
Francisco Astarloa Villena
(Universitat de les Illes Balears)

Una introducción al estudio del Defensor del Pueblo

*I.- Introducción. II.- Derecho Comparado. III. El Defensor del Pueblo en España:
nombramiento, duración de su mandato y prerrogativas. IV. Naturaleza.
A) Alto Comisionado de las Cortes Generales.
B) La actividad del Defensor del Pueblo.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las innovaciones introducidas por nuestro texto constitucional vigente que más poderosamente ha llamado la atención es la institucionalización del Defensor del Pueblo. El criterio teleológico al que dicha innovación responde es evidente. El propio legislador constitucional tuvo buen cuidado de dedicar un capítulo, siquiera breve, -el cuarto- destinado a las garantías de las libertades y derechos fundamentales consagrados en el resto del título I de nuestra Constitución del que el citado capítulo forma parte. Y es que en nuestros días más que en contener un mayor o menor listado de derechos y libertades, que en poco pueden variar en los países de áreas socio-políticas afines, las Constituciones se esfuerzan más bien en recoger las garantías necesarias para el ejercicio pleno de tales derechos y libertades. Dentro de esas garantías, consagradas en el capítulo IV del título I, nuestra Constitución vigente institucionaliza en su artículo 54 la figura del Defensor del Pueblo. Esta aclaración introductoria de carácter locativo resulta imprescindible para entender la institución objeto de este estudio.

El fuerte proceso de estatismo que la vida actual conlleva se ha manifestado fundamentalmente a través de una Administración progresivamente más poderosa. El roce continuo y creciente que la actividad administrativa produce en la esfera de las libertades y derechos, tanto de los individuos como de los denominados grupos sociales intermedios obliga a las Constituciones contemporáneas a arbitrar fórmulas para la protección de tales derechos.

Una de esas fórmulas, en progresiva generalización, lo constituye la adopción por diversos legisladores de la figura del *ombudsman* sueco, con todas las adecuaciones

precisas en cada caso y que se dan en todo supuesto de extradición institucional. A ello se hará posterior referencia.

La constitucionalización en España del *ombudsman* sueco llevó enseguida a plantearse la búsqueda de instituciones afines en nuestro derecho histórico. Y así fueron exhumados el Justicia de Aragón y el *Sahib-al Mazín* de los tiempos de la invasión árabe. Parece evidente que el recuerdo de tales instituciones y aun de otras que en menor grado se han aportado, resulta un interesante precedente histórico, por tratarse muy probablemente de avanzadillas auténticas en su tiempo, pero que simplemente han de ser examinadas como tales recuerdos históricos. La búsqueda de mayores conexiones con la institución constitucionalizada en 1978 resulta tarea tan farragosa como inútil al devenir de imposible cotejo el contexto histórico, social, político, etc... en que tales figuras se desenvuelven. Alguna referencia histórica habrá que hacer más adelante como mero recuerdo de nuestro pasado.

Esa atención que la aparición del Defensor del Pueblo en nuestro texto constitucional vigente produjo, y a la que se ha hecho anterior referencia, no ha llevado como consecuencia, sin embargo, una profundización en su naturaleza y, por tanto, en sus cometidos, por lo que se tiene de algún modo la impresión, de que, tras un interés momentáneo que su aparición provocó, la institución adolece en la actualidad de falta de nitidez en sus perfiles. Tal falta de nitidez lleva como consecuencia la posible confusión de funciones con instituciones como el Ministerio Fiscal o el recurso contencioso-administrativo y la superposición de su actividad con las figuras autonómicas que algunos Estatutos han consagrado como trasunto del Defensor del Pueblo estatal.

Así las cosas parece imprescindible centrar la naturaleza de la institución objeto de estudio, dado que por su peculiar idiosincrasia puede ocurrir que en esta cuestión se repita el juego de la *sokatira*, y según de qué extremo se haga más fuerza se venga a caer en uno u otro lugar. Los extremos están bien claros aquí: el Estado, o su Administración si se prefiere por más técnico, y los ciudadanos en el otro lado. Desde un extremo, la institución del Defensor del Pueblo puede devenir ineficaz porque suscita el recelo del administrador a ser fiscalizado en su tarea; del funcionario que, encima de carecer en muchas ocasiones de los medios que serían imprescindibles para desarrollar su labor, se siente atropellado por alguien ajeno a su escala jerárquica ¹. La minimización del Defensor del Pueblo resulta entonces una consecuencia.

Desde otro extremo la institución se presenta como una panacea, y dada la angustia que provocan los aspectos sociales, económicos, etc... de los tiempos actuales en tantos ciudadanos, el Defensor del Pueblo aparece como tabla de salvación, a quien sólo poderes y atribuciones deberían concederse. La maximalización de la institución es consecuencia de la visión de este otro extremo. Una maximalización que esconde un peligro en el que, es de sospechar, ha caído más que alguno en España, tanto ciudadano

* El presente es parte de un trabajo de futura publicación.

¹ Tal recelo se ha manifestado, incluso, en la doctrina administrativa. Lo explicita vgr. Garrido Falla, Fernando en "Comentarios a la Constitución" ed. Civitas S.A. Madrid 1985 pág. 899

como estudioso de la institución ². Tal peligro recuerda la anécdota atribuida a Indalecio Prieto según la cual cuando llegó al Ministerio correspondiente pidió explícitas excusas a los ferroviarios porque le resultaba en la práctica de todo punto imposible proceder a un leve aumento del salario que les había prometido como algo de segura y sencilla realización cuando estaba en la oposición. Y es que las cosas se ven de manera distinta, o al menos matizada, dependiendo de la situación en que uno está colocado. La confianza desmedida en el papel del Defensor del Pueblo puede producir desengaño al comprobarse que, junto a unos pocos casos claros, se esconden otros en donde es difícil actuar porque las situaciones conllevan más complejidad de la que a primera vista puede deducirse. Una complejidad técnica o humana que en muchas ocasiones escapa al ciudadano no versado en los laberintos oscuros de la cosa pública.

Resulta evidente que el estudio que nos ocupa debe iniciarse en el propio texto constitucional, haciendo antes un poco de historia. El Boletín Oficial de las Cortes (en adelante B.O.C.) de 5 de enero de 1978 publicaba el Anteproyecto Constitucional cuyo artículo 46 decía: "Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, para la defensa de los derechos comprendidos en este título, quien, en todo caso, podrá ejercer las acciones a que se refiere el apartado dos del artículo anterior". Las acciones referidas son la que se ejercitan ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad para la tutela de determinados derechos y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (T.C. en adelante).

La Ponencia Constitucional redactó el artículo, que pasó a ser el 49 así (B.O.C. de 17 de abril de 1978):

"1. 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.

2. 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".

Más explícito el texto de la Ponencia que el Anteproyecto, atribuía a las Cortes la designación del Defensor del Pueblo, a quien, además, se imponía la obligación de informar a aquellas de su gestión. Aparte de defender el respeto a los derechos contenidos en el título correspondiente, se ampliaba su cometido encomendándole, además, el velar para que los poderes públicos actuaran dentro de los principios del Estado de Derecho y el supervisar la actividad de la Administración. Desmedido aumento de atribuciones hubiera provocado una institución de perfiles aún más difusos dada su vaguedad; aumento que debía presuponer -aunque el artículo nada decía- que el

² El peligro lo apuntaba, ya en 1982, Fairén: "...en algún lugar hemos dicho que es figura ocasionada a devenir una marioneta o un dragón. Y no debe ser ni lo uno, ni lo otro". Fairén Guillén, Víctor "El Defensor del Pueblo. Ombudsman". Tomo I Parte General. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1982 pág. 16

Defensor mantenía la posibilidad de ejercer las acciones mencionadas en el precepto anterior.

Idéntica redacción se mantuvo por parte de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (B.O.C. de 1 de julio de 1978) y también así fue aprobado el artículo por el pleno de la Cámara Baja, sin discusión alguna y, por qué no reconocerlo, sin excesivo interés por parte de los diputados constituyentes (B.O.C. de 24 de julio de 1978).

En el Senado, la Comisión de Constitución mantuvo idéntica la redacción del párrafo primero del, en ese momento, artículo 53 y modificó la redacción del segundo párrafo en un aspecto más bien literario: " 2. El Defensor del Pueblo velará igualmente porque los poderes públicos respeten los principios del Estado de Derecho, supervisará la actividad de la Administración e informará a las Cortes Generales". Se suprimían los gerundios, tan mal vistos por algunos gramáticos, y se rechazaban enmiendas de Pedrol Rius, Gutiérrez Rubio, y Bandrés Molet, entre otros, centradas, en buena medida en deslindar las competencias del Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal y en posibilitar la existencia de Defensores del Pueblo autonómicos diferenciando sus atribuciones de las del estatal. El B.O.C. de 13 de octubre de 1978 publicaba el Acuerdo del Pleno del Senado por el que se redactaba el artículo en el mismo sentido anteriormente expresado.

La redacción definitiva se produjo por acuerdo de la Comisión Mixta Congreso-Senado. Como puede comprobarse tal redacción es diferente de la aprobada en ambas Cámaras, por lo que bien puede decirse que en este caso la citada Comisión no se limitó a escoger entre uno u otro texto, o a integrar ambos limando aristas, sino que elaboró un artículo nuevo. Sobre la actuación de la Comisión y sus resultados opina Gil Robles: "No cabe duda de que se mejora enormemente el tratamiento constitucional de la institución, al suprimir la referencia innecesaria, confusa y entorpecedora a los poderes públicos y a su deber de velar porque éstos respeten los principios del Estado, tan en línea de inutilidad como aquella otra bien conocida de las Cortes de Cádiz, según la cual los españoles deberíamos ser justos y benéficos..."

De lo que tampoco cabe duda es que la Comisión Mixta no se limitó sólo a debatir las diferencias entre los dos textos propuestos por las Cámaras, sino que sencillamente redactó uno nuevo...dejándonos en el aire la duda de hasta dónde se extendían las competencias de dicha Comisión.

En todo caso la posible alcaldada mixta sería más tarde salvada por la ratificación entusiasta de ambas Cámaras en la sesión de 31 de octubre de 1978, con lo que cualquier posible vicio en este terreno quedaba asumido y saldado por la libre voluntad de aquéllas³.

Nada se puede asegurar sobre lo ocurrido en los días comprendidos entre el 13 y el 31 de octubre de 1978, es decir sobre el trabajo de la Comisión Mixta que le llevó a redactar el artículo 54 tal como luego quedaría definitivamente inserto en nuestra Constitución, puesto que la tarea de dicha Comisión fue secreta.

³ Gil Robles, Alvaro "El Defensor del Pueblo" Cuadernos Civitas. Madrid 1979 pgs. 63 y 64.

De nuevo, al igual que con respecto a la elaboración del Anteproyecto, al llegar a la fase de discusión en el seno de la Comisión Mixta, nos quedamos sin elementos de juicio, pues el más absoluto secreto rodeó sus sesiones de trabajo y nada ha sido publicado oficialmente sobre ellas, si exceptuamos, claro está, su dictamen final, que no viene razonado ni argumentado y que se limita a transcribir un texto definitivo de Constitución" 4.

Se constitucionalizaba así por vez primera en España la figura del Defensor del Pueblo, inédita en nuestro ordenamiento jurídico. Fue Alzaga en sus Comentarios a la Constitución quien, matizando, recogió la posible relación del Defensor del Pueblo con el Justicia Mayor de Aragón, al que cabía recordar a este propósito "en cierta medida" 5.

Pese a la matización del propio Alzaga, Fairén resume así su discrepancia; "...los dictámenes del Justicia Mayor de Aragón eran vinculantes para la autoridad que los debía pedir y pedía, y el que no cumpliera con ellos incurría en graves penas, en tanto que las 'admoniciones', 'sugerencias', 'aclamaciones', etc ...de los *ombudsman* no son vinculantes para la autoridad a que se dirigen... ; ...el justicia mayor como 'dictaminador' no se parece en nada a los *ombudsman* (y aún menos como Juez Supremo, pues los *ombudsman* carecen de potestad jurisdiccional, no han sido ni son jueces)" 6.

II. DERECHO COMPARADO

En lo que al Derecho Comparado se refiere hay que señalar una progresiva ampliación del número de Estados en los que instituciones de corte teóricamente parecido han ido proliferando. Partiendo de su origen nordeuropeo -Suecia, cuna de la institución, Finlandia- la figura del *ombudsman* se ha extendido a países tan lejanos -en todos los aspectos- como Nueva Zelanda o Israel. Examinemos con mayor detenimiento los casos más significativos por una u otra razón. Los procesos de institucionalización de la figura objeto de estudio han sido muy diferentes según los países, y se han seguido caminos muy diversos según los casos.

En la República Federal Alemana una ley de 19 de marzo de 1956, séptima de las que enmendaban la ley Fundamental de Bonn y que introducía importantes reformas en el texto de la misma especialmente en lo concerniente a las Fuerzas Armadas, añadía el artículo 45.b: " 1. La Dieta Federal designará a un Comisario de la Dieta para Asuntos Militares con vistas de la salvaguardia de los derechos fundamentales y como órgano auxiliar de la Dieta Federal en el ejercicio del control parlamentario. 2. Una ley Federal regulará los pormenores de aplicación". Tal ley del Comisario de la Dieta Federal para Asuntos Militares lleva fecha de 26 de junio de 1957 y fue modificada por otra del 2 de marzo de 1974.

4 Gil Robles, Alvaro "El Defensor del Pueblo" op. cit. pg. 62

5 Alzaga Villaamil, Oscar "La Constitución española de 1978. Comentario sistemático" ed. del Foro. Madrid 1978 pg. 351

6 Fairén Guillén, Víctor "El Defensor del Pueblo. Ombudsman" op. cit. pg. 86

Este control parlamentario de la actividad militar, que resulta tan extraño a nuestro constitucionalismo como lo era para el germánico hasta la citada fecha de 1956, tenía como antecedente paradigmático el *ombudsman* de la milicia sueca, creado en 1915.

De la regulación constitucional del *ombudsman* alemán sólo puede inferirse su dependencia orgánica del *Bundestag*, o Dieta Federal, del que es órgano auxiliar en su actividad de control, la limitación o concreción de su tarea a los asuntos militares, así como la razón de su misión: la salvaguardia de los derechos fundamentales.

Siendo Suecia la cuna de la institución objeto de estudio, es forzosa la referencia al país nórdico en este breve recorrido por el mapa del derecho comparado ⁷. La prolongada ausencia de su reino por parte de Carlos XII llevó al Monarca a establecer la existencia de un representante suyo -el Canciller de Justicia- que supervisara la actuación de los funcionarios de la administración del reino. La figura sería constitucionalizada más tarde, en la Constitución de 1809, con el nombre de *justitieombudsman*.⁸ Como se ha mencionado anteriormente, en 1915 se nombró un *Militieombudsman*, que descarga al *ombudsman* de los asuntos del ejército. En 1968 se designó un tercer *justitieombudsman*, pues con ese mismo nombre se designó desde entonces al encargado de los temas militares. Se unificó el nombre pero se dividieron funciones entre los tres.

El capítulo 12, artículo 6 del Instrumento de Gobierno de 1975 establece que: "el Parlamento elegirá uno o varios *ombudsman* para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento observe, ejerzan su presión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El *ombudsman* podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instituciones especifiquen.

El *ombudsman* podrá asistir a las deliberaciones de tribunales y autoridades. Los Tribunales o autoridades administrativas, así como los funcionarios del Estado o de los municipios deberán ayudar al *Ombudsman* dándole los datos y los informes que necesite, y la misma obligación incumbe a las demás personas que se hallan bajo la supervisión del *ombudsman*. Los acusadores públicos deberán además prestar asistencia al *ombudsman* si éste la solicita.

El Reglamento de la Cámara establecerá normas suplementarias sobre el *ombudsman*".

Las instituciones francesa, del *Mediateur*, e inglesa, del Comisario Parlamentario, merecen ser citados dentro del breve y rápido repaso al Derecho Comparado precisamente para establecer su originalidad y referir, siquiera sumariamente, algunas de las dudas doctrinales a las que han dado pie.

⁷ Pueden encontrarse precedentes de la institución que nos ocupa en el siglo XVI, en Suecia.

⁸ Pervivió, sin embargo, la figura del canciller de justicia pese a que la mayor parte de sus funciones fueron asumidas por el *ombudsman*.

En Inglaterra se creó el Comisario Parlamentario para la Administración por *Act* de 22 de Marzo de 1967.⁹ La norma era el resultado final de un complejo proceso que se había iniciado con la redacción del informe Whyatt en 1962 en el que se estudiaba la posibilidad de introducir la figura del *ombudsman*. Y tenía como precedente inmediato otro informe presentado al Parlamento en 1965 que se inspiraba en la institución del *ombudsman* en Nueva Zelanda, establecida tres años antes.

Retornando a la norma inglesa hay que referir en primer lugar que su nombramiento no corresponde al Parlamento sino que, de hecho, es el Gobierno quien lo designa (aunque la ley lo atribuya a su Majestad). El nombramiento se efectúa por tiempo indefinido, sin más tope legal que el cumplimiento por parte del titular de los 65 años. Por otro lado, y éste es un dato fundamental, el administrado no puede dirigirse directamente al Comisario, sino que debe hacerlo a través de un Diputado que es quien hace llegar la queja de su representado. Y a la inversa, el Comisario da cuenta de sus gestiones motivadas por las quejas a través de los parlamentarios, y no directamente al ciudadano. Tal mediatización en la tarea del Comisario se preveía también en el informe Whyatt pero sólo como algo transitorio, en tanto la institución se consolidaba, como filtro a quejas impertinentes. Pasado un tiempo el Informe estimaba que debía salvarse la inmediatez en la relación entre los ciudadanos y el Comisario. Por otro lado la normativa reguladora de la institución del Comisario excluye de la acción investigadora del mismo un buen número de instituciones y temas.

Tales limitaciones impuestas al Comisario Parlamentario para la Administración han sido objeto de críticas:

"Parece evidente que Gran Bretaña ha adoptado el plan en una forma innecesariamente incompleta. El argumento de que siempre podrían ampliarse más tarde las actuaciones del Comisionado enfrenta al hecho de que una vez aprobada o creada una ley o institución adquieren una gran inercia que hace difícil cambiarlos. Dado el gran entusiasmo que tenía el Partido laborista por una institución fuerte antes de que ascendiera al poder, podemos concluir que este caso ilustra un defecto serio del sistema parlamentario de gobierno: en virtud de que el Poder Ejecutivo presenta todas las propuestas de ley importantes, y dado que domina la legislatura, éste se encuentra en una posición fuerte para oponerse a cualquier disposición que pueda limitar sus propias atribuciones"¹⁰.

A la vista de ello la discusión sobre el Comisario inglés alcanza, incluso, a su naturaleza misma: "...el *Parliamentary Commissioner for the Administration* inglés no es un *ombudsman* -en el sentido propio, nordeuropeo de la palabra, de la que se ha 'apoderado' el vulgo inglés-, siempre con el debido respeto a las personas que ocupen tal cargo, es, a lo sumo, un '*miniombudsman*'.

...Oprimido -mejor 'comprimido'- entre los dogmas ingleses tradicionales, de la indiferencia -y gran *auctoritas*- del Poder Judicial y sus componentes personales; de la

⁹ Traducción al castellano en el Boletín de Legislación extranjera de las Cortes Españolas n° 178, IV-VI de 1969. Puede verse también en Rowat, Donald C. "El ombudsman " Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1973 pgs. 418 y ss.

¹⁰ Rowat. "El ombudsman" op. cit. pág. 20

fuerza del Parlamento -que puede destituirlo- y el propio Gobierno -que quizás es el mismo que lo nombró-, su esfera queda, lógicamente disminuida"¹¹.

Una precisión final que, por otra parte, es del dominio público y no tiene como misión matizar tan autorizadas opiniones como las citadas anteriormente, nos lleva a recordar el conocido dato de que en todo caso el servicio civil británico goza de un plurisecular prestigio entre los administrados, lo que añade aún mayores dificultades a la tarea del Comisario.

Una ley de 3 de junio de 1973 institucionalizaba en Francia la figura del *mediateur*, después de no pequeña polémica, al entender gran parte de la doctrina que la extradición de la figura era supérflua por solaparse en sus funciones con los Tribunales Administrativos y con el arraigado Consejo de Estado. La ley citada hace que repasemos algunos de sus rasgos más definitorios.

El *mediateur* es nombrado por el Consejo de Ministros para un periodo de seis años, no renovables. Al igual que ocurre en el sistema inglés el acceso no es directo, sino que hay que acudir previamente a un diputado o senador quien traslade la reclamación al mediador. Por otro lado, y de modo similar al Comisario británico, parece que el legislador francés ha pretendido que su *mediateur* sea más un garante del buen funcionamiento de la Administración como servicio público que un aval del respeto hacia los derechos de los ciudadanos.

El propio instrumento legal de creación del *mediateur* -la ley de 1973- así lo expresaba. El artículo 1 establecía que : "Un Mediador recibe...las reclamaciones que se refieran a sus relaciones con los administrados, el funcionamiento de las Administraciones del Estado, de las actividades públicas territoriales, de los establecimientos públicos y todo organismo investido de una misión de servicio público". Y el artículo 6 apostillaba: " Toda persona física ¹² que estime, con ocasión de un asunto que le afecte, que un organismo de los previstos en el artículo 1 no ha funcionado conforme a la misión de servicio público que debe asegurar, puede, por una reclamación individual solicitar que el asunto sea llevado a conocimiento del Mediador.... La reclamación se dirige a un diputado o senador. Estas las transmiten al Mediador si les parece que corresponde a su competencia y merece su intervención".

En opinión de Verrier

"... l'état actuel du droit peut faire penser que le nouveau Mediateur français, loin de ressembler à l'ombudsman des pays scandinaves, ne constitue, somme toute, qu'une simple amélioration de l'interventionisme parlementaire'. Une telle conclusion serait certes partiellement exacte.

Cependant, il ne convient pas d'être excessivement pessimiste. Après tout, les textes de 1809 qui créaient l'ombudsman suédois étaient beaucoup moins éloquents que la loi du 3

11 Fairén Guillén, Víctor. "El Defensor del Pueblo. Ombudsman" op. cit. pág.149

12 Desde la reforma de 1976 también las personas jurídicas pueden provocar la actuación del *mediateur*.

janvier 1973. *L'ombudsman a crée lui meme, au fil des années, les cadres de sa fonction*"¹³.

Todas estas peculiaridades de Inglaterra y Francia llevan a pensar que el Comisionado y el Mediador, son instituciones que han podido inspirarse en el *ombudsman*, pero, como puede colegirse de lo expuesto hasta ahora algunas diferencias sustanciales les separan: el nombramiento -el precedente del gobierno siempre gozará de un nivel de dependencia mayor- y el acceso a la institución por parte del ciudadano - la mediatización parlamentaria causa detrimento en su eficacia- son notas diferenciadoras que redundan también en el contenido funcional, y a la larga, en el prestigio de la institución misma.

"Hemos de censurar estas variantes inglesa y francesa, porque el filtro parlamentario sólo puede llevar a dos formas de operar: o no resulta eficaz en la práctica y se transmiten todas las reclamaciones, por complacer a los electores, por falta de tiempo, de preparación o de interés, con lo que no sirve más que para añadir un escalón intermedio al administrado; o funciona y convierte al diputado en un árbitro que discrimina la esfera de competencia del *ombudsman* y puede cercenar las aspiraciones en las particulares de ser oídos por éste"¹⁴.

Este panorama llevó a Rowat a fijar las notas definitorias del clásico *ombudsman*, distinguiéndolo así de figuras más o menos parecidas: "La misma popularidad creciente de la idea de *ombudsman* se puede convertir en el peor de sus enemigos. Ahora es probable que cualquier clase de funcionario que se encargue de quejas o apelaciones, en cualquier tipo de organización, sea erróneamente designado como *ombudsman*, para obtener el apoyo popular a sus actividades. Es muy fácil perder de vista los rasgos esenciales de los sistemas originales de *ombudsman*. Tales rasgos son los siguientes:

- 1) El *Ombudsman* es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución, que vigila a la administración.
- 2) Se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y errores administrativos; y
- 3) Tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas"¹⁵

A la vista de estas consideraciones cabe preguntarse, volviendo al caso español, por la naturaleza de nuestro Defensor del Pueblo. ¿Qué modelo se ha seguido por el

13 Verrier, Patrice. "Le Mediateur" en *Revue de Droit Publique et de la Science Publique*. VII-VIII 1973.

14 Pellón Rivero, R. "El Defensor del Pueblo" Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno. Madrid 1982 pág. 43.

15 Rowat. "El Ombudsman" op. cit. págs. 38 y 39.

legislador? ¿Estamos ante una transposición de la figura del Ombudsman que podríamos denominar como típico, o se ha seguido una vía distinta?. Se impone, pues, un examen del modelo español siguiendo en buena medida como pauta los rasgos esenciales de la figura objeto de estudio enumerados anteriormente por Rowat.

III. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ESPAÑA: NOMBRAMIENTO, DURACIÓN DE SU MANDATO Y PRERROGATIVAS

A) El artículo 54 de nuestro texto constitucional vigente quedó redactado, tras las vicisitudes señaladas anteriormente, de la siguiente manera:

"Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designando 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".

Pocas dudas puede suscitar el artículo citado respecto a la cuestión que nos ocupa. El nombramiento del Defensor del Pueblo corresponde a las Cortes Generales, Senado y Congreso por tanto. Respecto a los trámites conducentes al citado nombramiento, que al aprobarse el texto constitucional podría ocasionar vacilaciones ¹⁶, la ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo reformada por L.O. 2/1992 (L.O.D.P., en adelante) en su artículo 2, párrafos 2, 3, 4 y 5 puntualiza:

"2. Se designará en las Cortes Generales una Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar a los respectivos Plenos en cuantas ocasiones sea necesario.

3. Dicha Comisión se reunirá conjuntamente cuando así lo acuerden conjuntamente el Presidente del Congreso y el Senado, para proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatos a Defensor del Pueblo. Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría simple.

4. Propuesto el candidato o candidatos, se convocará en término no inferior a diez días al Pleno del Congreso para que proceda a su elección. Será designado quien obtuviere 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.

5. Caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procederá en una nueva sesión de la Comisión, y en el plazo máximo de un mes, a formular sucesivas propuestas. En tales casos, una vez conseguida la mayoría de los tres quintos en el Congreso, la designación quedará realizada al alcanzar la mayoría absoluta del Senado."

Como puede verse la solución adoptada para el nombramiento del Defensor del Pueblo español coincide con el modelo clásico del Ombudsman, quien hace recaer en el Parlamento tal designación. La Ley Orgánica citada exige además, un *quorum* reforzado de los Plenos de las Cámaras. Con ello se viene pretendiendo que la designación se

¹⁶ Fairén Guillén, V. "El Defensor del Pueblo" op. cit. pág. 153

realice por los votos que impliquen el mayor consenso posible en torno a un órgano constitucional que, por su naturaleza misma, ha de ofrecer las máximas garantías de neutralidad e independencia políticas a la hora de ejercer su misión.

Aunque habrá que referirse más adelante de nuevo al tema del *quorum* exigido en ambas Cámaras para que sus Plenos respectivos designen al Defensor del Pueblo no estará de más retomar el hilo de algo señalado anteriormente y que la legislación ha dejado claro. Se trata de que son ambas Cámaras –las Cortes Generales– quienes intervienen en pie de igualdad, que luego matizaremos, en tal designación.

La intervención de la Cámara Alta en el nombramiento del Defensor del Pueblo resuelve los temores expuestos –entre otros– por Ollero¹⁷, pero como señala el art. 2.5. de la L.O.D.P. tal intervención no se produce en estricto pie de igualdad con el Congreso. En efecto, para la primera votación el *quorum* exigido para ambas Cámaras es el mismo: tres quintos. Pero, de no conseguirse en la primera propuesta, las que se tramiten sucesivamente sólo exigen tal quórum en la Cámara Baja y la ratificación por mayoría absoluta del Senado. Ello confirma, una vez más, el papel preponderante que las constituyentes quisieron para el Congreso. No es éste ni momento ni sitio adecuado para valorar tal decisión que, por otra parte, resulta fiel trasunto de casi todos los regímenes bicamerales, excepción hecha de Italia, en donde de ha atribuido a una de las Cámaras, habitualmente la Baja, con la salvedad norteamericana- papel predominante.

En el caso que nos ocupa no parece que tal desequilibrio deba llevar a ningún tipo de escándalo, a diferencia de otros supuestos como el contemplado en el art. 87. 2 en donde la iniciativa legislativa de los Parlamentos Autonómicos se tramita ante el Congreso, cuando, en consonancia con el art. 69 de la Constitución podría parecer más apropiado que la tramitación se efectuara ante la Cámara Alta, definida por el precepto mencionado como "Cámara de representación territorial".

La designación del Defensor del Pueblo exige un examen de las incompatibilidades que le afectan. Es evidente que, dados los requisitos de neutralidad e independencia en el ejercicio de su cargo así como la dignidad dimanante de la naturaleza del mismo, las primeras condiciones que, en resumen, deben exigirse a quien lo ocupe se derivaran directamente de lo que se acaba de señalar: alejamiento de la actividad partidista y conducta adecuada a la altura del cargo. Ya el artículo 70 de la Constitución señala en su primer párrafo : "La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los diputados y senadores, que comprenderán, en todo caso :c) Al Defensor del Pueblo".

El artículo 7 de la L.O.D.P. especifica tales incompatibilidades:

"1. 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.

17 V. Diario de sesiones del Senado, 31 de Agosto de 1978, pág.2129.

2. El Defensor del Pueblo deberá cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad que pudiera afectarle, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento.
3. Si la incompatibilidad fuere sobrevenida una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquélla se hubiere producido".

Todo este sistema de incompatibilidades, y la exigencia de un *quorum* reforzado para la elección del Defensor del Pueblo tratan de servir de garantías de neutralidad en su misión, al ser votado por un abanico amplio de miembros de la Cortes y quedarle prohibido el ejercicio de cualquier actividad profesional o partidista, incluida la condición de parlamentario.

Esa neutralidad se torna evidentemente en independencia funcional, por supuesto, respeto a grupos políticos, pero también respecto a las propias Cortes que lo nombran y de las que es Comisionado por explícita definición constitucional. Sobre este aspecto habrá que profundizar más adelante, al estudiar la naturaleza de la institución que nos ocupa.

Volviendo a la cuestión de las incompatibilidades, el art. 7 de la L.O.D.P., la claridad y el rigor -loables ambos- parecen presidir la regulación de la materia. La ley va más allá del art. 70 de la Constitución al prohibir al Defensor del Pueblo el desempeño de cualquier mandato representativo, ya no sólo el de Diputado o Senador, incluyendo, por tanto, Parlamentarios regionales. La incompatibilidad con cualquier tipo de militancia o actividad política o sindical y con el servicio activo de cualquier Administración Pública, cuyo funcionamiento ha de supervisar por expreso encargo constitucional, es de todo punto elemental y pocos problemas puede suscitar. Más dificultad puede plantear su adscripción a asociaciones o fundaciones, que pueden tener ámbitos de actuación muy ajenos al mundo de la política. Incluso la redacción del inciso en cuestión se presta a posibles confusiones. De una interpretación literal podría deducirse que el legislador distingue entre partidos políticos de un lado y sindicatos, asociaciones y fundaciones por otro. Desde otro punto de vista parece distinguir entre afiliación, desempeño de funciones directivas y empleo al servicio de las instituciones antes citadas. Se podría deducir que respecto a la afiliación sólo le está vetada en cuanto a los partidos, respecto al desempeño de funciones directivas no puede ejercerlas en partidos, sindicatos, asociaciones y fundaciones, y, por último, no puede estar empleado al servicio de ninguna de las instituciones dichas.

Es evidente que tal interpretación literal -a la que podría conducir la falta de precisión y rotundidad del inciso, lo que le diferencia del resto del artículo- no es la voluntad del legislador, que quiere mantener al Defensor del Pueblo fuera de toda actuación banderista. En este sentido parece que lo más oportuno es llevar hasta sus últimas consecuencias dicha voluntad, incluso en lo que a asociaciones y fundaciones se refiere. Puede objetarse, como antes se ha apuntado, que hay asociaciones o fundaciones distantes de lo político, e incluso de la misma esfera pública. Sin embargo, la claridad lleva consigo de modo habitual la ausencia de excepciones. En un mundo en que las esferas de lo público y lo privado se entremezclan con una frecuencia mayor que la deseable, delimitar ambos es tarea ardua en no pocos casos. Por otro lado, y dada la progresiva actividad invasora de todos los campos por parte de la Administración, quién sabe si cualquier asociación meramente privada no tiene cualquier día un contencioso

por cualquier imprevisible motivo ocasionado por la multiforme operatividad administrativa.

El criterio respecto a la actividad del Defensor del Pueblo debe de estar presidido por la idea de exclusividad en el ejercicio de su cargo, y de su propia dignidad personal y sentido de la responsabilidad nacerá la negativa a la provocación de cualquier tipo de situación dudosa. Podría ser, además una buena vía de ejemplo para evitar que cargos públicos en activo acepten nombramientos, honores, participación en asociaciones, etc... que son, en más de una ocasión, solapada manera de obligarse. Si la gratitud es cierta deberían aplazar la aceptación de tales mercedes -que pueden ser sinceras en pocos casos- al momento de abandonar el cargo.

¿Hasta dónde llega la incompatibilidad del art. 7.1 de la L.O.D.P.? Es importante delimitarlo, por las consecuencias que pueden inferirse del párrafo 2 del citado artículo. El parecer más seguro es que, en este caso, en la duda hay que inclinarse por el criterio restrictivo. El nominado como Defensor del Pueblo debe abstenerse de tomar parte activa de cualquier tipo de asociación, cualquiera que sea su carácter. Siempre le cabrá el recurso de solicitar una excedencia especial, o pedir que se le atribuya el carácter de no ejerciente, o adquirir baja temporal, etc... La solución, aunque pueda parecer extrema, es la más segura y la que más puede ayudar a preservar el prestigio de una institución, que por reciente y por su propia esencia, debe ser especialmente celosa de su propia neutralidad. La ausencia de cualquier tipo de compromisos por parte de su titular redundará en su propio beneficio.

El epílogo de estas líneas dedicadas al nombramiento del Defensor del Pueblo están destinadas a mencionar las vicisitudes habidas en España en la aplicación de la normativa reguladora de tal cuestión. Hasta la fecha ha habido dos titulares de esta institución: Joaquín Ruiz-Giménez y Alvaro Gil Robles.

El día 28 de diciembre de 1982 el Congreso de los Diputados procedía a la elección del primer Defensor del Pueblo. Tras proceder a la lectura del Acta de la sesión celebrada el día 15 de ese mes por la Comisión mixta Congreso-Senado del Defensor del Pueblo en la que se proponía la candidatura única de Ruiz-Giménez para ocupar dicho puesto, se votó favorablemente dicha propuesta con el resultado de 304 votos favorables, 11 en blanco y 6 en contra. Como se requerían 209 votos favorables (tres quintos de 348 diputados que componían el Congreso) se dio cuenta al Senado para que en la Cámara Alta se procediera también a la correspondiente ratificación.

En la sesión de 29 de diciembre de 1982 el Senado ratificó dicha elección. Al igual que ocurriera en la Cámara Baja, se procedió a la votación nominal y secreta sin que mediara intervención alguna de los parlamentarios. De 211 votos emitidos, 202 lo fueron a favor de la ratificación, 7 en blanco y 2 nulos. La Institución del Defensor del Pueblo tenía, pues, su primer titular.

Terminado el mandato del profesor Ruiz-Giménez Cortés, y tras una serie de vicisitudes políticas que no pueden ser objeto de este estudio, se procedió a la elección del segundo Defensor del Pueblo, Alvaro Gil Robles, actual titular de la Institución.

B) Con referencia a la duración del mandato de nuestro Defensor del Pueblo el párrafo 1º del artículo 2 de la L.O.D.P. señala en su primer inciso:

"El Defensor del Pueblo será elegido por las Cortes Generales para un periodo de cinco años ..."

Dos cuestiones merecen la pena considerar. La primera de ellas es la no coincidencia del mandato parlamentario –cuatro años, a tenor de los arts. 68 y 69 de la Constitución– con el Defensor del Pueblo, su Alto Comisionado. La segunda cuestión se refiere a la posibilidad de reelección.

Antes, sin embargo, cabe señalar que la duración del mandato previsto en la L.O.D.P. puede situarse dentro de los límites habituales del Derecho Comparado. Así, cuatro años para los *ombudsmänner* suecos y demás países escandinavos, o idéntica duración que el Parlamento que le eligió, caso danés, que es de cuatro años, a tenor de la Constitución de 5 de junio de 1953, art. 32.1, que establece dicho mandato para el *Folketing*. En Francia, artículo 2 de la ley de 3 de junio de 1973 que lo instituyó, el *Mediateur* es designado por un periodo de seis años. Por contra, en Gran Bretaña la "Ley por la que se dispone el nombramiento y entrada en funciones de un Comisario del Parlamento para investigar la actividad administrativa que se desarrolla en nombre de la Cámara y para los objetivos que guardan relación con ella " –tal es el título completo de la conocida como "Ley del Comisario Parlamentario"– de 22 de marzo de 1967, establece en el artículo 1 párrafos 2 y 3:

"2. Por medio de las Cartas Patentes, Su Majestad podrá periódicamente nombrar Comisario a una persona determinada, la cual, una vez nombrada de este modo, conservará su cargo (con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo) mientras observe buena conducta.

3. Toda persona nombrada Comisario podrá ser relevada de su cargo por Su Majestad a petición propia, o bien podrá ser removida por Su Majestad en virtud de una moción de ambas Cámaras del Parlamento. Dejará en todo caso vacante el cargo al finalizar el año de servicio en que cumple los sesenta y cinco de edad ".

La no coincidencia temporal de mandatos entre Cortes Generales y Defensor del Pueblo español obedece a dos razones fundamentales. La primera puede ser considerada como simple mimetismo con la institución del *Ombudsman* escandinavo, en donde ambos mandatos también se independizan; la segunda y más profunda, obedece a algo ya anotado: aunque el Defensor del Pueblo deba a las Cortes Generales su nombramiento y tenga que rendir cuentas de su gestión ante las mismas, su funcionamiento es independiente de todo otro poder. Orgánicamente depende de las Cortes Generales, en tanto en cuanto a tenor del art. 54 de la Constitución es un "alto comisionado" de las mismas para una determinada misión sobre la que informa anualmente ante las Cámaras, pero funcionalmente es independiente. Tal deseo de manifestar su independencia ha llevado a la L.O.D.P. a fijar su mandato en cinco años, frente a los cuatro de las Cortes Generales.

A tenor de lo establecido por la L.O.D.P. nada impide la reelección del Defensor del Pueblo. Así debe interpretarse, precisamente, el silencio legal sobre tal cuestión. El propio Ruiz-Giménez, primer titular de la Institución, pretendió dicha reelección que no se materializó. Por otra parte el régimen de reelección es el generalizado en el Derecho Comparado en cuanto a la materia que nos ocupa. Tal generalización se explica en

razón de la naturaleza de la Institución. El prestigio que puede alcanzar un titular de la misma en su país, por sus especiales dotes de neutralidad y eficacia lleva, precisamente, a que los ciudadanos hayan depositado en él su confianza y es una garantía para la propia Institución.

El artículo 5 de la L.O.D.P. enumera las causas de cese del Defensor del Pueblo. Poco comentario puede hacerse respecto a las descritas en los tres primeros lugares : " 1) Por renuncia, 2) por expiración del plazo de su nombramiento, 3) por muerte o por incapacidad sobrevenida." Mayor interés ofrecen las dos últimas: "4) Por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y derechos del cargo, 5) por haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso".

El propio artículo 5 en su segundo párrafo establece que corresponde al Presidente del Congreso declarar la vacante en los tres primeros casos antes citados. En los dos casos finales la declaración de vacante "se decidirá, por mayoría de las tres quintas partes de los componentes de cada Cámara, mediante debate y previa audiencia del interesado". Tal regulación parece que necesita una puntualización, porque el legislador ha aprobado dos supuestos que requieren posiblemente una consideración muy distinta. Comencemos por el supuesto de condena firme por delito doloso. El supuesto en sí mismo no plantea problemas a la hora de entenderlo, lo que no puede decirse de la exigencia de que la declaración de vacante se haya de producir por el voto favorable de las tres quintas de la Cámara. Habiendo sido condenado por un delito doloso por sentencia firme ¿qué sentido tiene que la Cortes tengan que declarar la vacante por semejante quórum reforzado? La condena misma debería ser motivo automático de destitución sin que hiciera falta requisito posterior alguno. Una vez dictada tal sentencia bastaría para que, *ipso iure*, el Presidente del Congreso declarara la vacante. Porque ¿qué garantías puede ofrecer al ciudadano un Defensor del Pueblo en tal situación jurídica particular? Si el delito fue cometido antes de su designación para tal cargo y está *sub iudice*, no debió ser nombrado, y si fue posterior lo más correcto es que, una vez recaiga sentencia, dimita, o si no lo hace, sea cesado automáticamente, declarando la vacante el Presidente del Congreso. Incluso si se tratara de un Defensor del Pueblo que hubiese desempeñado su cargo especialmente bien tampoco habría inconveniente en que pudiera ser propuesto otra vez para el cargo. La solución puede parecer extraña, pero más chocante es aún la posición del que, condenado, tiene que dar unas explicaciones más que difíciles y se queda a las puertas del *quorum* requerido para su cese, raspando las tres quintas de los componentes de una de las dos Cámaras, por ejemplo. Desempeñar el cargo en semejante posición resulta poco menos que inviable y, a la larga, sería la propia Institución quien pagaría las consecuencias.

El supuesto de destitución previsto en el apartado 4) del citado artículo 5.1 de la L.O.D.P. plantea menos dificultades, pero no por ello debe evitarse alguna precisión. Recordando siempre que el Defensor del Pueblo es un "comisionado" de las Cortes Generales por definición constitucional -art. 54- no resulta inoportuno pensar que las Cámaras puedan revocar su nombramiento. También en este caso se ha seguido el modelo sueco, en cuyo reglamento parlamentario el artículo 10 establece que "a petición

del Comité que examina la Memoria anual de las actividades de los *ombudsman*, el Parlamento puede destituir de su puesto a un *Ombudsman* si éste pierde su confianza"¹⁸.

A diferencia del caso sueco no prevé la L.O.D.P. ningún procedimiento para iniciar la remoción del Defensor del Pueblo por parte de las Cortes Generales. Sin embargo también aquí lo lógico es pensar que sea de la Comisión de ambas Cámaras encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo de quien parta la idea de la necesidad de la remoción, pues son quienes pueden apreciar más directamente la "notoria negligencia" del Defensor en el ejercicio de su cargo. De todas maneras, y por múltiples razones, no resulta fácil imaginar que se dé en la práctica este supuesto de cese de un Defensor del Pueblo que en menos de cuatro años pase de tener tres quintas partes de los componentes de ambas Cámaras a su favor a tenerlas tan manifiestamente en contra. Por otro lado hay que hacer notar que la L.O.D.P. no prevé en su art. 5.2 ninguna rebaja de *quorum* en el Senado para los supuestos de cese por condena o remoción, a diferencia de lo que ocurre para el nombramiento, a tenor del art. 2.5, ya citado.

C) El artículo 6 de la L.O.D.P. enumera las prerrogativas del mismo. Salta a la vista que el legislador ha trasladado al Defensor del Pueblo buena parte de las prerrogativas clásicas de los miembros de las Cortes Generales. Así la prohibición de expresa sujeción a mandato imperativo alguno del párrafo 1 -art.6- de la L.O.D.P. es fiel transcripción del art. 67.2 del texto constitucional. Incluso el texto de la L.O.D.P. va más allá al dedicar el resto del párrafo citado a reiterar tal prohibición en palabras distintas; "No recibirá instrucciones de ninguna autoridad, desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio". Esta independencia funcional ya ha sido referida anteriormente y en nada empece el hecho de que, a la vez, el Defensor del Pueblo sea Alto Comisionado de las Cortes Generales, con todas las consecuencias que de ello se deriven, y dependa de ellas orgánicamente.

La prerrogativa de inviolabilidad del Defensor del Pueblo viene recogida en el artículo 6 de la L.O.D.P., segundo párrafo. La propia de Diputados y Senadores se consagra en el art.71.1 del texto constitucional. Al igual que ocurre con la prerrogativa anteriormente señalada la ley Orgánica es mucho más explícita respecto al Defensor del Pueblo de lo que es la Constitución en relación a los miembros de las Cortes Generales, pues ésta se limita a señalar que "los Diputados o Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones". En cambio la ley Orgánica dice: "El Defensor del Pueblo gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, preseguido o juzgado en razón de las opiniones que formule a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo".

En el artículo 6.3 de la L.O.D.P. establece otras prerrogativas: "En los demás casos, mientras permanezca en el ejercicio de sus funciones, el Defensor del Pueblo no podrá ser detenido ni retenido ¹⁹ sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la

18 Tomado de Pellón Rivero, R. "El Defensor del Pueblo" op. cit. pág. 120

19 Se ha empleado un término de dudosa oportunidad.

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

El artículo citado comienza con un inciso no excesivamente afortunado. ¿A que "demás casos" se refiere? Parece dar a entender -lo que no es técnicamente correcto- que las prerrogativas de inviolabilidad, examinada en el párrafo precedente, y las de inmunidad y jurisdicción a los que el presente párrafo se refiere son excluyentes entre sí pues la primera parecería que se puede dar en unos casos y las restantes en otros diferentes, "los demás". No parece valga la pena una mayor consideración del citado inciso, que, simplemente, la de opinar que se podría haber obviado por supérfluo, o haber dicho "en cualquier caso" o "fuera del ejercicio de su cargo"²⁰.

Recoge, por tanto, el artículo 6.3 de la L.O.D.P. las prerrogativas de inmunidad y jurisdicción, de modo paralelo a como el art. 71.2 y 3 contiene las mismas garantías para los Diputados y Senadores. Sin embargo resulta evidente una diferencia. La L.O.D.P. no requiere la autorización de las Cámaras para inculpar o procesar al Defensor del Pueblo, sino que traslada a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la decisión sobre su inculpación o procesamiento, y, por ende, la de su juicio o prisión. Parece más conveniente esta solución con la autonomía funcional que la de utilizar la fórmula del suplicatorio ante las Cortes como apuntaba Gil Robles:

"Me refiero concretamente a la necesidad de reconocer al Defensor del Pueblo el mismo grado de inviolabilidad de que gozan diputados y senadores, así como que mientras permanezcan en el ejercicio de sus funciones no pueda ser detenido, inculcado ni procesado sin la previa autorización de las Cortes".

IV. NATURALEZA

A) Alto comisionado de las Cortes Generales

El artículo 54 de nuestro texto constitucional, esencialmente repetido por el artículo 1 de la L.O.D.P., perfila con nitidez los rasgos principales que configuran la naturaleza del Defensor del Pueblo español.

Previamente, sin embargo, cabe plantearse la condición misma del órgano en cuestión. ¿Es un órgano constitucional? Apoyándose en la doctrina italiana (Giuseppe Ferrari y Constantino Mortati) mantiene Joaquín Varela que el Defensor del Pueblo no es un órgano constitucional, pues no crea Derecho ni incide en la forma del Estado, sino que nos encontramos ante un órgano constitucionalizado e inmediato, con vinculación no paritaria sino autónoma respecto a las Cortes Generales²¹.

La autorizada opinión expuesta, y aún más -si cabe- con los apoyos mencionados, no impide algún matiz que parece conformarse mejor con el tiempo y las circunstancias de nuestro texto de 1978. No se trata, por otra parte, de replantearse aquí

²⁰ Gil Robles, Alvaro "El Defensor del Pueblo" op. cit. pág. 84.

²¹ Varela Suanzes-Carpegna Joaquín, "Naturaleza Jurídica del Defensor del Pueblo" en Revista Española de Derecho Constitucional nº 8; V-VIII-1983.

y ahora la teoría del órgano constitucional, pero sí de apuntar algún aspecto que puede que resulte más acorde con esas circunstancias aludidas, más aún teniendo en cuenta que nuestro Defensor del Pueblo puede promover acción ante el Tribunal Constitucional.

Parecería más sencillo entender por órgano constitucional todo aquel que la Constitución consagra o reconoce. El órgano "está" en la Constitución, luego es constitucional. Es claro que el órgano puede "estar" en la Constitución de muchas maneras. Así el Título III de nuestra Constitución se dedica íntegro a la regulación de las Cortes, como órgano del poder legislativo. Como también en el texto constitucional español figura instituido el Consejo de Estado -artículo 107- como "supremo órgano consultivo del Gobierno". Es verdad que ambas regulaciones son muy diferentes, pero no es menos cierto que ambos órganos figuran consagrados en la Constitución, independientemente de la extensión que dedique a cada uno, y de su importancia dentro del sistema político diseñado por la ley fundamental.

Un sencillo razonamiento puede llevar a pensar que alguna distinción debe existir –en lo que a importancia se refiere– entre el Parlamento y un órgano meramente consultivo como pueda ser el Consejo de Estado, por mantener el ejemplo anterior, y por mucho que ambos queden plasmados en el texto constitucional. Pero como el propio Gil Robles en su monografía dedicada al objeto de este trabajo señala a propósito del nombramiento del Defensor del Pueblo: "Por último, pienso que el nombramiento del Defensor del Pueblo, una vez efectuada la elección por las Cortes, debe ser publicado en el Boletín Oficial del Estado con la firma del Rey y el necesario refrendo del Presidente del Gobierno. No creo que sean necesarios muchos argumentos para defender esta propuesta si consideramos que estamos tratando de una importante institución del Estado, constitucionalizada y con la misma categoría que el Tribunal Constitucional u otras instituciones semejantes"²².

Quizá no pase de ser una cuestión meramente terminológica, pero la distinción entre órgano constitucional y órgano constitucionalizado pudiera ser entendida más propiamente empleando la terminología de órgano constitucional esencial y órgano constitucional no esencial o accidental. Esencial o accidental, claro está, a la estructura misma del Estado. Es evidente que, al menos, los órganos correspondientes a los tres poderes llamados clásicos, son esenciales, lo que no empece que otros órganos tengan rango de constitucionales.

El examen de la naturaleza de nuestro Defensor del Pueblo exige –como se ha indicado anteriormente en varias ocasiones– la distinción entre un criterio orgánico y un criterio funcional.

La propia Constitución y la Ley Orgánica correspondiente definen al Defensor del Pueblo como un "Alto Comisionado de las Cortes Generales designado por éstas". Se trata, pues, de alguien que actúa por encargo de una autoridad de quien recibe su nombramiento, y, por ende, su encargo. No parece que esta cuestión suscite dificultad alguna. Las Cortes le designan, le pueden revocar en los casos previstos, y a ellos da cuenta de su gestión, al menos anualmente. Se trata de un órgano dependiente

22 Gil Robles Alvaro, "El Defensor del Pueblo" op. cit. pág. 84

orgánicamente, auxiliar, pero necesario por su carácter constitucional. Dependiente y auxiliar porque actúa por encargo, pero libre e independiente en su funcionamiento. Esa independencia funcional requiere una explicación.

La Constitución y la Ley Orgánica presentan la figura del Defensor del Pueblo como un Comisionado, puntualizando los extremos de dicha comisión. Las Cortes lo designan y a ellas da cuenta de su actuación, como anteriormente se ha recordado, porque toda actividad comisoraria lleva aneja esa dependencia de actuar por encargo. Pero -y esto es lo que aquí se quiere destacar- en su actuación es libre respecto a las propias Cortes que lo designaron. Su actuación sólo se ve constreñida por la propia Constitución, -que le señala el criterio teleológico que debe presidirla: la defensa de los derechos fundamentales comprendidos en el Título I- y por la Ley Orgánica. Y es así hasta el punto de poder interponer recurso de inconstitucionalidad contra la actividad más propia del órgano que le nombró: la actividad legislativa de las Cortes. No debe, por tanto, confundirse la obligación de la rendición de cuentas de su actuación con una dependencia funcional. Dependencia orgánica e independencia funcional son -con todos los matices que se quiera- totalmente compatibles.

Como anteriormente ya se ha hecho referencia al procedimiento de designación del Defensor del Pueblo no es cuestión ahora de reiterar lo ya expuesto, pero quizá sí es oportuno insistir en algo ya dicho: la necesaria independencia partidista es parte esencial de la propia naturaleza de la institución, cuya actuación debe presidir una exquisita neutralidad, sólo comprometida por las exigencias teleológicas de su misión. No olvidemos que Rowat al definir los rasgos esenciales de los sistemas originales de *ombudsman* advierte, y en primer lugar que "es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución"²³.

Los requisitos para la designación del defensor del Pueblo previstos en la Ley Orgánica, artículos 2, 3 y 4, y ya expuestos ¿garantizan su independencia? Habría que distinguir entre una independencia previa y otra posterior. La independencia *ab origine* es muy difícil, salvo que se trate de una personalidad de una muy especial relevancia, personas que, por otra parte, resulta difícil convencerles que se dediquen a la "cosa pública". Salvo casos excepcionales, pues, la designación será fruto de una propuesta de un grupo parlamentario en relación a una persona que resulte de su agrado y conveniencia, propuesta que tendrá que negociarse a continuación -con el toma y daca que toda negociación conlleva- con otros grupos parlamentarios hasta conseguir la mayoría requerida. La persona propuesta no tiene que reunir en España requisitos de competencia jurídica, ni edad, etc... a diferencia de lo que ocurre en otros países. Le basta ser español, mayor de edad y encontrarse con pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos (art. 3 L.O.D.P.). Los dos titulares que hasta la fecha ha conocido la institución han sido personas relacionadas estrechamente con el mundo jurídico. La misma naturaleza de su misión parece que hace aconsejable esa relación, pese a no ser exigible.

23 Ver cita supra.

Lo que es evidente es que quien resulte nombrado Defensor del Pueblo debe ejercer su misión con total independencia. Una independencia proclamada y amparada en la propia Ley Orgánica, artículos 6 y 7, y, de modo implícito, por la propia Constitución al describir el contenido de la Institución. Sea cuales fueran sus inclinaciones o simpatías políticas o sus compromisos partidistas hasta la fecha de su designación, está claro que a partir de entonces su independencia de actuación debe ser total y no sólo por mero cumplimiento de un imperativo legal, sino por convicción de la exigencia de esa independencia para el feliz cumplimiento de su elevada misión.

El quórum requerido para su designación garantiza suficientemente que la persona en cuestión puede tener las cualidades necesarias para, al menos, ejercer su cargo con la libertad de criterio exigible.

Dependencia orgánica -en cuanto su comisionado que es- de las Cortes Generales, pero independencia funcional absoluta como garante de los derechos fundamentales definido así constitucionalmente. Este puede ser el primer perfil de la naturaleza del Defensor del Pueblo.

B) La finalidad del Defensor del Pueblo

La actividad del Defensor del Pueblo se resuelve en sugerencias o advertencias no vinculantes para el órgano o la persona destinataria de las mismas. Su defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución se manifiesta finalmente en una resolución que puede contener o la interposición de los recursos de amparo e inconstitucionalidad o una sugerencia o advertencia a la autoridad que haya atentado - directa o indirectamente- contra el disfrute de los derechos del Título I, o de quien dependa la actividad controlada por el Defensor del Pueblo.

Se trata, en definitiva, de una actividad de control no jurisdiccional, y, por tanto, como tal, no vinculante. "Los ombudsman no *vencen* sino que *convencen*. Se trata de una Magistratura de disuasión y no de imposición coercitiva"²⁴.

La propia Ley Orgánica del Defensor del Pueblo alude a este aspecto. A modo de ejemplo pueden citarse el art. 28.1 y el art. 30, que figuran en el Capítulo I del Título III de dicha ley, capítulo que lleva como epígrafe general el de "contenido de las resoluciones".

El artículo 28.1 señala que

"El Defensor del Pueblo, 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 realizados para la producción de aquéllos."

El artículo 30 establece:

"1. El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas, advertencias,

24 Fairén Guillén, Víctor "El Defensor del Pueblo" op. cit. pág.46

recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, las autoridades y los funcionarios vendrán obligados a responder por escrito en término no superior a un mes.

2. Si formuladas sus recomendaciones dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada o éste no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor del Pueblo podrá poner en conocimiento del Ministro del Departamento afectado, o sobre la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Si tampoco obtuviera una justificación adecuada, incluirá tal asunto en su informe anual o especial 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."

Es la *auctoritas* la nota característica de la actuación del Defensor del Pueblo. Carece, como antes se ha señalado, de potestad coercitiva. Su actividad, por tanto, no es jurisdiccional, sino de influencia. Y, naturalmente, cuanto mayor sea en la sociedad la sensibilidad por el respeto a los derechos ciudadanos, por el contenido de servicio público que la autoridad administrativa debe desarrollar, cuanto mayor sea, en definitiva, la conciencia democrática de una sociedad, mayor será la eficacia de la actuación del Defensor del Pueblo, porque su actividad calará más hondo, su influencia se hará sentir más, sin más armas que el propio prestigio de su magistratura.

Perfilando la figura sueca del *Justitieombudsman* apunta Rowat: "En virtud de que los observadores extranjeros a menudo se equivocan en este punto, es importante advertir que el J.O. no tiene autoridad para cambiar las decisiones de los tribunales o de los funcionarios administrativos"²⁵.

Ese carácter no jurisdiccional de la actividad del Defensor del Pueblo lo expresa Gil Robles: "El Defensor del Pueblo profundamente antiformalista, gratuito y de gestión rápida, puede convertirse en un importantísimo colaborador de la jurisdicción, descargando a ésta de multitud de temas que posiblemente puedan encontrar una solución previa y óptima por el camino informal de la mediación ante la Administración pública; y lo que es más importante, la intervención fiscalizadora del Defensor del Pueblo sobre las distintas administraciones no tiene nada que ver ni interfiere, como ha quedado descrito, con la alta función de juzgar. Son dos planos de acción radicalmente distintos que no cabe confundir bajo ninguna perspectiva desde donde se les observe"²⁶.

El hecho de que el Defensor del Pueblo esté legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo no supone ningún atisbo de jurisdiccionalidad en su naturaleza, ni, menos aún, de potestad coercitiva. Carece de ella porque es un supervisor de la actividad administrativa, no un controlador propiamente dicho. Así lo apunta Pérez Calvo: "...el Defensor del Pueblo es una institución que carece de competencias de control pero que efectúa labores previas al control que pueden servir de base para la actuación de otras instituciones dotadas de tales

25 Rowat, Donald C. "El Ombudsman" op. cit. pág. 58

26 Gil Robles, Alvaro "El Defensor del Pueblo" op. cit. pág. 141

competencias."²⁷ Es decir, las Cortes y sobre todo, los Tribunales y la propia Administración.

La constitucionalización de la figura del Defensor del Pueblo planteó de inmediato -incluso antes de que se plasmara, en el proceso constituyente- el problema de su relación con el Ministerio Fiscal quien a tenor del art. 124.1 de la Constitución "...sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, 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, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social." Resulta evidente que uno de los "otros órganos" referidos en el artículo es el Defensor del Pueblo.

Está claro que hay una franja en la que la actividad de ambos coincide: la defensa de los derechos de los ciudadanos. Y esa coincidencia se produce a tenor literal de la propia Constitución: en el artículo 54 se constitucionaliza el Defensor del Pueblo "para la defensa de los derechos comprendidos en este Título", y en el artículo 124.1 se afirma que el Ministerio Fiscal tiene como misión, entre otras la "defensa...de los derechos de los ciudadanos".

Tal coincidencia puede hacer pensar que se trata de una duplicación innecesaria o que estamos ante dos órganos cuya actividad ha de chocar fatalmente, al menos desde un punto de vista teórico. Si analizamos atentamente las cosas observaremos, empero, que ni una ni otra posibilidad tienen por qué producirse. Podría pensarse, *prima facie*, que el ámbito a defender es distinto, por ser más amplio el del Ministerio Fiscal -los derechos de los ciudadanos- que el del defensor del Pueblo -los derechos comprendidos en este Título-. Sin embargo, y como más adelante se insistirá, el artículo 54 no es en la práctica ninguna acotación en la actividad del Defensor del Pueblo en favor de los derechos, sencillamente porque el Título I del texto constitucional no supone una lista cerrada de esos derechos. Por ello, en la práctica el ámbito a defender es el mismo de ambos casos.

La diferencia está en la perspectiva desde la que la labor de ambos se desarrolla y en el carácter de la misma. La diferente perspectiva nos viene ya marcada por su diversa ubicación en el propio texto constitucional. El artículo 54, Defensor del Pueblo, se sitúa en el Título I -"De los Derechos y deberes fundamentales".- y dentro del mismo en su capítulo IV: -"Garantías de las libertades y derechos fundamentales".-. El Defensor del Pueblo es, esencialmente, un garante de los derechos y libertades.

El artículo 124 se sitúa dentro del Título VI de la Constitución: "Del Poder Judicial". No vamos a entrar aquí en el debate respecto a la naturaleza del Ministerio Fiscal o a su posición constitucional. Lo que resulta evidente es que si no se le quiere dejar en una mera *longa manus* del Gobierno, su posición se sitúa en la órbita, más o menos cercana, de la Administración de Justicia. O dicho de otra manera, aunque la Constitución lo sitúe dentro del poder Judicial no ejerce actividad jurisdiccional, y, por otro lado no puede prescindirse de su relación estrecha -que no servil- del Ejecutivo. Se trata, pues, de un órgano del Poder Judicial -ahí se inserta el art. 124- no jurisdiccional,

²⁷ Pérez Calvo, Alberto "Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo" en Revista de Derecho Político. UNED nº 4 Otoño 1979 pág. 100

pero en íntima relación con el Gobierno, que a través del Ministerio Fiscal ejerce sus acciones.

La distinta perspectiva va acompañada, además, de un carácter distinto en la actividad de ambos órganos. Podría apuntarse que el Ministerio Fiscal se mueve en un campo cuantitativamente mayor: promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, velar por la independencia de los Tribunales y procurar que éstos satisfagan el interés social. El ámbito parece mayor que el del Defensor del Pueblo –los derechos de los ciudadanos, a cuyo efecto puede supervisar la actuación administrativa– pero el cauce en que la actividad se desarrolla es, si lo consideramos bien, más estrecho. En el fondo su misión se mueve sólo en el ámbito de los Tribunales en promover su acción; su actividad en defensa de la independencia de los Tribunales se ve, en buena medida, suplida por el Consejo General del Poder Judicial, y, por último, la distinción entre interés público e interés social no está exenta de matices, hasta dejarla borrosa. Puede interponer recurso de amparo, al igual que el Defensor del Pueblo, pero, a diferencia de éste, no está legitimado para interponer el de inconstitucionalidad.

Y es, en buena medida, en la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad por donde se ensancha el campo de actividad del Defensor del Pueblo, independientemente del uso cuantitativo que haga de tal legitimación. A esto hay que añadir la posibilidad de interposición del recurso de amparo en defensa de los derechos frente a sus violaciones por actuaciones de los tres poderes. A todo lo cual hay que sumar el cometido específico a través del cual el Defensor del Pueblo realiza su misión; la supervisión de la actividad administrativa.

La actividad del Ministerio Fiscal se encauza de una y otra manera en la Administración de Justicia. Pero la del Defensor del Pueblo, aunque a través de los recursos de amparo o de inconstitucionalidad también corra por el mismo cauce, se abre al vasto dominio de la Administración. Dicho de otra manera: como más adelante se verá, la actividad del Defensor del Pueblo haciendo uso de su legitimación para interponer los citados recursos es escasa. Se mueve más bien casi siempre en los entresijos de la Administración, supervisando, advirtiendo, controlando, nunca castigando directamente, porque –diferencia con el Ministerio Fiscal– carece de *ius puniendi*. Y sin interferir jamás en la Administración de justicia –también a diferencia del Ministerio Fiscal– porque el artículo 13 de la L.O.D.P. prohíbe a éste cualquier actuación que se refiera al funcionamiento de la misma, pues en este sentido precisamente el Defensor del Pueblo debe dirigirse al Ministerio Fiscal para que sea éste quien actúe, todo ello sin perjuicio de que el Defensor del Pueblo pueda interponer recurso de amparo contra la actuación de un órgano judicial. Pero en el funcionamiento como tal no puede intervenir.

Anteriormente se ha hecho referencia a la teoría expuesta por Rowat acerca de los rasgos esenciales de los sistemas originales de *Ombudsman*. Para concluir este capítulo bueno sería recordarlos y, al mismo tiempo, comprobar si es ese el modelo seguido en España, toda vez que la figura del Defensor del Pueblo queda ya suficientemente perfilada a través del texto constitucional, la Ley Orgánica y su correspondiente Reglamento.

Si se coteja, siquiera someramente, este párrafo de Rowat con el *status* de nuestro Defensor del Pueblo fácilmente se observará que la figura constitucionalizada en el art. 54 de nuestra Carta Magna coincide plenamente con el Ombudsman clásico perfilado por Rowat. Esa tipicidad le aleja de los modelos sofisticados de Francia, Alemania y Gran Bretaña, situándolo en la línea sueca, cuna, en definitiva de la Institución. Nuestro Defensor del Pueblo es un comisionado por las Cortes Generales, constitucionalizado en el art. 54, elegido por una mayoría que requiere, al menos, un acuerdo amplio entre los grupos parlamentarios, que supervisa la actividad de la Administración pública, de cuya actividad supervisora informa a las Cortes, y, por tanto, al pueblo, sin capacidad jurisdiccional o de revocación directa y al que el particular leso accede mediante la correspondiente queja.

Dentro de este marco comparativo puede subsinbirse la opinión de Bar Cendón: "A mi modo de ver, pues si bien podría sostenerse que el Defensor del Pueblo pudo haber sido dotado aún de mayores facultades en determinados aspectos, la verdad es que éstas son suficientemente amplias y, desde luego, superan con mucho las de muchos establecidos en otros países con tradición jurídica muy similar a la nuestra, como, por ejemplo Francia ²⁸"

²⁸ Bar Cendón, A. "El Defensor del Pueblo en el Ordenamiento Jurídico español", en "El Desarrollo de la Constitución Española de 1978" De Ramírez, Manuel y otros. Ed. Libros Pórtico, Zaragoza, 1982. pág. 326.