

FRANCISCO ASTARLOA VILLENA
(Universidad de Valencia)

Veinticinco años de Defensor del Pueblo: una aproximación al origen, naturaleza y estatuto de la institución *

I. INTRODUCCIÓN

No es la primera vez que quien suscribe fija su atención en el Defensor del Pueblo. Una monografía y un artículo sobre el mismo tema acreditan ya ese interés. Pero el hecho de que la institución haya cumplido sus primeros veinticinco años –aniversario que, por cierto, ha pasado bastante desapercibido, como también ha sucedido con los quince años del *Sindic de Greuges de la Comunitat Valenciana*–¹ hace que reviva el interés sobre la misma, y que sea posible volver a plantearse con una mirada renovada, y que ya puede acudir a la experiencia, los datos esenciales que ayuden a conocer y profundizar más en la figura del Defensor del Pueblo. Parece, pues, el momento oportuno de recapitular y hacer balance sobre la institución.

No se trata de reproducir aquí y ahora unos meros datos estadísticos que ayuden a conocer cómo ha sido el funcionamiento del *Ombudsman* español. Para tener un cabal conocimiento del mismo, hay que empezar por volver a aspectos teóricos y fundamentales como su naturaleza, su estatuto, así como, en primer lugar, su origen. Lo que quiere decir que las líneas posteriores tendrán que reproducir, siquiera parcialmente, algunas cuestiones ya examinadas en los dos trabajos anteriores, al tiempo que se hacen cargo de las novedades que el decurso de estos veinticinco años han supuesto para el Defensor del Pueblo español. Se

* Estas líneas forman parte, sencilla y humildemente, de un homenaje colectivo a la memoria del desaparecido y recordado profesor Ferrando Badía, quien, en uno de sus últimos servicios públicos, desempeñó el cargo de Adjunto del *Sindic de Greuges de la Comunitat Valenciana*, su tierra, a la que tanto quiso, y con la que plenamente se identificó. Al evocar hoy su memoria a través de estas líneas, no puedo pasar por alto otros recuerdos de entrañables maestros que le precedieron en la cátedra valenciana, como los profesores Sevilla Andrés y Tomás Villarroya. Al homenajear hoy póstumamente al profesor Ferrando Badía haría, con él, memoria de los maestros que nos han dejado su huella y que tan entrañable y elevado recuerdo nos han dejado en nuestro quehacer humano y académico.

¹ A este último, tan desconocido, se dedicará buena parte de un trabajo posterior.

trata de una nueva mirada sobre algo que ya es conocido, pero que, con el transcurso del tiempo, puede verse con perspectivas y luces distintas.

Para dar cumplimiento a la anterior declaración de intenciones, no estará de más recordar la razón última de la aparición del Defensor del Pueblo en nuestro constitucionalismo, operada en el texto de 1978, que define a España, y, por ende, a su sistema constitucional y político, como un «Estado social y democrático de Derecho». Definición que, desde el punto de vista meramente histórico, va de lo posterior a lo anterior, de lo más reciente a lo previo temporalmente. Porque no hay que olvidar que el Estado liberal, surgido del periodo revolucionario de finales del siglo XVIII, se transformó progresivamente en Estado de Derecho, en Estado democrático pasada la mitad del siglo XIX, y en Estado social, en los primeros veinte años del siglo XX, aunque en el establecimiento de periodos históricos sea imposible fijar fechas únicas y generales.

La aparición del constitucionalismo social en el periodo que medió entre las dos guerras mundiales del siglo pasado, supuso una radical transformación en la regulación y el tratamiento de los derechos constitucionales de los ciudadanos. En el constitucionalismo liberal, transformado luego en democrático, la clave de tal regulación había consistido, en buena medida, en el listado o la relación cuantitativa de tales derechos –a más derechos recogidos en la constitución correspondiente, más libertades para los ciudadanos–, lo que se expresa de modo inequívoco en la prescripción *ad cautelam* del art. 29 de la Constitución española de 1869, auténtico precepto en blanco o cláusula de apertura en la regulación de los derechos, al establecer que «La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquiera otro no consignado expresamente».

El constitucionalismo social iba a alterar tal visión, ahondando más que en esa perspectiva cuantitativa, en su efectividad, en la real aplicación de esos derechos constitucionalmente consagrados. Reconocer derechos sin que estuvieran garantizados era algo inútil. La regulación de los derechos en el constitucionalismo social está, por tanto, esencialmente centrada en sus garantías.

El desarrollo del siglo XX, y el alborar del siglo actual, con tantas y tan veloces transformaciones y acontecimientos, que de una u otra manera han incidido en el campo de los derechos y libertades –globalización, terrorismo internacional, derechos transversales...– ha confirmado esa visión de los derechos. Lo que se mira de ellos no es su listado, su enumeración, sino las garantías constitucionales que los hagan efectivos.

Esas garantías han sido clasificadas doctrinalmente de varias maneras, según su campo de procedencia. Así, se habla, fundamentalmente, de garantías jurisdiccionales, porque es en sede jurisdiccional donde se desenvuelven, y de garantías normativas, porque la garantía viene definida por determinada regulación o reserva legal. Junto a estos dos tipos de garantías más definidos, se citan otras, de carácter más heterogéneo o difuso, agrupadas en torno a nombres diversos, algunos meramente descriptivos, siquiera negativamente, como el de garantías

extrajudiciales –Álvarez Conde–, garantías institucionales –Balaguer Callejón– o, por terminar, garantías orgánicas, por suponer la creación de órgano específico –Pérez Royo–. En este tercer tipo de garantías –extrajudiciales, institucionales o de naturaleza orgánica– de los derechos cabe enmarcar la figura del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, en versión española, y sus variantes correspondientes.

En la acentuación de las garantías de derechos y libertades del constitucionalismo actual, del constitucionalismo social, encuentra su última razón de ser la figura del Defensor del Pueblo de nuestra vigente Constitución, traslación actualizada de la institución del *Ombudsman* sueco, traslado que, dentro de ese afán de garantizar los derechos, se ha producido, de modo desigual, en bastantes países.

Esa generalización de la institución sueca ha llevado a que en el Estado autonómico español se haya reflejado también a nivel de las comunidades autónomas. La mayor parte de ellas han recogido, a su vez, en la mayoría de los casos en su correspondiente Estatuto, una institución similar al Defensor del Pueblo. Salvo, fundamentalmente, en el caso de Aragón, con su Justicia, casi todas ellas careciendo de una tradición histórica definida.

2. LA OMBUDSMANIA

La segunda mitad del siglo XX ha sido testigo de lo que, en cierto sector doctrinal, se ha conocido como la *ombudsmania*, en expresión que hizo fortuna a comienzos de la década de los setenta del pasado siglo. El fenómeno ha consistido en generalizar, en casi todos los niveles territoriales, materiales o personales posibles, la institución sueca del *ombudsman*, como figura de intermediación entre los ciudadanos y los poderes públicos o entidades prestadoras de servicios.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en torno a 1960, y diez años más tarde, 1971, la Conferencia Parlamentaria Europea que se celebró en Viena, recomendaron que todos los países considerasen la posibilidad de crear un órgano que recibiese las quejas relativas al funcionamiento de la administración pública. Las miradas se volvieron hacia una institución que, precisamente, encajaba perfectamente con lo que se estaba buscando y, además, ya gozaba de tradición en varios países desarrollados y avanzados en todos los aspectos. Nació la denominada *ombudsmania*.

El *ombudsman* había nacido en Suecia y adquirió rango constitucional por primera vez en el texto de 1809. Aunque en el citado país nórdico pueden encontrarse precedentes ya en el siglo XVI, fue al comenzar el siglo XVIII cuando la prolongada ausencia del reino de Carlos XII –victorioso en sus primeras campañas militares, luego derrotado en Rusia, exiliado en Turquía, en donde, al parecer, tomó la idea de institucionalizar la figura que nos ocupa, y muerto en Poltava al explotarle una granada– llevó a este monarca a designar a un

representante suyo, el Canciller de Justicia, para supervisar la actuación de los funcionarios de la administración en su ausencia.

La citada Constitución sueca institucionalizó en su art. 96 la figura del *Justitieombudsman*, que debía ser elegido por la Asamblea Representativa —el Parlamento—, y que estaba caracterizado por su reconocida capacidad jurídica e integridad moral. La nueva institución asumió buena parte de las funciones del Canciller de Justicia, cuya existencia se mantuvo. Debía supervisar la legalidad en la actuación de la administración pública, protegiendo al ciudadano frente a la misma, e investigar las quejas contra los posibles errores administrativos. En 1915 se nombró un *Ombudsman* específico para asuntos militares —el *Militieombudsman*— para descargar al primero de ese tipo de asuntos, si bien en 1968 se unificó de nuevo la institución. El capítulo XII, artículo 6, de la vigente Constitución de 1974 —el llamado «Instrumento de Gobierno» o *Regeringsformen*— establece que el Parlamento elegirá uno o varios *ombudsmän* para que supervisen la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. Se le atribuye la posibilidad de entablar acciones judiciales, de asistir a las deliberaciones de tribunales y autoridades, a quienes, por su parte, se obliga a colaborar con el *ombudsman*.

Finlandia, unida históricamente a Suecia, siguió el ejemplo y dio rango constitucional a su *Ombudsman* en 1919. Hoy lo regula el art. 38 de la vigente Constitución de 1999.

En Dinamarca, el *Ombudsman* fue instituido en 1953 por el art. 55 de la importante Constitución de ese año, importancia derivada de su vocación reformadora —transición al unicameralismo, entre otras novedades—, diferenciándose de sus colegas sueco y finlandés en que no puede investigar quejas contra los jueces, siendo, además, sus poderes de control de la Administración más limitados. Pero, por vez primera, dejando aparte el caso finlandés, distinto por su unión con Suecia, el *Ombudsman* se implantaba en un régimen jurídico distinto al de su país de origen. Al establecerse en Dinamarca, la institución salía de sus fronteras originales casi doscientos cincuenta años después. Poco antes, y por terminar con Escandinavia, Noruega había creado, en 1952, un *Ombudsman* de carácter exclusivamente militar.

En Alemania la institución se introdujo en 1957, en la forma de un *ombudsman* militar, dedicado fundamentalmente a asegurar el control parlamentario sobre la actividad militar, vigilando su adecuación a la democracia. Sin embargo la figura acabó desapareciendo, y hoy su función es desempeñada en buena medida por la Comisión de Peticiones del *Bundestag*.

Respecto a Italia, no existe un Defensor del Pueblo o institución similar, ni una Comisión de peticiones, de nivel nacional. Sin embargo, desde 1974, existen un buen número de defensores regionales en las Provincias Autónomas, denominados habitualmente como *Difensore Civico*, cuyo coordinador es el Defensor de Lombardía. Se da la peculiaridad de que en dos Regiones, Lazio y

Valle de Aosta, se permite la participación popular en la designación del Defensor correspondiente.

Instituciones similares han aparecido posteriormente en Bélgica (ley de 22 de marzo de 1995), en donde hay dos figuras paralelas, una para la comunidad valona y otra para la flamenca.

En Luxemburgo, la influencia del Mediador francés ha pesado decisivamente, y no sólo en la adopción del nombre. El 16 de julio de 2003, la Cámara de Diputados luxemburguesa aprobó el proyecto de ley por el que entraba en funcionamiento esa institución, no prevista en la Constitución del país, siendo operativa desde el 1 de mayo siguiente. La idea de crear una figura similar al actual Mediador data en Luxemburgo del año 1976, cuando el Gobierno elaboró un proyecto de ley que presentó a la Cámara de Diputados, por el que se creó un comisario general para controlar la actividad administrativa, tanto estatal como local. Pero, debido a las numerosas reticencias, el proyecto entró en vía muerta. La idea se retomó en la declaración del Gobierno de 12 de agosto de 1999, en la que se afirmaría: «Recomendamos al parlamento el nombramiento de un *Ombudsman*, un delegado del pueblo, que analice las quejas del ciudadano en sus relaciones con la administración, que allanará las dificultades, y que someterá al parlamento las iniciativas de reforma». Su funcionamiento, como se ha apuntado anteriormente, estaría inspirado en el Mediador francés, lo que le separa notablemente de la figura original sueca.

En Portugal, aunque existieron propuestas anteriores para introducir la figura objeto de nuestro estudio, fue a partir de la Revolución de los Claveles, 25 de abril de 1974, cuando se acometió definitivamente la tarea. Un Decreto ley de junio de ese año propuso la creación de un Proveedor de Justicia, designado por el Poder Legislativo, con actuación independiente del Ejecutivo, para recibir las quejas de los particulares por actuaciones procedentes de la administración. En abril de 1975, un Decreto ley creó la figura del Proveedor, designado por el Presidente de la República. El texto constitucional de 2 de abril de 1976, instituyó, en su art. 24, el Proveedor de Justicia, de similar naturaleza al arquetípico *Ombudsman* sueco: independiente del Ejecutivo y de los medios graciabiles y contenciosos, designado por la Asamblea Legislativa, sin poder decisorio y con la facultad de poder dirigir recomendaciones a la administración. El primer titular tomó posesión el 17 de marzo de 1976.

Mención aparte merecen los casos de Francia y el Reino Unido, en donde las figuras del Mediador y del Comisario Parlamentario, respectivamente, abrieron una vía distinta respecto a la naturaleza de la institución que nos ocupa. La nueva vía, que sirvió de ejemplo para algunos casos posteriores, se separaba sustancialmente del arquetipo sueco, y supuso unas importantes diferencias operativas, siendo las dos principales la de que su elección correspondiera al Ejecutivo y la de que su relación con el ciudadano no fuera directa, sino a través de un parlamentario.

Sin embargo, la situación parece abocada a cambiar radicalmente en el caso galo, a tenor de lo previsto en la reforma de la Constitución francesa operada en julio de 2008, en la que se ha establecido un nuevo título, el XI bis, intitulado «El Defensor de los Derechos», de este tenor:

Art. 71.I. «El Defensor de los derechos vela por el respeto de los derechos y libertades por parte de las administraciones del Estado, las colectividades territoriales, los establecimientos públicos, así como por todo organismo investido de una misión de servicio público, respecto a los que la ley orgánica le atribuya competencias.

Puede actuar, en las condiciones previstas por la ley orgánica, a petición de toda persona que se estime perjudicada por el funcionamiento de un servicio público o de un organismo señalado en el párrafo anterior. Puede actuar de oficio.

La ley orgánica define las competencias y modos de intervención del Defensor de los derechos. La ley orgánica determina las condiciones en las que puede ser asistido por un colegio para el ejercicio de algunas de sus competencias.

El Defensor de los derechos es nombrado por el Presidente de la República por un mandato de seis años no renovable, en aplicación del procedimiento previsto por el último párrafo del artículo 13. Sus funciones son incompatibles con las de miembro del Gobierno y del Parlamento. El resto de sus incompatibilidades se determinan por la ley orgánica.

El Defensor de los derechos rinde cuenta de su actividad al Presidente de la República y al Parlamento.»

La novedad que supone la reforma reciente del texto constitucional francés, y que justifica transcribir el artículo en su integridad, plantea algunas dudas que sólo el desarrollo de la institución por la anunciada ley orgánica podrá resolver. Su efectivo procedimiento de elección, el sistema de acceso al mismo por los ciudadanos, etc., determinarán si el nuevo Defensor francés se acerca al modelo original del *Ombudsman* sueco, o si, por el contrario, mantiene las mismas diferencias notables respecto a la institución original sueca. Un dato, procedente del último párrafo del transcrito art. 71.I, parece sintomático. Da la sensación que el anunciado Defensor de los derechos francés no va a acabar de soltar amarras respecto al Ejecutivo, en la línea, aunque matizada, de su precedente, el Mediador. De ahí que su rendición de cuentas no se limite al Legislativo, sino también al Presidente, y de que su nombramiento por el Jefe del Estado, aunque sea aplicando el procedimiento del último párrafo del art. 13, no vaya a ser un acto meramente formal, sino que la voluntad presidencial tenga peso un específico importante a la hora de la elección del Defensor francés. Pero, en todo caso, y para ponderar el juicio habrá que esperar a la anunciada ley orgánica de desarrollo.

Respecto al Reino Unido, la institución del Comisario Parlamentario se creó por una ley de 1967, que vino a suponer el final de un complejo proceso, iniciado con la redacción del informe Wyatt, a comienzos de la década de los sesenta. En 1964 las elecciones dieron como resultado el triunfo laborista, partido en cuyo programa se incluía la creación del Comisario para la defensa de los ciudadanos frente a la administración. En 1965, se presentó ante el Parlamento un informe sobre la viabilidad de la institución, basándose en la experiencia neozelandesa, que

la había introducido tres años antes. Pero, a la postre, el Comisario inglés se apartó del modelo original del *Ombudsman* sueco. Como ya se ha anticipado, el Comisario británico es designado por la Corona, a propuesta del Gobierno, sin que en este apartado intervenga para nada el Parlamento. El nombramiento se efectúa por tiempo indefinido, con el único tope de su jubilación a la edad de 65 años, y la condición de observar buena conducta por parte del mismo. Por otro lado –dato éste fundamental– el ciudadano no puede dirigirse directamente al Comisario parlamentario, sino que debe hacerlo a través de un miembro del Parlamento, a través del cual también el Comisario dará cuenta de su gestión al ciudadano que hubiera presentado la reclamación. Tal necesidad de intermediación se preveía en el informe Wyatt como algo meramente transitorio, en tanto se consolidaba la institución. Cabe señalar, además, que el Comisario Parlamentario no puede actuar de oficio. Todo ello no impide que su actuación sea funcionalmente independiente, al menos teóricamente, tanto del Ejecutivo como del Parlamento.

La figura del Comisario británico plantea la duda de si nos encontramos, o no, ante una institución equiparable al *Ombudsman* sueco. En opinión de Rowat:

«Parece evidente que Gran Bretaña ha adoptado el plan en una forma innecesariamente incompleta. El argumento de que siempre podrán 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 todos los proyectos 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.»²

Entre nosotros, el profesor Fairén Guillén negó al Comisario británico la condición de verdadero *Ombudsman*, al sostener que

«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*.»³

Por su parte, Pellón Rivero apostilla:

«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

² Donald C. Rowat: *El ombudsman*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 20.

³ Víctor Fairén Guillén: *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 149.

discrimina la esfera de competencia del *Ombudsman* y puede cercenar las aspiraciones en los particulares de ser oídos por éste.»⁴

En sentido contrario, el profesor Carballo Armas considera al Comisario inglés como un verdadero *Ombudsman*, bien es cierto que con una posición mucho más debilitada que las instituciones similares que han seguido el modelo original sueco.⁵

También en los países incorporados a la Unión Europea, y procedentes de la esfera de influencia de la extinta URSS, se extendió la institución. Por ejemplo, en Bulgaria, ya entrado el siglo actual; en la República checa, en donde un preexistente Defensor de los Derechos fue regulado por ley de 2006; o en Eslovenia, por ejemplo, donde la institución se regula por ley del año 2001.

En resumen, la *ombudsmanía* ha supuesto que más de noventa países del mundo hayan creado más de trescientas figuras similares, tanto de nivel estatal como de niveles territoriales menores, cual es el caso de España. Ello sin contar con otro tipo de *defensores* del ciudadano, de ámbito o naturaleza particular, como los defensores de los usuarios, por ejemplo, de bancos, universidades, sistemas de comunicación, etc.

Tanto, y tan variado tipo de *defensores* plantea, a veces, problemas de desorientación, que lleva a preguntarse hasta qué punto un menor número de asistencias, pero más coordinadas, ágiles, conocidas y directas –de intervención inmediata, o casi-inmediata– no serían más eficaces para un ciudadano atezado por tantas y tan diversas redes de relaciones de tipo, a su vez, tan heterogéneo, y, en no pocos casos de urgente resolución. Claro que son situaciones heterogéneas, pero cuya reclamación acaba mareando, si no aburriendo, al ciudadano, que acaba desistiendo por temor al hastío de acudir a cualquier tipo de intermediación. Mientras tanto, entidades públicas o privadas, en algún lamentable caso actuando en sospechoso régimen casi monopolístico, conculcan –o casi– su derecho a la libre circulación, a la libertad de comunicaciones, a la salud e integridad física, a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, a la libre información, etc.

En suma, el ciudadano angustiado necesita un *número 112* para emergencias de este tipo, sean de naturaleza pública o privada, siempre que se conculquen sus derechos y legítimas aspiraciones, sin que le importen disquisiciones en materia de competencias, y otras finuras jurídicas. Y esa es la misión del Defensor del Pueblo.

⁴ Ricardo Pellón Rivero: *El Defensor del Pueblo*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982, p. 43.

⁵ Pedro Carballo Armas: *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el Derecho Comparado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 91.

3. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ESPAÑA Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

La institución del Defensor del Pueblo adquiere rango constitucional por vez primera en España merced al art. 54 de nuestro texto de 1978:

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

El Anteproyecto constitucional, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, de 5 de enero de 1978, ya recogía esta figura en su art. 46, donde se proponía:

«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.»

Alusión esta última a las acciones que podían ejercerse ante los tribunales ordinarios, basadas en los principios de preferencia y sumariedad, para tutelar determinados derechos, y al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La Ponencia constitucional del Congreso de los Diputados modificó el Anteproyecto, y dio una nueva redacción al texto que nos ocupa, que pasó a ser el art. 49. Su nuevo tenor sería el que sigue:

«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.»

Como ya hemos mantenido en otro trabajo, la asignación al Defensor del Pueblo de la misión de velar por el respeto a los principios del Estado de Derecho por parte de los poderes públicos, hubiera producido un desmedido aumento en sus atribuciones, y hubiera provocado la aparición de una institución de perfiles aún más difusos, dada su vaguedad e imprecisión.⁶

Idéntica redacción se mantuvo por parte de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes* de 1 de julio de 1978) y del propio Pleno de la cámara, donde la cuestión pasó sin excesivo interés y con ausencia total de debate por parte de los diputados (*Boletín Oficial de las Cortes* de

⁶ Francisco Astarloa Villena: *El Defensor del Pueblo en España*, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 1994, p. 13.

24 de julio de 1978). También mantuvo esa redacción la Comisión de Constitución del Senado, con alguna modificación más de redacción que de fondo, en el párrafo segundo, eliminando los gerundios, que tan mala fama parecen tener entre los gramáticos. En la cámara alta se había rechazado, sin debate de importancia, las enmiendas de Pedrol Rius, Gutiérrez Rubio y Bandrés Molet, entre otros, centradas, en buena medida, en deslindar competencias entre Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, así como a posibilitar la existencia de defensores del pueblo de las comunidades autónomas. El *Boletín Oficial de las Cortes* del 13 de octubre de 1978 publicaba el acuerdo del Pleno del Senado por el que se redactaba el artículo tal como había salido de la Comisión.

Fue la Comisión Mixta Congreso-Senado la que redactó el artículo de modo definitivo, por lo que puede colegirse que no se limitó a escoger entre textos propuestos, ni a limar la redacción, sino que fue más allá, «dejándonos en el aire la duda de hasta dónde se extendían las competencias de dicha Comisión». ⁷

Por lo que hace al desarrollo normativo de la institución, habría que esperar –poco– hasta la que La Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, cubriera las expectativas del art. 54 del texto constitucional. Pese a algunas modificaciones posteriores, ⁸ la L. O. 3/1981 sigue manteniendo lo esencial de su regulación original.

Superada la discusión ⁹ sobre el posible entronque entre el Defensor del Pueblo con alguna institución histórica –el *Sabih-al-Mazin* de la dominación árabe o el Justicia de Aragón– cabe señalar que la institución nacional objeto de comentario no ha despertado un excesivo interés doctrinal, siendo relativamente escasos los estudios que se han centrado en la misma.

Habitualmente la doctrina ha abordado el estudio constitucional del Defensor del Pueblo desde el punto de vista del régimen de garantías de los derechos y libertades, propio de la consideración de los mismos en el constitucionalismo social. Así, el profesor Montilla Martos afirma que

«El Defensor del Pueblo debe concebirse como una garantía adicional de los derechos de los ciudadanos en el control de la actividad de los poderes públicos, frente a unas administraciones mastodónticas, no siempre respetuosas con la posición jurídica garantizada a los ciudadanos por el ordenamiento jurídico». ¹⁰

⁷ Álvaro Gil-Robles Gil-Delgado: *El Defensor del Pueblo*, Civitas, Madrid, 1979, p. 63.

⁸ Esas modificaciones han sido la L.O. 2/1992, de 5 de marzo, creando una Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de las relaciones entre las Cortes Generales y el Defensor del Pueblo, y a quien se encomienda también la propuesta de candidatos para su nombramiento por las Cámaras; y la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal, y que derogó el art. 24.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo.

⁹ Los protagonistas principales de la polémica fueron, fundamentalmente, los profesores Óscar Alzaga Villamil (vid. *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, ed. Del Foro, Madrid, 1978, p. 351) y Víctor Fairén Guillén (vid. *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, tomo I, cit. p. 16).

¹⁰ En Francisco Balaguer Callejón (coord): *Manual de Derecho Constitucional*, vol.II. Tecnos, Madrid, 2005, p. 311.

Por su parte, el profesor Torres del Moral entiende que el Defensor del Pueblo «puede ser útil en esa función persuasora y estimuladora del autocontrol y, además, facilita el control parlamentario de la Administración». ¹¹ Mientras que el profesor Alzaga Villaamil opina que:

«Su función se debe contemplar desde la Administración como la de un *colaborador crítico*, con el que es preciso cooperar no sólo para cumplir con lo que puede parecer un incómodo mandato legal, sino por la lógica última del Estado de Derecho, en que todas sus piezas están al servicio de los derechos y libertades de las personas. Desafortunadamente, esto en buena parte de los casos no es así. El Defensor del Pueblo –que ya de suyo no es una institución de la que se puedan esperar efectos taumáturgicos– suele ser recibido con abierta desconfianza por buena parte de los funcionarios con los que ha de relacionarse.» ¹²

La vaguedad e imprecisión que aún pueden achacarse a la regulación del art. 54 de nuestra Constitución son considerados como datos positivos por algún sector doctrinal:

«Sin embargo, paradójicamente, quizá en esta falta de precisión de los redactores se encuentre la salvación de la institución [...] Porque, a mi juicio, el problema está cabalmente en evitar duplicidades y solapamientos con las instituciones ya existentes. Ni hay que adelantarse, pues, con júbilo a saludar al Defensor del Pueblo como la panacea de nuestras libertades, ni tampoco puede tomarse al pie de la letra la afirmación del profesor Drago “qu'on permette a un juriste français de dire: le meilleur Ombudsman, c'est le Conseil d'Etat”.» ¹³

4. LA NATURALEZA JURÍDICA Y EL ESTATUTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Varios aspectos convendrá examinar a propósito de esta cuestión: (a) su condición de *comisionado de las Cortes Generales*, definida por el art. 54 de nuestra Constitución; (b) su dependencia orgánica e independencia funcional respecto de las propias Cortes Generales, de las que es *alto comisionado*, independencia que se manifiesta en la regulación de su estatuto personal; (c) su carácter unipersonal o pluripersonal; (d) su posible consideración como órgano constitucional; y (e) si esta versión española se corresponde con la institución original sueca del *ombudsman*. El conjunto de estos aspectos determina o configura la naturaleza de nuestro Defensor del Pueblo. Examinemos cada uno de los cinco.

¹¹ Antonio Torres del Moral: *Principios de Derecho Constitucional español*, tomo I, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 574.

¹² Óscar Alzaga Villaamil: *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 246.

¹³ Fernando Garrido Falla: «Artículo 54», en *Comentarios a la Constitución* (2ª ed. Ampliada), Civitas, Madrid, 1985, p. 991.

4.1 Su condición de comisionado de las Cortes Generales

El art. 54 del texto constitucional determina taxativamente el primer dato referente a la naturaleza del Defensor del Pueblo: es *un alto comisionado de las Cortes Generales*, de las que, por tanto, depende orgánicamente.

Un «comisionado» es el «encargado de una comisión», que a su vez, y según la Real Academia de la Lengua, es «la orden y facultad que alguien da [...] a otra persona para que ejecute algún encargo o entienda en algún negocio».

Se trata, por tanto, de un órgano que podríamos denominar como «auxiliar», en tanto en cuanto su actuación le viene dada por encargo o comisión de otro, del que de alguna manera depende. Su existencia deriva, pues, de tal encargo, sin el que aquélla no tendría sentido alguno.

Esto tiene como consecuencia primera que su elección y su cese dependen de la voluntad de quien le ha encomendado tal encargo, así como que es a éste, – en nuestro caso a las Cortes–, a quien tiene que rendir cuentas, fundamentalmente a través de sus informes, del desarrollo de la gestión realizada fruto de tal encomienda. Su presupuesto anual, consecuentemente, se incluye dentro del de las propias Cortes Generales.

Y ello es así, porque por definición constitucional –art. 66.1– las Cortes Generales son, *prima facie*, quienes representan al pueblo español en su conjunto y son depositarias primeras de su soberanía. Y no se puede obviar el hecho de que en la esencia del constitucionalismo, desde sus albores –Inglaterra 1215, *Carta Magna*, por apuntar alguna fecha– figura la defensa de los derechos y libertades. Por lo que esa defensa es consustancial al régimen constitucional y, por tanto, al órgano de representación popular.

4.2 Su dependencia orgánica e independencia funcional

La otra cara de la moneda de su naturaleza de comisionado de las Cortes Generales –esto es: de su dependencia orgánica– es su independencia funcional. La propia Constitución y la Ley Orgánica de desarrollo señalan las diversas manifestaciones y consecuencias de ello.

Su independencia del órgano que le eligió, y del que depende, adquiere rango constitucional cuando se le legitima –art. 162.1.a– para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y normas de rango asimilado. O sea, que el órgano dependiente –el Defensor del Pueblo– puede recurrir la actividad más propia y específica del órgano principal –el legislativo–, lo que, en expresión del profesor Pérez Calvo, pudiera resultar «paradojico», convirtiéndose

en una razón «que aconseja la configuración de un Defensor del Pueblo autónomo.¹⁴

A esta previsión constitucional de legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad, cabe añadir otros datos más que ayudan a perfilar a la institución objeto de estudio como funcionalmente independiente de las propias Cortes Generales. Estos datos nos los ofrece su Ley Orgánica de regulación y desarrollo, anunciada en el art. 54 de la Constitución, especialmente a través de la configuración de su estatuto propio.

Configuran ese estatuto personal: (a) su modo de designación y su régimen de incompatibilidades; (b) la duración de su mandato; (c) su cese y, por último, (d) sus prerrogativas.

4.2.1 Su modo de designación y su régimen de incompatibilidades

Los apartados 4 y 5 del art. 2 de la Ley Orgánica establecen, respectivamente, que propuesto el candidato o candidatos por la Comisión Mixta de las dos cámaras encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo – introducida por la reforma de 1992– el Pleno del Congreso se convocará en término no inferior a diez días para proceder a su elección, por el voto favorable de las tres quintas partes de los diputados. A continuación, la elección se trasladará al Senado para que, en el plazo máximo de veinte días, se ratifique por esa misma mayoría.

Caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procederá en 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 alcanzarse la mayoría absoluta del Senado. No es extraña la manifestación constitucional del desequilibrio de nuestro bicameralismo, regla, por otra parte, general en Derecho comparado. Pero sí interesa hacer notar que exigiendo un *quórum* tan alto de votación en el Congreso se ha pretendido encontrar un titular de la institución que nos ocupa que pueda actuar con holgura, sin sometimientos a una mayoría partidaria estrecha y ajustada, es decir que ejerza su misión de modo independiente.

En general, el *quórum* exigido, común por lo demás para la elección de órganos constitucionales, pese a ser elevado, se considera correcto por la doctrina. Así, el profesor Carballo Armas mantiene que «la irreprochable pretensión del legislador en este aspecto ha sido bien clara: evitar que el nombramiento del Defensor del Pueblo pueda ser acaparado por una formación política y de este modo salvaguardar la neutralidad de la institución».¹⁵

¹⁴ Alberto Pérez Calvo: «Artículo 54», en Óscar Alzaga Villamil (dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas* (tomo IV), Edersa, Madrid, 1983, . 507.

¹⁵ Pedro Carballo Armas: *El Defensor del Pueblo*, cit., p. 167.

Respecto a las incompatibilidades, el art. 70 de la Constitución señala, en su primer apartado, que «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 art. 7.1 de la Ley Orgánica especifica y amplía las incompatibilidades:

«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.»

Como puede observarse, el elenco de incompatibilidades es notable, y la propia lectura del precepto resulta poco menos que agotadora y asfixiante. Parece como si el legislador no hubiera querido dejar resquicio alguno por el que el Defensor del Pueblo pudiera tener otra actividad al margen de su cargo. Alguna de las incompatibilidades señaladas no dejan de plantear problemas, incluso teóricos, en parte por una redacción del precepto no excesivamente afortunada. Porque de la literalidad del mismo parece deducirse que, respecto a un partido político, la incompatibilidad se extiende a la afiliación, al desempeño de función directiva, y a estar empleado –término de dudoso alcance– en el mismo; respecto a un sindicato, asociación o fundación alcanza al desempeño de función directiva y al empleo a su servicio. Por otro lado, y para evitar dudas, el inciso final supone una especie de cláusula de cierre que no le permite actividad alguna sea del tipo que sea.

Pese a que la enumeración de las incompatibilidades pueda parecer, incluso, hasta agobiante, no puede calificarse de desproporcionada, juicio que ha merecido a algún sector de la doctrina.¹⁶ Y es que a la hora de crear una magistratura de influencia, como la que nos ocupa, toda precaución o cautela es poca a la hora de velar por su neutralidad e independencia de gestión, que es lo que se pretende con un régimen de incompatibilidades tan minucioso y detallado. Posiblemente, las mismas críticas hubieran ido en sentido contrario si legalmente no se hubieran tomado todas estas medidas precautorias, por exageradas que puedan parecer. Es verdad que puede haber asociaciones o fundaciones distantes del ámbito político. Pero no es menos verdad que en un mundo en el que las esferas de lo público y lo privado se entrelazan hasta confundirse en no pocas ocasiones, lo más nítido es preservar la neutralidad hasta el extremo, pese a parecer rotundo en exceso.

Desde algún sector doctrinal se han puesto pegas a la imposibilidad legalmente establecida de militancia en un partido –actividad esencial y comprometidamente política– y, sin embargo, se ha justificado la prohibición de pertenecer a alguna institución de carácter y compromiso más personales. Salvo casos raros, parece que el hecho, por ejemplo, de pertenecer a una cofradía, y,

¹⁶ Entre otros, Pedro Carballo Armas: *El Defensor del Pueblo*, cit., p. 169.

hasta si se apura a un sindicato, ofrece una menor «contaminación» que la de militar en un partido político.¹⁷ Quizá la piedra de toque pudiera establecerse en la existencia posible de compromiso de obediencia en lo temporal a alguna instancia. En todo caso, la cautela al límite que ofrece la Ley Orgánica a la hora de establecer las incompatibilidades del Defensor del Pueblo parece justificada y digna de elogio.

4.2.2 La duración de su mandato

La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo fija en su art. 2.1 la duración de su mandato en cinco años. Obsérvese, por lo tanto, que su renovación no coincide con la de las Cortes Generales, que se renuevan –salvo que se acorte el mandato, en aplicación de las diversas modalidades de disolución parlamentaria– cada cuatro años como máximo. Debe entenderse esta falta de equiparación de los mandatos como una garantía adicional de la independencia del Defensor del Pueblo. Su vinculación es con el órgano como tal –las Cortes Generales, de las que es alto comisionado– pero no con la concreta composición de las mismas, que habrá variado durante el mandato del Defensor, fruto de las elecciones generales. Por otro lado, nada impide la reelección del Defensor del Pueblo, aunque no haya sido éste el criterio habitual en España. Lo lógico es que el titular de una magistratura de influencia y prestigio que ha desempeñado correctamente su función sea reelegido. Sólo en el caso de Enrique Múgica se produjo la reelección para un segundo mandato, en junio de 2005, pese a que algún titular anterior también pretendió un nuevo periodo.

Respecto a la duración del mandato previsto por la Ley Orgánica, cabe decir, echando una ojeada al Derecho comparado, que los cinco años previstos están dentro de lo que podríamos calificar como parámetro ordinario de las instituciones afines. Cuatro años es el mandato de los *Ombudsmänner* escandinavos y el danés, coincidiendo en este último caso con el mandato del *Folketing*. El Mediador francés tenía un mandato de seis años, pero habrá que esperar a comprobar cuál es la duración del mandato del nuevo Defensor de los derechos, anunciado en la reforma constitucional ya citada. También se ha señalado en líneas anteriores la inexistencia de temporalidad en el mandato del Comisario del Reino Unido. El mantenimiento de buena conducta y el cumplimiento de los 65 años por parte del titular son los únicos límites de ese mandato de duración indefinida.

Por otro lado, cabe señalar la previsión del art. 11.1 y 3 de la Ley Orgánica cuando afirma, con toda lógica, que la actividad del Defensor del Pueblo no se interrumpe si las Cortes no están reunidas, o están disueltas o con su mandato agotado, ni tampoco si han sido declarados los estados de excepción o sitio, a

¹⁷ Lamento por ello discrepar de lo que expuso el recordado, y apreciado, profesor Juan José Ruiz Rico en «El Defensor del Pueblo andaluz», en *El Estatuto de Andalucía*, vol. IV, Ariel, Barcelona, 1990, p. 147.

tenor del art. 116 de la Constitución, lo que resulta perfectamente explicable al encontrarnos ante una institución de garantía de los derechos. Todo ello, además, es así por tratarse de mandatos distintos.

La única posible restricción viene dada por el último inciso del apartado 3 de la Ley Orgánica cuando contempla la posibilidad de que, en virtud del art. 55 de la Norma fundamental, se restrinja el derecho de algún ciudadano de acceder al Defensor del Pueblo. Tal restricción no deja de suscitar algún reparo, pues una cosa es la limitación de los derechos, instituto perfectamente lógico y otra cosa distinta es la restricción de las garantías de los derechos. El personaje incurso en la previsión del art. 55 puede –y debe– ver limitados algunos derechos, pero siempre mantiene una buena cantidad de ellos, que deben ser objeto de garantías, y, más aún si cabe en su peculiar situación.

4.2.3 Su cese

El artículo 5 de la Ley Orgánica determina lo que podríamos denominar como «blindaje legal» de su cese, causas legal y taxativamente determinadas, otra garantía más de la independencia con la que debe ejercer su tarea:

«Artículo 5.1. El Defensor del Pueblo cesará por alguna de las siguientes causas:

Por renuncia.

Por expiración del plazo de su nombramiento.

Por muerte o incapacidad sobrevenida.

Por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo.

Por haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.

2. La vacante en el cargo se declarará por el Presidente del Congreso en los casos de muerte, renuncia y expiración del plazo del mandato. En los demás casos se decidirá, por mayoría de las tres quintas partes de los componentes de cada Cámara, mediante debate y previa audiencia del interesado.

3. Vacante el cargo se iniciará el procedimiento para el nombramiento de nuevo Defensor del Pueblo en plazo no superior a un mes.

4. En los casos de muerte, cese o incapacidad temporal o definitiva del Defensor del Pueblo y en tanto no procedan las Cortes Generales a una nueva designación, desempeñarán sus funciones, interinamente, en su propio orden, los Adjuntos al Defensor del Pueblo.»

De las causas de cese transcritas, las dos primeras y la muerte del titular ofrecen pocas dificultades interpretativas y prácticas, ya que se declaran por el Presidente del Congreso. Pero en cuanto a los demás casos, el precepto especifica que «se decidirá por mayoría de las tres quintas partes de los componentes de cada cámara, mediante debate y previa audiencia del interesado». Tal determinación legal plantea algunos problemas.

No queda claro a qué tipo de *incapacidad sobrevenida* se refiere la Ley Orgánica. Si se trata de una incapacidad provocada por motivos de salud –que

entiendo es lo más probable, al situarla junto a la muerte como motivo de cese—no parece probable que el titular de la institución esté en condiciones de ser oído, y, menos de debatir, con cada una de las cámaras, ni, si fuera el caso, con la Comisión Mixta, por lo que tal requisito parece superfluo. No cabe objetar que la Ley lo entiende implícitamente así, y que se incluye en igual supuesto que la muerte, porque cuando ha querido separar ambos supuestos, lo ha hecho expresamente. Por otro lado, no creo deba entenderse como incluidas dentro de esa *incapacidad sobrevenida* ni la que deba ser declarada judicialmente, que sería habitualmente fruto de la imposición de pena accesoria, pero entonces estaríamos en el último de los supuestos de cese del art. 5.1, ni creo pueda confundirse con la incompatibilidad sobrevenida, supuesto totalmente distinto.

Además, la exigencia del art. 5.2 sólo plantea problemas prácticos y perplejidad no pequeña, en los casos de negligencia notoria y de condena por sentencia firme, que, junto con la incapacidad sobrevenida, son los que requieren propiamente la puesta en marcha del procedimiento de cese transcrito, o sea la nueva mayoría de tres quintos de cada cámara. Pero antes de entrar en detalle, vale la pena observar que el art. 5.2, a diferencia con lo previsto para la designación del Defensor del Pueblo —art. 2.5 de la Ley Orgánica— no prevé rebaja alguna del *quorum* en el Senado.

No acaba de entenderse la necesidad de que se pronuncie nada menos que los tres quintos de cada cámara para decidir la vacante del Defensor del Pueblo, *mediante debate y previa audiencia del interesado* —por cierto, que el orden cronológico debería ser el inverso: sin oír al interesado, poco habrá que debatir—cuando ya ha sido condenado por sentencia firme por delito doloso. No acaba de entenderse el sentido de la votación de las cámaras, cuando el cese debería producirse automáticamente, sin más requisito posterior: ya se ha pronunciado definitivamente el Poder Judicial, y no se ve la razón por la que haya que votar nada. Bastaría la sentencia firme para que el Presidente del Congreso declarara la vacante por cese *ipso iure*. Esto suponiendo que el propio Defensor no dimita al conocer el contenido de la sentencia firme, que sería lo más razonable. Por otro lado, piénsese el esperpento que puede producirse si en alguna de las cámaras no se llega al *quorum* de tres quintos requerido a falta de un voto, por ejemplo. Es un ejemplo extremo, pero posible. ¿Qué ocurre entonces? El Defensor condenado por sentencia firme ¿mantendría su cargo? Si así es —y legalmente puede serlo— sería el modo más alambicado, pero infalible, de acabar con una institución que debe basarse en su prestigio. Pero, además, parecería suficiente para resolver el problema aplicar lo previsto por la propia Ley Orgánica, en su art. 3, cuando indica que «podrá ser elegido Defensor del Pueblo cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos». El requisito de las votaciones parlamentarias resulta superfluo en este caso, y más parece ser fruto de un celo excesivo de la autonomía-soberanía parlamentaria, en la terminología decimonónica, previa al constitucionalismo social, que a un ordenado ejercicio de la división de los poderes en el Estado.

Respecto al cese por notoria negligencia, también cabe plantearse algún escollo. Nada que oponer al supuesto como tal. Las Cortes Generales pueden revocar el nombramiento de su *alto comisionado* porque su negligencia notoria le haya hecho perder la confianza de las mismas. Se ha seguido, más o menos, el modelo sueco, cuyo reglamento parlamentario, en su art. 10, establece que el Parlamento puede destituir a un *Ombudsman* si éste ha perdido su confianza, iniciándose el procedimiento de destitución a petición del Comité que examina la memoria anual de la actividad de aquél. En España, se supone que sería la Comisión de ambas cámaras encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo de quien pudiera partir la puesta en marcha del cese por *notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo*. Pero resulta difícil de imaginar que pueda darse el caso de alguien que en menos de cuatro años ha pasado de tener el voto favorable de tres quintos de cada cámara a ser destituido por igual *quorum*. Como apunta certeramente Gil Robles,¹⁸ «esta vía puede ser el camino escogido para derribar, por razones políticas al Defensor del Pueblo», sobre todo, añadido, pensando en que hubiera podido variar la correlación de las fuerzas políticas parlamentarias.

Aunque no incidan directamente en el estatuto del Defensor del Pueblo, y, por ende, en su naturaleza, hay que traer a colación dos cuestiones que ocupan, con certera sistemática, los dos últimos apartados del art. 5 de la Ley Orgánica. El art. 5.3 de la misma determina que «vacante el cargo se iniciará el procedimiento para el nombramiento de nuevo Defensor del Pueblo en plazo no superior a un mes». Además, según establece el art. 5.4 del citado cuerpo legal, «en los casos de muerte, cese o incapacidad temporal o definitiva del mismo» —expresión que abunda en la teoría, antes expuesta, de que la *incapacidad sobrevenida* mencionada en el referido art. 5.1.3, último inciso, como causa de cese, es, fundamentalmente, una incapacidad por motivos físicos— «y en tanto no procedan las Cortes Generales a nueva designación, desempeñarán sus funciones, interinamente, en su propio orden, los Adjuntos al Defensor del Pueblo».

Esta última previsión legal de sustitución encuentra una fácil —y, a mi juicio, atinada— objeción; y es que no se entiende por qué el Defensor del Pueblo no sigue en funciones en tanto no se procede al nombramiento de su sustituto, específicamente en el cese producido por expiración del mandato —porque en los demás casos la previsión legal tiene pleno sentido—, como ocurre con los magistrados del Tribunal Constitucional, los vocales del Consejo General del Poder Judicial, o con el Fiscal General del Estado, a título de ejemplo.¹⁹

¹⁸ Álvaro Gil-Robles Gil-Delgado: *El control parlamentario de la Administración (el Ombudsman)*, INAP, Madrid, 1981, p. 249.

¹⁹ En este sentido, entre otros, Pedro Carballo Armas: *El Defensor del Pueblo*, cit., p. 176 y Fernando Sainz Moreno: «El Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las Cámaras)» en *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid (Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez), Madrid, 1992, p. 56. Añade certeramente el autor que no se entiende el cese automático, sin prórroga, de quien ha sido elegido por los plenos de

4.2.4 Sus prerrogativas

Respecto a las prerrogativas del Defensor del Pueblo, cabe señalar que las mismas vienen recogidas en el art. 6 de la Ley Orgánica correspondiente. Tales prerrogativas, que son trasunto fiel, si exceptuamos el requisito del suplicatorio para procesar penalmente a los parlamentarios nacionales, de las que adornan a diputados y senadores, tienen como fundamental objetivo garantizar su tantas veces señalada independencia funcional, evitando intromisiones de cualquier otro órgano de poder .

El art. 6.1 establece que «El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna Autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio». Pese a que el primer inciso del párrafo del precepto legal transcrito aporta poco –la prohibición del mandato imperativo es algo propio del constitucionalismo actual, fruto de la Revolución francesa, y apenas hoy se encuentra vestigio del mismo, quizá con la excepción del *Bundesrat* alemán, y, posiblemente, con matices– el resto contiene la expresa declaración de su independencia de funcionamiento, manifestado primero negativamente, y luego en positivo.

La inviolabilidad del Defensor del Pueblo viene garantizada por el art. 6.2 de la Ley Orgánica, que es mucho más explícita en su regulación de lo que lo es el art. 71.1 de la Constitución al garantizar la misma prerrogativa a diputados y senadores. Añade el art. 6.2 del cuerpo legal citado que, fruto de tal inviolabilidad, el Defensor del Pueblo «no podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón de las opiniones que formule a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo». Las mismas críticas que, con una óptica actual, merece la vigencia en el siglo XXI de la citada prerrogativa de los parlamentarios pueden, sin duda, trasladarse a su extensión al Defensor del Pueblo.

El art. 6.3 de la Ley Orgánica determina que:

«En los demás casos, mientras permanezca en el ejercicio de sus funciones, el Defensor del Pueblo no podrá ser detenido ni retenido sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.»

Tal determinación ofrece alguna duda, fruto de la propia redacción del precepto. ¿A qué se refiere al señalar los *demás casos*? ¿Cuáles son? Posiblemente, el inciso podría haber sido obviado, por superfluo.

Recoge el precepto citado las prerrogativas de inmunidad y jurisdicción del Defensor del Pueblo, de modo paralelo a como el art. 71.2 y 3 de la Constitución

las cámaras –y con quórum reforzado, añadido– y se mantiene a los adjuntos, elegidos por el propio Defensor del Pueblo, con la simple anuencia de la Comisión Mixta.

lo hace para los miembros de las Cortes Generales, con la notable diferencia, ya apuntada, de que la Ley Orgánica excluye la necesidad del suplicatorio, es decir, la autorización de las cámaras para inculpar o procesar al Defensor, trasladando al Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), esas decisiones, así como las de su juicio o prisión, en su caso. Tal exclusión del suplicatorio ha merecido algún reproche en sede doctrinal.²⁰

El párrafo cuarto del citado art. 6 extiende las prerrogativas del Defensor del Pueblo a sus Adjuntos, en el *cumplimiento de sus funciones*. Sin que tal equiparación resulte jurídicamente rechazable con claridad, no acaba de verse si la misma obedece a un criterio estrictamente funcional, que resultaría más justificable, o a criterios de equiparación o paralelismo, que ya no parecen tan evidentes. Porque, desde luego, tal equiparación de prerrogativas no puede ser fruto de una equiparación de funciones, que no la hay. Y si no la hay, no resulta fácil de entender la asimilación de prerrogativas. De aquí puede, también, colegirse la inoportunidad de que el Defensor del Pueblo, expirado su mandato, sea sustituido por sus Adjuntos y no se produzca la prórroga de funciones. Porque la equiparación de la naturaleza de uno y otros no es correcta, al menos por lo que se deduce a tenor de la legalidad vigente.

4.3 Su carácter unipersonal o pluripersonal

Algún sector doctrinal se ha planteado que de la regulación constitucional, reiterada en la Ley Orgánica de desarrollo del Defensor del Pueblo, cabe deducir que la expresión *alto comisionado* lleva como consecuencia que estamos necesariamente ante un órgano unipersonal, advirtiendo, en consecuencia, que no sería posible la existencia de varios titulares de la institución, aunque estuvieran dedicados a materias distintas de actuación, como ha ocurrido, y ocurre, en algún supuesto de Derecho comparado, según se ha visto en capítulo anterior.²¹

No comparto la conclusión anterior, pese a reconocer que es la más consecuente con la literalidad de la normativa aportada. El que sea así, no excluye que pueda adoptarse, por razones de conveniencia, solución distinta. La Constitución no lo impide expresamente, y nada dificulta que, por vía legal, pudiera establecerse una división por áreas en la institución que nos ocupa. Es cierto que, en la práctica, tal posibilidad resulta hoy por hoy poco menos que inimaginable, toda vez que la existencia de los Comisionados Parlamentarios de las Comunidades Autónomas «descargan» el trabajo del Defensor del Pueblo.

²⁰ Álvaro Gil-Robles Gil-Delgado: *El Defensor del Pueblo*, cit., p. 84.

²¹ Entre otros, J. L. Carro Fernández-Valmayor: «Defensor del Pueblo y Administración Pública» en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2.672. Y también Pedro Carballo Armas: *El Defensor del Pueblo*, cit., p. 139.

Pero la solución práctica a la que se ha llegado no deja de suscitar dudas. Porque, para adecuarse, también en esta cuestión, a la configuración autonómica de España, se han creado, o se han podido crear, «diecisiete defensores del pueblo», en paralelo al instituido en nuestro texto de 1978. Multiplicación que, junto a otros factores, puede no haber resultado muy positiva de cara a la difusión de la institución, algo clave en una magistratura de influencia, como la que nos ocupa. Porque la coordinación –que, en general, parece que puede calificarse de positiva entre estas instituciones paralelas– no siempre es fácil. Todo lo que permite mantener una duda consistente en si no hubiera sido más práctico establecer la posibilidad de crear más Adjuntos del Defensor del Pueblo –que podía mantener su condición de órgano unipersonal– en atención a las ramas de la Administración Pública. Es decir, haber diversificado la institución en virtud de una consideración de orden material o temático –consecuencia de la multiplicidad de formas con que se nos presenta la Administración– y no territorial, aunque este criterio podría haberse contemplado, pero no en la forma en que se ha hecho. Pero la forma autonómica de Estado ha acabado dictando, una vez más, su ley, lo cual tiene cierta lógica.

4.4 Su posible consideración como órgano constitucional

Cabe, a continuación, plantear otro dato acerca de la naturaleza del Defensor del Pueblo, y es su consideración como posible órgano constitucional. Vaya por delante mi respuesta positiva acerca de la cuestión formulada. Pero, lógicamente, convendrá justificarla.

Apoyándose en la doctrina italiana –fundamentalmente, Ferrari y Mortati– el profesor Joaquín Varela mantiene que el Defensor del Pueblo no es un órgano constitucional, pues no crea Derecho, ni incide en la forma de Estado, sino que nos encontramos ante un órgano «constitucionalizado» e inmediato, con vinculación no paritaria sino autónoma respecto a las Cortes Generales.²²

Negándole también su condición de órgano constitucional, Aguilar Fernández-Hontoria lo califica de órgano auxiliar, relacionado con la actividad técnica del Estado,²³ calificación compatible para otros autores con la órgano de relevancia constitucional, siguiendo la doctrina italiana.²⁴

Sin embargo, creo interesante matizar las opiniones transcritas. No se trata de restaurar aquí la polémica sobre lo que deba entenderse por órgano constitucional, polémica que, por otra parte, no parece llamada a producir grandes

²² Joaquín Varela Suanzes-Carpegna: «Naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo» en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº8 (1983), p. 64.

²³ J. Aguilar Fernández-Hontoria: «A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares», *Revista de Administración Pública* nº 109 (1986), p. 47.

²⁴ Pedro Carballo Armas: *El Defensor del Pueblo*, cit., pp. 44-45.

consecuencias prácticas. El Defensor del Pueblo es un órgano cuya existencia aparece garantizada –mejor aún, exigida– por la Constitución; cuya naturaleza –o al menos el aspecto más esencial de la misma–, queda también fijada por el art. 54, al definirlo como *alto comisionado de las Cortes Generales*; y cuya función primordial, prácticamente la única, viene también definida por ese precepto como *la defensa de los derechos*. E, incluso, la propia Constitución le impone un deber específico: *dar cuenta a las Cortes Generales*.

Gil-Robles opina, incluso, que «estamos tratando de una importante institución del Estado [el Defensor del Pueblo], constitucionalizada y con la misma categoría que el Tribunal Constitucional u otras instituciones semejantes».²⁵

Da la sensación que resucitar la cuestión de si la naturaleza del Defensor del Pueblo es la propia de un órgano constitucional puede resultar, sino inútil o baldía, fruto de una dogmática jurídica algo excesiva. El órgano en cuestión está recogido en la Constitución, y no de paso, tanto como pueden estarlo el Ministerio Fiscal, o el Consejo de Estado, o el Tribunal de Cuentas, o el Consejo General del Poder Judicial, por poner algunos ejemplos, que tampoco inciden en la «forma de Estado», expresión que, aunque usada frecuentemente a este propósito, resulta confusa, pues por «forma de Estado» en la doctrina clásica se entiende, más bien, la distinta configuración estatal, fruto de la organización territorial del poder.

Es evidente que su aparición en la Constitución no puede ser comparable a la de los órganos de los tres poderes clásicos, por ejemplo, porque tampoco es comparable su importancia dentro del sistema político. La posible desaparición de unos u otros órganos no tendría las mismas consecuencias. En un caso todo el sistema político debería reformarse, en el otro caso no. Puede pensarse que es a esto a lo que debe referirse algún sector doctrinal cuando habla de la incidencia de los órganos constitucionales en la «forma de Estado». Pero ello no es obstáculo para que el Defensor del Pueblo sea un órgano constitucional, pues nuestro texto constitucional lo recoge y lo regula, y, en definitiva, le da rango constitucional. Y *mutatis mutandis*, los Estatutos de Autonomía que no institucionalizaban la figura autonómica similar, a la hora de reformarse se han cuidado muy bien de estatuir el Comisionado Parlamentario de la Comunidad Autónoma. Caso de Castilla la Mancha, por todos.

Pero todo ello nos lleva a colegir que, en el tema que nos ocupa, que el Defensor del Pueblo, junto con otros, puede ser un órgano constitucional no esencial, o accidental si se quiere, en tanto en cuanto su existencia no afecta a la estructura misma del Estado. En esa estructura sí está el reconocimiento de unos derechos y su garantía. Pero no el modo concreto de realizar esas garantías. Creo, pues, superable la polémica sobre su naturaleza de órgano constitucional, que pienso que es lógica, y, si es caso –creo que sí– puede establecerse distancia con otros órganos constitucionales de mayor peso y trascendencia en la estructura estatal.

²⁵ Álvaro Gil-Robles Gil-Delgado: *El Defensor del Pueblo*, cit., p. 84.

4.5 Su correspondencia con la institución original sueca del *Ombudsman*

Un último dato que configura la naturaleza del Defensor del Pueblo nos viene dado al responder a una pregunta fundamental: ¿La institución recogida en el art. 54 de nuestro texto de 1978 responde al modelo original del verdadero *ombudsman* sueco?

Dada la proliferación de instituciones similares en tantos países, a la que antes nos hemos referido como *ombudsmanía*, Rowat se propuso fijar con exactitud las notas definitorias de la institución original, la sueca, para distinguirlo así de figuras más o menos parecidas, sosteniendo:

«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.»²⁶

Analicemos y traslademos a nuestro caso esta triple caracterización de Rowat. Respecto al primer apartado, nuestro Defensor del Pueblo cumple con creces –al menos desde el punto de vista teórico, que es el que aquí interesa subrayar–, la exigencia de independencia. En párrafos anteriores se ha examinado la enorme –y, para algunos, exagerada– relación de sus incompatibilidades, destinadas, en todo caso, a reforzar esa independencia. Es algo más que un representante del legislativo, pues es su *alto comisionado*, quedando, por otra parte, totalmente desvinculado del ejecutivo, tal como ocurre en el modelo original sueco, y a diferencia de los casos francés y británico. La institución, por último, está establecida en la Constitución, que le faculta para supervisar el funcionamiento de la Administración, con el fin de garantizar la defensa de los derechos constitucionales.

Menos dificultad ofrece el apartado segundo. Evidentemente, la ocupación fundamental del Defensor del Pueblo es la de recibir las quejas ciudadanas respecto al funcionamiento de la Administración que lesione sus derechos. Pero, releyendo el texto de Rowat, puede mantenerse que esta segunda nota caracterizadora del modelo original de *ombudsman* sirve para separar ese

²⁶ Donald C. Rowat: *El ombudsman*, cit., pp. 38-39.

arquetipo de lo que se podría denominar como «contaminación» sufrida en el Reino Unido y, de momento aún, en Francia. Me refiero al acceso directo del ciudadano al *Ombudsman* original, acceso que en los casos británico y francés se realiza de modo indirecto, a través de un parlamentario, como ha quedado antedicho. En el caso español, también en este aspecto se ha seguido el modelo sueco.

El tercer requisito es cumplido por todos los tipos de *Ombudsman*, a quienes nadie reconoce capacidad para revocar decisiones administrativas, que, sin embargo, pueden investigar y criticar, dando publicidad de su actividad. Característica propia de una magistratura de influencia, con *auctoritas*, pero sin *potestas*. Precisamente es en esa influencia donde reside su importancia y su eficacia.

Fácil es, pues, deducir que el Defensor del Pueblo español participa de la naturaleza del original *Ombudsman* sueco. Independencia, vinculación orgánica al legislativo, establecimiento por la Constitución, vigilancia de que la actividad administrativa no conculque derechos de los ciudadanos, quienes, a su vez, pueden acudir directamente para presentarle sus quejas, y magistratura de influencia, son las notas definitorias que, junto a las demás señaladas en este apartado, definen la naturaleza del Defensor del Pueblo. A algunas de ellas, como la supervisión de la Administración, el acceso directo de los ciudadanos, o la carencia de potestad coactiva— habría que referirse a la hora de estudiar sus competencias y su funcionamiento en la práctica, para ahondar en su sentido y sus consecuencias.

Para concluir, no cabe sino coincidir con el profesor Bar Cendón en su afirmación de que

«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 modelos establecidos en otros países con tradición jurídica muy similar a la nuestra, como, por ejemplo, Francia.»²⁷

²⁷ Antonio Bar Cendón: «El Defensor del Pueblo en el ordenamiento Jurídico español», en Manuel Ramírez (ed.): *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1982, p. 326.