntos que él propone y que las Comisiones de relación con el Defensor del Pueblo constituidas en cada Cámara, ratifican por mayoría simple. Nombra y cesa libremente a los funcionarios a su servicio.

Están bajo la supervisión todas las administraciones públicas del país, en tanto sus actos y resoluciones se produzcan en el ámbito del propio territorio nacional o fuera de él, como puede ser el caso típico de la administración consular.

La ley únicamente prevé dos matizaciones. En el caso de la administración militar, sólo quedan exentas de supervisión aquellas decisiones que afecten el "mando" de la defensa nacional. Todos los demás supuestos de funcionamiento de la administración militar, máxime en sus relaciones con el ciudadano que cumple el servicio militar, quedan bajo su jurisdicción. En materia de quejas contra la Administración de Justicia, éstas, desde hace ya varios años y según su contenido, se investigan directamente con el Consejo General del Poder Judicial, el Fiscal General del Estado o el Ministerio de Justicia.

El acceso al Defensor del Pueblo está abierto a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, que desee formular una queja contra el mal funcionamiento de una administración pública, funcionario o responsable de la misma, que le esté ocasionando o le haya ocasionado una vulneración o desconocimiento de sus derechos y libertades, tanto los reconocidos en la Constitución, como en la ley.

Para comparecer ante el Defensor del Pueblo, cumplidos los anteriores requisitos, no es necesario ningún otro. Ni edad específica, ni representación por abogado, ni cumplimiento de requisito o fórmulas procesales de carácter jurisdiccional, ni pago de cantidad alguna. El acceso es asimismo directo, sin necesidad de ningún otro refrendo o trámite intermedio; ni remisión de la queja por un diputado o senador, como ocurre en otros países.

El Defensor del Pueblo estudia individualmente cada queja admitiéndola o rechazándola, según considere que tiene o no fundamento, siendo sus resoluciones a este respecto irrecurribles. En todo caso, cada queja se contesta individualmente y se fundamentan las razones para su admisión o inadmisión. El Defensor del Pueblo puede, asimismo, actuar por propia iniciativa.

El *modus operandi* es extraordinariamente sencillo. De conformidad con la ley, su actuación investigatoria es sumaria e informal. Ello quiere decir que aun cuando en el común de los casos, el Defensor del Pueblo se relaciona con las administraciones objeto de la queja, por escrito, no obstante puede tam-

bién personarse él, o sus adjuntos, o los funcionarios en quienes delegue, en las oficinas de cualquier administración para tener conocimiento directo de un expediente administrativo, recabar información de los funcionarios, sus superiores o responsables del servicio e inspeccionar físicamente los locales.

Precisamente por ello constituye una actividad ordinaria y común de la institución el visitar, con o sin previo aviso, los centros penitenciarios, civiles o militares, las comisarías de policía, los hospitales, los centros de internamiento de menores, etcétera. El acceso y la documentación que requiera no le pueden ser negados, a riesgo de que quienes así actúen incurran en el delito de desobediencia, previsto en la ley y en el Código Penal. Únicamente le podrán ser negados aquellos documentos que se consideren secretos de acuerdo con la ley y previo acuerdo del Consejo de Ministros, lo que hasta el presente no se ha producido nunca.

Realizadas las pertinentes averiguaciones y estudio de la documentación obrante en el expediente, o bien se constata que la queja carecía de fundamento y la actuación administrativa había sido correcta, dándose en consecuencia por conclusa la tramitación de la queja comunicándose así al reclamante y a la administración; o en caso contrario el Defensor del Pueblo formulará a ésta o al funcionario afectado las recomendaciones, sugerencias o advertencias de deberes legales que considere oportuno.

Es necesario destacar que estas últimas no se fundamentan nunca en el mero criterio personal del Defensor del Pueblo, sino en relación con una posible vulneración de la Constitución o de la legislación ordinaria. Son pues resoluciones fundadas en derecho, y que tienen por fundamento principal restituir al ciudadano en el derecho o libertad que le ha sido conculcado, evitándole de esta forma tener que acudir a la vía jurisdiccional, siempre más compleja, lenta y costosa.

Pero las recomendaciones del Defensor del Pueblo pueden no ser el resultado sólo de una queja individual y tendientes a resolver tal situación, sino gozar de un carácter más amplio y tener origen en investigaciones de carácter general sobre el funcionamiento de una administración o servicio público. Son aquellas que se derivan de informes específicos sobre el funcionamiento del sistema penitenciario, de determinados servicios de los hospitales públicos, o de los derechos de los menores sometidos a tutela administrativa, por sólo citar algunas.

Se trata de investigaciones sobre el respeto real por los organismos públicos responsables de la prestación de determinados servicios, de los derechos fundamentales de las personas, especialmente los de libertad y seguridad individuales.

La consecuencia es que la institución actúa en dos planos. O bien resol-

viendo el caso particular e individual o bien extrayendo las consecuencias de carácter general y recomendando a los órganos competentes que se modifiquen determinadas normas, o que se elaboren o aprueben otras. Es decir, colaborando a la modificación y perfeccionamiento del marco normativo y legislativo del país, para evitar de esta forma y en el futuro, la pervivencia de lagunas normativas, situaciones injustas y futuras nuevas quejas de los ciudadanos por idénticas causas.

Los órganos a los que van dirigidas tales recomendaciones no están obligados a aceptarlas, aun cuando sí a contestar manifestando su asentimiento total o parcial o, en caso contrario, a fundamentar su negativa. En este último supuesto, el Defensor del Pueblo hará constar tal circunstancia en su informe anual al Parlamento o en uno especial si lo considera necesario, pudiendo hacerlo público a los medios de comunicación.

Complementariamente con esta función fiscalizadora, el Defensor del Pueblo está legitimado, por la propia Constitución, para impugnar ante el Tribunal Constitucional las leyes, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, que considere que infringen la Constitución, así como defender a través del recurso de amparo constitucional, ante el mismo Tribunal, los derechos individuales de los ciudadanos. Completa esta legitimación procesal extraordinaria la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria y a los mismos fines, interponiendo el recurso de *habeas corpus*, como ya se ha indicado.

Finalmente, el Defensor del Pueblo remite anualmente al Parlamento un informe sobre la gestión realizada, el cual somete y expone a debate ante cada una de las Comisiones constituidas en el Congreso de los Diputados y en el Senado para relacionarse con la institución, y que se complementa con una exposición oral posterior ante los plenos de ambas Cámaras y el debate posterior de éstas.

Como complemento de estas comparecencias parlamentarias, las comisiones pueden recabar su presencia para informar sobre cuestiones concretas, lo que se ha producido en diversas ocasiones y con respecto a temas específicos de interés general.

Por último, ha de destacarse que en algunas comunidades autónomas existe también una figura similar al Defensor del Pueblo, elegida y dependiente también de los parlamentos autonómicos, pero con ámbito de actuación y competencia exclusivamente sobre la administración de la región y que ha de estar en coordinación y cooperar con el Defensor del Pueblo del Estado, aun cuando no dependa jerárquicamente de éste.

Procede ahora abordar la segunda cuestión, es decir el por qué de la adopción y adaptación a nuestro sistema constitucional de esta institución del *om-*

*budsman*. No es cuestión aquí, ni necesario tampoco, formular una compleja argumentación doctrinal a estos efectos. Basta con tener en cuenta algunas de las características esenciales de la sociedad de nuestros días, así como de la intensidad y complejidad de las relaciones entre el ciudadano y las administraciones públicas.

Dos son, a mi entender, las razones fundamentales sobre las que se basa la existencia del Defensor del Pueblo en nuestro país. De una parte, la mayor sensibilidad de las modernas sociedades democráticas hacia la defensa de los derechos y libertades fundamentales de la persona, y especialmente de aquellas como la nuestra, que ha sufrido en su historia la constatación de la complejidad de las relaciones entre el ciudadano y la Administración, dominadas por un intervencionismo de ésta cada día más intenso, y un recabar por parte de aquél de mayores servicios y prestaciones que inevitablemente lleva aparejada una mayor dependencia.

Se trata en consecuencia de articular todos los instrumentos jurídicos más adecuados para que el ciudadano de nuestros días se encuentre realmente amparado ante cualquier vulneración de sus derechos y libertades, y que las declaraciones constitucionales y estatutarias a este respecto no se queden sólo en tales.

Pero lo cierto también es que las vías tradicionales existentes hasta la actualidad para luchar contra la arbitrariedad, el abuso y desviación de poder o la infracción de la legalidad o constitucionalidad por parte de la Administración o sus servidores, es decir los recursos administrativos o las demandas ante los Tribunales, con ser indispensables y consustanciales al estado democrático, no son incompatibles ni excluyentes de otras vías complementarias, como lo es la del Defensor del Pueblo.

La razón es sencilla: los mecanismos de autocontrol o revisión de las administraciones (los recursos administrativos) son cada vez menos operativos, pues la Administración o bien no contesta (el llamado "silencio administrativo") o se ratifica mecánicamente en sus decisiones. Situación que Meursi y Sanviti no han dudado en calificar como "ingiustizia amministrativa", con respecto al proceso administrativo en Italia.

Por su parte, acudir a los tribunales comporta gastos económicos cuantiosos, agotar lentos y complejos procedimientos hasta obtener una resolución, que no siempre se ejecuta. Recientemente el profesor García de Enterría, comentando la reforma francesa de la Ley de 31 de diciembre de 1987, que ha entrado ya en vigor a finales de 1989, admitía que en nuestro vecino país más de veinticinco mil asuntos estaban pendientes de resolver por el Consejo de Estado y otros cien mil, por los tribunales administrativos. Resulta pues difícil mantener hoy, sin dudas sustanciales, aquella afirmación ya clásica del

profesor Dragó, en el prefacio a la obra de Legrand, en cuanto que el “mejor *ombudsman* es el Consejo de Estado”.

El Defensor del Pueblo se configura como una vía alternativa a estos complejos mecanismos, pues de manera informal, rápida y gratuita investiga las denuncias sobre vulneración de los derechos humanos o de la legalidad ordinaria. La falta de formalismos hace que los ciudadanos con un nivel cultural más limitado o con menos posibilidades económicas encuentren en esta institución un camino, para no caer en la resignación ante la arbitrariedad, ilegalidad o inconstitucionalidad de la actuación de las administraciones o sus funcionarios. En suma, lo que de forma harto gráfica ha definido entre nosotros González Pérez como “la inhibición de las víctimas de la Administración”.

Todo lo cual no ha sido obstáculo para que prácticamente miembros de todos los estratos sociales y organizaciones hayan acudido por uno u otro motivo a esta institución a lo largo de los muy pocos años de su existencia.

La publicidad de sus investigaciones que recogen los medios de comunicación y el debate en el Parlamento de sus informes y memoria anual hacen que muchas administraciones rectifiquen disposiciones o resoluciones, lo que difícilmente harían de plantearse la cuestión por otras vías, confiando en la inacción del afectado o el tiempo que tardan en resolver los tribunales de justicia.

La realidad española ha venido a demostrar hasta qué punto esta institución ha sido bien acogida por la ciudadanía (que en estos ocho años ha remitido a la institución más de 180 000 quejas); y cómo en un régimen tradicionalmente dominado por un sistema continental de jurisdicción contencioso-administrativa, el Defensor del Pueblo ha encontrado un terreno propio y repito que complementario al de las demás instituciones en la defensa de los derechos ciudadanos.

Asimismo, está siendo común observar cómo se aceptan recomendaciones del Defensor del Pueblo que suponen la modificación de leyes u otras normas, y cómo también en ocasiones los responsables de la elaboración de estas normas requieren la opinión del Defensor del Pueblo sobre un proyecto normativo en elaboración, en razón a la experiencia e información que se deriva de las quejas de los ciudadanos.

De otra parte, el ejemplo de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Defensor del Pueblo y el número de sentencias favorables obtenidas, son igualmente testimonio de este esfuerzo común de todas las instituciones democráticas del país para que el ordenamiento jurídico sea siempre acorde con la Constitución y el ciudadano no tenga que sufrir las consecuencia de lo contrario.

Estimo que la existencia de una institución que de forma directa y sencilla, sin formalismos ni costos para el ciudadano, atienda la queja de aquellos que muchas veces se expresan con dificultad, que nunca pondrían en marcha complejos mecanismos judiciales, que están acostumbrados a aceptar la tan común arbitrariedad administrativa como un mal menor, una institución que investigue esa queja directamente y, en su caso, haga que la Administración rectifique o reconozca un derecho, cuando antes guardaba silencio o negaba; me parece que es un paso sumamente importante de los sistemas democráticos.

Si a ello añadimos que esta institución, para su mayor eficacia e independencia se la instituye en la Constitución, no está al servicio de ninguna fuerza política partidaria, mantiene el principio del consenso entre las fuerzas parlamentarias para su elección y la de sus adjuntos y se respeta su independencia de actuación escrupulosamente, es difícil negar, con los hechos en la mano, que hoy en día disponemos en nuestro país de un instrumento útil para la defensa de los derechos humanos y el respeto de la legalidad por parte de las administraciones públicas.

Que ésta es una necesidad sentida, nos lo demuestra el incremento del interés de distintos países que están en vías de transformar su régimen constitucional por incorporar esta institución a todas las demás ya conocidas.

En el ámbito supranacional, la Comunidad Europea está trabajando ya sobre la idea de los derechos correspondientes a la llamada ciudadanía europea, y se ha pensado que para su defensa bien pudiera constituirse en un futuro no muy lejano un *ombudsman* europeo.

De otra parte, en el ámbito de los países iberoamericanos y con independencia de aquellos que ya cuentan con la institución en la reciente reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en julio pasado en Guadalajara (México), se fijaron, entre otros objetivos, el de vigorizar los instrumentos de protección de los derechos humanos y para ello se adoptó el compromiso de crear y, en su caso, consolidar los mecanismos nacionales de prevención, protección y defensa de los derechos humanos.

Creo sinceramente que instituciones como la del Defensor del Pueblo responden al ánimo e interés de esta solemne declaración de Guadalajara y al de las transformaciones constitucionales en países de nuestro entorno más cercano hacia sociedades plenamente democráticas y que, en consecuencia, puede colaborar eficazmente al común esfuerzo de todas las instituciones democráticas para que los derechos y libertades fundamentales de todas las personas sean una realidad innegable en todas las naciones.