

UNA PROPUESTA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA DESVIRTUADA: EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LOS COMISIONADOS AUTONÓMICOS

A DISTORTED CONSTITUTIONAL AND STATUTORY PROPOSAL:
THE OMBUDSMAN AND THE AUTONOMOUS COMMUNITIES'
COMMISSIONERS

LORENZO HERNÁNDEZ MÁRQUEZ

Profesor tutor de Derecho Constitucional
UNED

Sumario: *I. La desvirtuación constitucional. II. La desvirtuación política del Defensor. III. La desvirtuación por desconocimiento: un Defensor desconocido. IV. La desvirtuación por intromisión en la investigación de los actos políticos del gobierno. V. La mediación: una desvirtuación de los comisionados autonómicos. VI. Otras desvirtuaciones autonómicas de los comisionados. VII. Referencias bibliográficas. VII.1. Referencias legislativas. VII.2. Referencias jurisprudenciales.*

Resumen: En este artículo analizamos las distorsiones y alteraciones que la institución del *Ombudsman* escandinavo ha sufrido tras su incardinación y entronque dentro del ámbito normativo patrio; ya sea en la figura del Defensor del Pueblo estatal establecida en el artículo 54 de nuestra Constitución, ya en las homónimas que la representan dentro de las distintas Comunidades Autónomas existentes en nuestro país. La desvirtuación de esta institución la vemos aparecer *ad initio* en el artículo 162 de nuestra Carta Magna, para seguir apareciendo en el conjunto de la normativa comunitaria dentro del marco de sus Estatutos y Leyes de desarrollo.

En definitiva, observamos que el deseo del constituyente del 78 español que se centraba, en principio, en importar esta significada figura con sus específicas características, tal y como se desenvolvía y funcionaba en aquellas latitudes nórdicas, finalmente, por determinadas circunstancias (sobre todo por las competencias y funciones asignadas), ha devenido en algo distinto al original pretendido y esta desvirtuación ha afectado tanto a la magistratura central del Defensor del Pueblo como a los Comisionados autonómicos que, a la postre, se han convertido en referencias originales de nuestro ordenamiento.

Palabras clave: Desvirtuación; Defensor del Pueblo; Comisionados Autonómicos; Mediación; Actos Políticos

Abstract: In this article, we analyse the distortions and alterations that the institution of the Scandinavian Ombudsman has undergone following its incorporation and connection within the national regulatory framework, whether in the figure of the State Ombudsman established in article 54 of the Spanish Constitution or in the corresponding institutions that represent it within the different Autonomous Communities existing in Spain. The distortion of this institution appears *ad initio* in Article 162 of the Spanish Constitution, to continue appearing in the EU regulations as a whole within the framework of its Statutes and Laws of development.

In short, we can establish that the desire of the Spanish Constituent Assembly of 1978, which was focused in principle on importing this significant institution with its specific characteristics as it developed and functioned in those Nordic latitudes, has finally, due to certain circumstances (above all due to the powers and functions assigned), turned into something different from the original intention. This distortion has affected both the central Ombudsman's office and the autonomous Commissioners who, in the end, have become original references in our legal system.

Keywords: Distortion; Ombudsman; Autonomous Communities' Commissioners; Mediation; Political Acts.

Recepción original: 21-04-2021

Aceptación original: 17-07-2021

¿Es la figura del Defensor del Pueblo una propuesta constitucional desvirtuada? A esta pregunta que ya desde el inicio de este artículo respondemos con un sí inequívoco, trataremos de contestar a lo largo de este estudio, exponiendo los motivos que han llevado a esta ancestral institución a perder las características propias que siempre la han adornado en el contexto legal de procedencia, ya que, una vez inserta en el espacio jurídico patrio con sus especificidades y particularismos propios, difícilmente aquellas se han podido mantener intactas, aunque, en honor a la verdad, este no ha sido el único caso en el entorno mundial en donde esta figura ha emergido con denominaciones distintas.

En efecto, la ancestral institución a la que nos estamos refiriendo no es precisamente la denominada *Defensor del Pueblo* por el artículo 54 de nuestra actual Constitución, en cuyo precepto se incardina como primicia institucional dentro de nuestro ordenamiento. Nos referimos a la figura del *Ombudsman* de los países nórdicos, cuyo origen se encuentra en Suecia, cuna de esta institución que data del año 1713, consagrándose en la Constitución sueca de 1809 y que, por sus específicas cualidades y funciones desarrolladas, ha sido objeto de imitación por casi todas las legislaciones con marchamo democrático del orbe planetario.

Nuestro constituyente de 1978, al elaborar la Constitución de ese año, tenía muy claro que en su articulado debía incluir la figura del *Ombudsman*, como complemento al sistema de garantías que la Constitución establecía y entre las que no bastaba solo con las atribuidas a los tribunales del orden contencioso-administrativo para la expurgación de los actos administrativos dolosos o contrarios al ordenamiento jurídico y claramente perjudiciales para el administrado. En este sentido, se era consciente de que de la combinación de ambos sistemas, el garantista jurisdiccional de los tribunales y el supervisor de la Administración por parte de la nueva figura incorporada denominada *Defensor del Pueblo*, se establecería un mayor grado de control de la Administración en su relación con el ciudadano.

La idea, por tanto, de la incorporación de esta institución se plasmó por fin en el artículo 54 de nuestra actual Carta Magna, en donde cabalmente concurrían todas y cada una de las especificidades que la institución importada albergaba *ad initio*. Estas características eran o debían ser para un clásico estudioso de la institución, como D. C. Rowat (1973), las siguientes:

1. Ser un funcionario y/o persona civil independiente, no influido por los partidos políticos.
2. Representante de la legislatura y, por lo general, establecido en la Constitución.
3. Recaer el cargo en persona con prestigio, que dé al mismo la *auctoritas* necesaria y precisa para desempeñar con amplia legitimidad las funciones asignadas.
4. Su tarea consistiría en atender las denuncias presentadas por los ciudadanos contra los actos ilícitos dictados por la Administración sin llegar a ser Juez sentenciador. (p. 39)

En efecto, el artículo 54 de la Norma Suprema contenía sobre el papel todas esas peculiaridades y características que los *Ombudsman* atesoraban desde sus comienzos: el Defensor era designado por las Cortes Generales, concibiendo al mismo como un comisionado de estas; se insertaba dentro del texto constitucional, constituyendo novedad al respecto, pues tal institución suponía una primicia en el conjunto de nuestro constitucionalismo histórico. Su misión consistía en defender los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución *De los derechos y deberes fundamentales* frente a los abusos de la Administración. Además, se intentaba propiciar determinada independencia de esta magistratura respecto de las Cortes Generales (léase partidos políticos) mediante dos subterfugios recogidos en el artículo 2.1 y 4 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante LODP) por los cuales, el Defensor debía ser elegido por un periodo de cinco años, no coincidente con la legislatura de las Cortes (cuatro años) y por una mayoría cualificada de los tres quintos de ambas Cámaras. Por último, siguiendo la estela trazada en los *Ombudsman* nórdicos, el primer nombramiento del Defensor del Pueblo, recayó en una persona con prestigio y autoridad dentro del panorama español de aquella época, J. Ruiz-Giménez Cortés, quien desde el primer momento supo imprimir carácter y *auctoritas* al cargo que desempeñaba.

Así, al abordar el conocimiento que se tiene del titular de la institución en España, R. Ramos Torre y J. V. Gómez Rivas (2007) afirman:

Tal como muestran los pocos datos de encuesta que recogen información sobre este extremo, sólo en el arranque de la institución se perfiló un nivel muy alto de conocimiento de la persona del Defensor del Pueblo, lo que sin duda fue decisivo de cara a su puesta en funcionamiento, legitimación y temprano arraigo. Más allá de esos años

iniciales, el nombre del titolare se hace menos conocido, alcanzándose a mediados de los noventa el nivel más bajo de información sobre este extremo. (p. 28)

I. LA DESVIRTUACIÓN CONSTITUCIONAL

Pues bien, la primera y principal desvirtuación de esta institución arranca ya en la propia Constitución con el artículo 162.1. a, el cual legitima al Defensor para interponer recurso de inconstitucionalidad contra todo tipo de disposiciones normativas con fuerza de ley estatales y autonómicas que vulneren el texto constitucional. Facultad esta que descoloca y sobrepasa las misiones encomendadas a las figuras de los *Ombudsman* aparecidas hasta ese momento.

El desarrollo de este artículo constitucional se vio plasmado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), en donde el artículo 32 de dicho texto establece con más precisión el objeto de la legitimación dada *ex constitutione*, explicitando que se trata de los Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, Orgánicas o en cualquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.

Lo sorprendente de tal inclusión constitucional fue que apenas hubo discusión a lo largo de la tramitación del precepto, y ello fue debido, según C. Luna Abella (2002) al:

Indubitado carácter objetivo del recurso de inconstitucionalidad, desligado, de una parte, de los problemas de entrecruzamiento con la legitimación activa *ad causam*, entendida esta como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita y, de otra, del difícil engarce, al menos en lo que a la legitimación del Defensor del Pueblo se refiere, de la jurisdicción constitucional con la ordinaria. (p. 173-174)

Quede, no obstante, constancia de que alguna voz se hizo oír sobre esta cuestión en la fase del debate de enmiendas en la Comisión de Constitución del Senado, como la del profesor y senador C. Ollero Gómez (1980), en donde ya advertía que tal facultad otorgada al Defensor le convertía en un elemento distorsionador y anómalo dentro de nuestro sistema jurídico que hacía incluso cambiar y deformar la finalidad última para la que la figura del Defensor se concibió (p. 3533-3535).

A *posteriori*, y como resultante de la envergadura que suponía el depositar la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional en la persona del Defensor del Pueblo, parte de la doctrina científica quiso limitar aquella legitimación a la más concisa facultad de acudir solo en defensa de los derechos comprendidos dentro del Título Primero de nuestra Constitución y, así, para J. Varela Suanzes-Carpegna (1983) “la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer el recurso de inconstitucionalidad, solo está conferida cuando entienda que las disposiciones normativas susceptibles del mismo, infrinjan los derechos subjetivos reconocidos en el Título I del texto constitucional”(p. 78).

Otra parte de esa doctrina, aun aceptando como inevitable ese reconocimiento constitucional en la persona del Defensor, mostraba su preocupación ante tamaña competencia. Así, el que fuera segundo Defensor del Pueblo y artífice de la proposición de la LODP de la naciente institución presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, Á. Gil-Robles y Gil-Delgado (1983-1984), nos relata lo siguiente: “Nuestra Constitución es extraordinariamente restrictiva en cuanto a la legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad. Reconocer también una legitimación excepcional al Defensor del Pueblo, será reconocerle un poder aparentemente desmesurado” (p. 90), mientras que Ó. Alzaga Villaamil (2012) llega a considerar que la facultad legitimadora otorgada al Defensor de poder presentar ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad lo convierte en una poderosa institución si hace uso del mismo (p. 232); por su parte, el catedrático de Derecho Constitucional de la UCM, I. Torres Muro (2008), ve “inadecuada” (p. 612) la legitimación del Defensor del Pueblo cara a la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad.

No obstante y pese a este amplio rechazo doctrinal a admitir esta desmedida competencia que la Constitución otorgaba al Defensor, la STC 137/2010, de 16 de diciembre, zanjó la cuestión manifestando con toda claridad que la legitimidad del Defensor para la interposición de dicho recurso nacía *ex constitutione*, colocando al Defensor del Pueblo según el artículo 162.1.a CE, como el defensor de la propia Constitución, advirtiéndonos al tiempo que “los propios trabajos parlamentarios de elaboración de la Constitución, ponen de manifiesto que la legitimación del Defensor fue valorada como paliativa de la ausencia de una acción popular en esta materia” (FJ3, STC 137/2010, de 16 de diciembre).

Esta anómala competencia establecida en nuestra Constitución por el artículo 162.1.a desvirtúa a todas luces la institución creada *ex constitutione* en el artículo 54, que fue traída al mismo como copia de las figuras nórdicas de los *Ombudsman*, convirtiéndose por mor del artículo 162.1.a en mero remedo de estas. Llega a ser tal la transmutación de la institución que, a la postre, no sabemos con certeza si verdaderamente es el Defensor del Pueblo comisionado de las Cortes Generales, como se dice en el artículo 54 de la Constitución, o son las Cortes de aquel, pues no se entiende que un comisionado pueda enmendar la plana al propio comitente (Las Cortes), al poder presentar un Recurso ante el Tribunal Constitucional por contrario a la Constitución de la legislación salida de estas.

Consecuentemente, no llegamos a entender cuál ha sido la lógica jurídica que llevó a los constituyentes del 78 a articular constitucionalmente estos poderes tan absolutos puestos a disposición de que una única voluntad quiera servirse de ellos.

II. LA DESVIRTUACIÓN POLÍTICA DEL DEFENSOR

La segunda y no menos importante desvirtuación de la figura del Defensor la encontramos en la exigida independencia que ha de observarse en la persona que ostente el cargo. Independencia, claro está, no solo observada desde el punto de vista que la cobertura legal nos proporciona de antemano (artículo 6.1 LODP)¹, sino desde la estrictamente personal, como cualidad del sujeto que la ostenta por principios y que afecta fundamentalmente a lo que entendemos por independencia política.

Efectivamente, si volvemos la mirada hacia los *Ombudsman* nórdicos y de otras latitudes, observamos que una de las reglas de oro para el acceso a dicho cargo es la de haber mantenido incólume su imagen de independencia política, integridad y prestigio personal a lo largo de su amplia trayectoria curricular. Aspecto este que se valora por quien ha de elegirle, a saber: las fuerzas políticas existentes en el Parlamento.

A este respecto es de enorme importancia traer a colación determinados testimonios que respaldan lo anteriormente dicho. V. Fairén Guillén (1981) nos cita ciertas características que ya se exigían

¹ El artículo 6.1 LODP establece: “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”.

en la Constitución sueca de 1809 (Constitución en la que aparece por primera vez la figura del *Ombudsman*) como cualidad a tener en cuenta a la hora de la elección de dicho cargo por el Parlamento:

Según el párrafo (o artículo) 96 de la *Regeringsform* (Constitución) de 1809 se preveía (y su influencia aun dura) que la Cámara de Representantes debía nombrar, en cada sesión ordinaria:

Un jurisconsulto de probada ciencia y de especial integridad, en calidad de mandatario de *Ombudsman* del Riksdag, encargado, según las instrucciones que este le dará, de controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios y de perseguir, ante los tribunales competentes, según las leyes, a aquellos que, en el ejercicio de sus funciones, cometan, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, ilegalidades o negligencias en el cumplimiento de sus obligaciones. (pp. 128-129)

De igual forma, el profesor de Derecho Público de la Universidad de Auckland (Nueva Zelanda), J. F. Northey (1973), en su estudio sobre el Comisionado Parlamentario de Nueva Zelanda, nos comenta de estos comisionados (*Ombudsman*) que “raramente se toman en cuenta consideraciones políticas, por lo que es probable que la designación será renovada aun en el caso de un cambio de gobierno” (p. 128), para terminar diciendo que “este factor es sumamente importante porque pocas personas con la competencia requerida aceptarían una designación que dependiera de condiciones relacionadas con la simpatía política del gobierno de turno” (p. 129).

De estos clarificantes párrafos habremos de concluir que ni el Parlamento tiene en cuenta consideraciones políticas en el nombramiento del *Ombudsman*, ni el propio sujeto designado consentiría que su elección estuviera motivada por las mismas. Solo la integridad, la preparación del candidato y su currículum personal avalarán su candidatura y, en su caso, su designación que, por lo general, se verá prolongada en el tiempo legislatura tras legislatura, con independencia del color político predominante en el Parlamento.

Lamentablemente, en nuestro país, al igual que en otros muchos donde esta figura está presente, el respeto hacia esa pretendida independencia política que ha de tener el *Ombudsman* como uno de sus signos más característicos no existe. Nuevamente la idea de la neutralidad se transforma en parcialidad y la institución se desnaturaliza y desvirtúa.

No es un secreto recordar que en el Estado de partidos en que estamos inmersos hoy día, los órganos constitucionales y prácticamente la totalidad de la organización estatal, incluida la territorial,

se ve afectada por la hegemonía política alcanzada por el partido vencedor en los comicios, que de esta forma acapara los puestos de dirección en los órganos representativos más importantes de los niveles territoriales existentes. En nuestro caso no es una excepción y es costumbre observar esa renovación orgánica y programática tras unas elecciones, tanto en la figura de sus titulares como en los fines más inmediatos que debe acometer la institución. La cuestión estriba en saber si es conveniente o no llevar a cabo ese cambio político en todas y cada una de las instituciones y/o estructuras estatales y el calado o profundidad con que se acomete dicho cambio. M. García-Pelayo (1986) establecía ciertos límites a esa instrumentalización partidista del Estado, distinguiendo entre límites jurídicos y límites funcionales-institucionales, encontrándose en estos últimos la Administración pública y a la Jurisdicción. Para este destacado constitucionalista:

Solo en el Estado de un partido la Administración puede identificarse políticamente con el partido en el poder, pero ello no es posible en un verdadero Estado pluralista de partidos donde la función de la Administración es cooperar en la realización de las distintas programaciones políticas de los partidos que sucesivamente ocupen el Gobierno de acuerdo con los resultados electorales o, dicho de otro modo, el distanciamiento de la administración, es decir, su imparcialidad, frente a los partidos individualmente considerados es un supuesto fundamental para la existencia del Estado de partidos. (p. 117 y ss.)

Por otra parte, de la Jurisdicción solo se espera su independencia externa respecto de las resoluciones que dicte “independencia frente a las fuerzas sociales y económicas, partidos políticos, medios de comunicación social, etc., así como frente a los restantes poderes y órganos estatales, para asegurar lo cual se dota de las correspondientes garantías jurídicas de independencia, inamovilidad, etc.” (García-Pelayo, 1986, p. 117 y ss.).

Así lo han entendido los países nórdicos, y en especial Suecia, cuna de la institución, respecto a la figura del *Ombudsman*, en donde solo se entiende su existencia y funcionalidad si la misma se encuentra fuera de toda interferencia política tanto interna como externa.

Llegados a este punto, habremos de concluir que la figura que analizamos del Defensor del Pueblo que pugna por parecerse a la del *Ombudsman* está intoxicada políticamente y, por lo tanto, desvirtuada respecto a sus parámetros originales. En efecto, la institución ha pasado a formar parte del sistema de cuotas imperante en

nuestro país. El reparto institucional de cargos dentro de los órganos constitucionales en función del porcentaje electoral obtenido no ha escapado al Defensor del Pueblo. Su designación es competencia exclusiva del partido hegemónico y el cargo se concede, por lo general, como premio a los méritos que el aspirante ha realizado dentro de la formación política a la que ha pertenecido hasta unos meses o incluso días antes de ser elegido para el mismo, pues sabido es que la LODP que regula esta institución en su artículo 7 incompatibiliza su nombramiento con todo mandato representativo, cargo político o actividad de propaganda política, con la afiliación o el desempeño de funciones directivas y el empleo al servicio de un partido político, entre otras incompatibilidades. Así, si repasamos la lista de los hasta ahora *elegidos* para defensores, los premiados para ello han sido personas harto significativas dentro del partido político que le aupó para el cargo. Reparto de cuotas que, como no podía ser menos, también alcanza igualmente a los Adjuntos Primero y Segundo.

El catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, R. L. Soriano Díaz (1999), nos habla de esta politización de la institución:

Esta pretendida independencia [del Defensor] deja bastante que desear, porque los partidos políticos reproducen en la institución del Defensor del Pueblo el sistema de cupo o cuota, llegando incluso a designar a destacados líderes políticos para ocupar los cargos de Adjuntos al Defensor del Pueblo. (pp. 3-9)

Además, nos documenta en su artículo la esperpéntica reforma de la Ley del Defensor del Pueblo andaluz, motivada con el objetivo único de dar entrada a un tercer Adjunto en la defensoría y así repartirse esa institución por el conjunto de partidos integrantes del Parlamento andaluz (pp. 3-9).

De igual forma, el resto de la doctrina científica carece de empaque al admitir la politización de esta Magistratura. Así, H. Oehling Ruiz (1991) observa que el mismo hecho de su nombramiento obedece a pronunciamientos claramente políticos de las distintas fuerzas operantes en el parlamento (p. 92); por su parte, Á. Gil-Robles y Gil-Delgado (1981) nos confiesa:

Dado el carácter netamente político de la designación del Defensor del Pueblo, tampoco sería de extrañar que en estas conversaciones previas entre candidatos y Comisiones o Comisión conjunta, se le plantee la cuestión de quiénes serán sus Adjuntos, máxime si tenemos en cuenta que estos gozan también de importantes prerrogativas, y podrán sustituirle en determinadas circunstancias. (pp. 246-247).

En este contexto, debemos preguntarnos qué entendemos por politización del Defensor, porque no podemos dejar de admitir que en el entorno social en el que vivimos lo normal y frecuente es que el individuo, una vez adquirida consciencia del mundo que le rodea, tome posturas definitorias en todo orden de cosas que suponen a la vez una traslación al exterior de sus creencias internamente formadas, ya sean sociales, económicas, filosóficas, morales, religiosas y, cómo no, también políticas. Desde este punto de vista, todas las personas nos encontramos politizadas y, por supuesto, también se le presupone que lo está al sujeto que encarna la institución del Defensor. No es, por tanto, ese tipo de politización a la que aludimos cuando señalamos que la institución se encuentra politizada. Ni tampoco la que A. Pérez Calvo (1979) entiende que se produce cuando el Defensor cae en la órbita de un partido o de una opción política concreta (p. 82), entendiendo esta última como simpatía o incluso alineamiento. La politización de la que hablamos es la que se muestra sumisa y complaciente a seguir en todo momento las órdenes y dictados del partido que le ha premiado con el puesto que ocupa; la que hace seguidismo de las consignas de este y utiliza su posición para expandirlas; la de ser incapaz de entender que la institución que encarna representa al conjunto de la sociedad y no solo a unos pocos o de quien no sabe o no puede mantenerse al margen de las presiones que sobre él se ejercen claudicando de sus propias concepciones. A esto es a lo que nos referimos cuando hablamos de la politización del Defensor que es, a la postre, la que se percibe en la mayoría de las instituciones controladas por los partidos políticos.

Ejemplos de las anteriores actitudes en las que se han visto reflejados determinados actos del Defensor del Pueblo y algún que otro Comisionado autonómico no nos faltan. En cuanto al primero, no podemos olvidar la denigrante actitud que en su día, abril de 1998, condujo al que entonces fuera Defensor del Pueblo, F. Álvarez de Miranda a renunciar a presentar recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del catalán como consecuencia de las fuertes presiones a las que fue sometido tanto por el gobierno de J. M.^a Aznar, la oposición socialista, así como, por supuesto, por CiU, aviniéndose únicamente a “sugerir a la Generalidad cambios en la Ley para respetar la cooficialidad lingüística”² Igual posición ha adoptado el actual Defensor del Pueblo en funciones, F. M. Fernández Marugán, inhibiéndose de tomar decisión alguna respecto a la denominada *Ley Celaá*, en la que se elimina el castellano como lengua vehicular en la enseñanza, dejando en manos autonómicas la garantía del derecho de los

² A este respecto, véase la prensa del día 9 de abril de 1998.

alumnos a recibir enseñanzas tanto en castellano como en su respectivas lenguas cooficiales, vulnerando muy probablemente el artículo 3 de la Constitución. De igual forma, no podemos dejar pasar por alto la arbitraria irrupción de dirigismo político que el Comisionado parlamentario de la Generalitat catalana, el Síndic de Greus R. Ribó, tuvo menester llevar a cabo en su informe de enero de 2020, en el que critica abiertamente la STS 459/2019, por la que se condena a determinados líderes catalanes por el delito de sedición. De esta forma se expresaba el mencionado Comisionado:

La puesta en libertad de las personas ahora condenadas es imprescindible para el éxito de una salida negociada al conflicto político actual [...]. La Sentencia no realiza una ponderación concreta y específica de los derechos a la libre expresión y a la libertad de reunión y manifestación en relación con los hechos que se atribuyen a los encausados [...]. El conflicto entre Cataluña y el resto del estado tiene carácter eminentemente político y tan solo puede tener una solución política. (Síndic. El Defensor de les Persones, 2019, p. 5)

D. C. Rowat (1973) pone de manifiesto estas posibles circunstancias que pueden producirse y, para evitarlas, nos explica cómo se elige en el Parlamento sueco a quien va a ostentar el cargo de *Ombudsman*:

Los partidos políticos que integran el Parlamento siempre tratan de ponerse de acuerdo en cuanto a la selección de un *Ombudsman*. Esto se hace para asegurar que las decisiones del J. O. se tomen sin tener en cuenta las presiones políticas y que la opinión pública tenga plena confianza en su independencia. (p. 59)

En la era de oro de los partidos políticos, en donde al parecer todo ha de girar en torno a ellos (más bien de sus líderes), la figura del Defensor del Pueblo, por lo que representa y supone para el ciudadano, tiene y debe ser apartada de los intereses de aquellos, de lo contrario habremos incorporado a nuestro ya abultado entramado institucional una nueva figura vacía de contenido y meta, desconectada del ciudadano y de su fin primordial: la defensa de los derechos fundamentales en una sociedad libre. A esta tarea debemos unirnos todos, instituciones, grupos sociales y mediáticos, partidos políticos, grupos de presión y, por supuesto, la propia magistratura del Defensor que debe ser la primera en dar un paso al frente en su real independencia respecto al exterior. Solo de esa forma conseguirá la tan ansiada credibilidad y la *auctoritas* necesaria para desempeñar las funciones constitucionales asignadas.

III. LA DESVIRTUACIÓN POR DESCONOCIMIENTO: UN DEFENSOR DESCONOCIDO

Nadie duda de que si de algo ha de caracterizarse la institución que importamos del norte de Europa es por la estrecha relación que con los ciudadanos mantiene en su intento de preservarlos de los injustos administrativos. La proximidad que el Defensor ha de mantener con los administrados y el conocimiento que estos han de tener de quien los defiende son dos requisitos del todo necesarios en la búsqueda del éxito de esta figura.

Decíamos en el trabajo de tesis doctoral que los ciudadanos nórdicos se identificaban con una institución originaria del siglo XVIII que es constitutiva de su identidad, de su forma de entender y concebir su relación con la Administración que les gobierna y dirige. El *Ombudsman* no es solo una figura funcional, un ente jurídico público abstracto y desprovisto de cualquier singularidad; en definitiva, no es una entidad administrativa más a la que poder acudir en queja en defensa de los derechos de las personas. Es todo eso y mucho más. La persona de carne y hueso que ocupa el cargo representa para el conjunto del pueblo un plus del que la institución por sí misma carece. El *Ombudsman* transmite confianza, valores y principios que los ciudadanos respetan. En su persona cobran vida y sentido las virtudes que difunde, su independencia, su personalidad, su sentido del deber. El ciudadano se siente próximo a la persona-institución y casi forma parte de su entorno familiar, se le conoce bien y se le admira. No en balde, la relación sociedad-*Ombudsman* viene de cuatro siglos atrás y eso ha de notarse.

Además, en nuestra tesis doctoral insistíamos en que la figura importada es operativa en aquellas latitudes porque atiende a poblaciones pequeñas en número de habitantes; así, Suecia no llega a los diez millones de habitantes; Finlandia no alcanza los seis; Dinamarca, algo más de cinco millones y medio; y Noruega, escasamente cinco. En estas circunstancias, la institución y figura del *Ombudsman* sí son ampliamente conocidas por los ciudadanos de aquellos países. Poco esfuerzo requiere conectar con aquellos, atenderles en sus más inmediatas necesidades. Las Oficinas de los *Ombudsman* y el personal que las atiende no necesitan ser mastodónticos para llevar a cabo un buen trabajo. El propio *Ombudsman* puede realizar labores personales y de cercanía respecto a sus conciudadanos que ni por asomo podrían soñar hacer sus homólogos en países cuya población quintuplicara los anteriormente aludidos, como es el caso de España.

V. Fairén Guillén (1982) señala:

En Finlandia se utiliza una fórmula para dar y obtener información que se ha puesto en práctica desde no hace mucho tiempo y consiste en organizar, de acuerdo con las comunidades locales, reuniones públicas. En ellas, los ciudadanos tienen la posibilidad de discutir sus problemas personales con el *Ombudsman* y de poner en su conocimiento, lo que piensan sobre la manera de cómo se aplica la ley en ciertos casos. Al mismo tiempo, el *Ombudsman* tiene la oportunidad de informar a los ciudadanos con respecto a sus funciones sobre la autoridad que ha recibido del Parlamento, contemplando la posibilidad de ayudarles. (p. 398)

Hasta ahora y después de cuarenta años de presencia entre nosotros de la institución del Defensor con la promulgación de la LODP, el instituto funciona; pero funciona como un organismo administrativo más al que poder acudir en defensa de nuestros derechos frente a la Administración, dentro del magma organizativo que del Estado rezuma. De ninguna manera es una Magistratura especial, con la proximidad y alcance que se proyecta de los *Ombudsman* nórdicos respecto a sus conciudadanos y que anteriormente hemos evidenciado. Según R. Ramos Torre y J. V. Gómez Rivas (2007), cuando se aborda el conocimiento que se tiene del titular de la institución en España se dice:

La visibilidad de la institución es sólida, pues, lejos de su personalización, no parece depender o correlacionarse con el conocimiento de su titular. Tal como muestran los pocos datos de encuesta que recogen información sobre este extremo, solo en el arranque de la institución se perfiló un nivel muy alto de conocimiento de la persona del Defensor del Pueblo, lo que sin duda fue decisivo de cara a su puesta en funcionamiento, legitimación y temprano arraigo. Más allá de esos años iniciales, el nombre del titular se hace menos conocido, alcanzándose a mediados de los noventa el nivel más bajo de información de la popularidad del Defensor del Pueblo, cuyo nombre es reconocido con acierto por casi una cuarta parte de los entrevistados que saben de la existencia de la institución. (p. 28)

Esta desvirtuación de la figura se hace más notable si tenemos en cuenta determinadas circunstancias que en nuestro entorno encontramos. Así, mientras que en los países nórdicos y anglosajones es costumbre mantener en el puesto de *Ombudsman*, salvo circunstancias imprevisibles, a la misma persona durante bastantes mandatos consecutivos, en España se observa todo lo contrario. Solo en el caso de E. Múgica Herzog se logra un segundo mandato, alcanzando un total de diez años, mientras el resto de los Defensores no pasan de los cinco; es decir, no logran llegar al segundo mandato, sustituyéndoles sus Adjuntos tras el cese de aquellos por imperativo del artículo 5 LODP. De

esta forma, entre Defensores designados por las Cortes Generales y Sustitutos de estos, hacen un total de nueve personas las que han tenido a su cargo la institución de la que tratamos en un total de cuarenta años de existencia del Defensor. Esto hace un promedio de algo más de cuatro años por cada uno de ellos en el desempeño de la función, tiempo, a todas luces escasísimo si de conocer al titular del cargo se trata. La personalización, el conocimiento del detentador de la figura, su idiosincrasia y valores son desconocidos para la sociedad en su conjunto y es, en este preciso sentido, en donde nuestro Defensor se aparta y difiere (se desvirtúa) respecto a los actuales caracteres que la institución del *Ombudsman* encarna en su relación con la sociedad de la que es originario.

Coadyuva a las anteriores circunstancias el hecho de que el Defensor del Pueblo, al que en principio se consideraba único en sus competencias para todo el territorio nacional por mor del artículo 54 de la Constitución, ha devenido a la postre en nueve más que están actualmente operativos si tenemos en cuenta los Defensores o Comisionados que las distintas Comunidades Autónomas han ido incorporando en su espacio territorial³. Esta inclusión institucional autonómica ha desvanecido la imagen y figura del Defensor estatal en estas Comunidades, las cuales poseen el suyo propio y que por mero afán acrecentador de competencias, prácticamente sus funciones abarcan a la totalidad de atribuciones tanto propias como ajenas (en estas últimas se encontrarían las propias del Defensor del Pueblo estatal dentro de la propia Comunidad) de las que disponen para realizar su actividad en la Comunidad. La realidad es que, a pesar de que el artículo 54 de la Constitución establece la preeminencia que el Defensor tiene en el conjunto del Estado, incluidas las Comunidades Autónomas, es común que sea el Comisionado de la Comunidad quien, con carácter exclusivo, acapare casi todas las competencias referidas a la figura del Defensor (Hernández Márquez, 2021, p. 299).

Esta circunstancia hace ineludible que en gran parte del territorio nacional la institución estatal del Defensor quede eclipsada y, por tanto, casi desconocida. La desvirtuación de la figura aparece en este momento en el que la Magistratura nacional no se hace presente de igual forma en el conjunto ciudadano; esta circunstancia

³ Se trata de los Comisionados siguientes: el Síndic de Greuges catalán; el Síndic de Greuges valenciano; el Ararteko vasco; el Valedor do Pobo Gallego; el Nafarroako Arartekoa navarro; el Procurador del Común de Castilla y León; el Justicia de Aragón; el Diputado del Común de Canarias y el Defensor del Pueblo andaluz.

hace que su proyección sea absoluta en las Comunidades que carecen de Comisionado y casi testimonial en las que sí lo tienen.

IV. LA DESVIRTUACIÓN POR INTROMISIÓN EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO

En ningún momento, a lo largo de su articulado, la LODP ha mencionado explícitamente que el Defensor del Pueblo pueda investigar los actos políticos del Gobierno y, en consecuencia, recurrir por inconstitucional al Tribunal Constitucional dicha actividad gubernamental. Las atribuciones del Defensor en nuestro país, a tenor del segundo punto del artículo noveno de la LODP⁴, se entienden extendidas a toda la Administración en general, bien sea central, autonómica o local, también a la actividad de los ministros y a cualquier persona, funcionario o autoridad administrativa que actúe al servicio de aquella. Y aunque en este apartado segundo del precepto anteriormente citado de la LODP no se nombra explícitamente al Gobierno, la doctrina científica también lo incluye como ente a controlar por el Defensor en las investigaciones que este pueda realizar con ocasión del control de la vertiente administrativa de competencias gubernamentales. El profesor M. Bassols Coma (1999) se pregunta si “la actividad del Gobierno escapa a la capacidad de supervisión del Defensor del Pueblo” (p. 35), para terminar apostillando que entrarían en ese control todas aquellas actividades de carácter administrativo con competencias propias del Gobierno tales como “la aprobación de expedientes de contratación, sanciones administrativas, separación de servicio de los funcionarios, resolución de recursos administrativos, expedientes de pago, enajenación de bienes, otorgamiento de beneficios fiscales, exenciones...” (p. 35).

Advertimos pues, que es generalizada la postura de la doctrina en lo referente a que el Defensor pueda investigar los actos gubernamentales de carácter administrativo. Pero de ninguna forma amplían tal actividad a los denominados actos políticos del Gobierno. En nuestra tesis doctoral, que seguiré desde este momento, llego a la conclusión de que, por mor a las facultades constitucionales que detenta el Defensor en base al artículo 162 de la Constitución Española, también

⁴ El artículo 9. 2 LODP establece: “Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas”.

es posible asumir competencias para la investigación de los actos políticos del Gobierno.

En efecto, la legitimación para la interposición de cualquier recurso de inconstitucionalidad y de amparo se contiene en el artículo 162 anteriormente citado, además del artículo 32 LOTC) y, por tanto, estamos en disposición de aseverar, como más adelante mostraremos con ejemplos concretos, que un considerable número de actos políticos se ven afectados por el control que de ellos pudiera hacer el Defensor en garantía de la Constitución.

Llegados a este punto, la pregunta que debemos hacernos en primer lugar es la de inquirir qué entendemos por actos políticos que les distinguan de los administrativos vistos con anterioridad.

Una parte de la doctrina, a este respecto, cita como tales a aquellos que configura la Constitución, es decir, los que atañen a las relaciones entre poderes (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2017, pp. 626-627). Otros autores coinciden en que son actos políticos por naturaleza aquellos que desenvuelven una autonomía discrecional (actos discrecionales) por parte del Gobierno (Garrido Falla, 2005, p. 558). Otra, sin embargo, enumera los mismos y, así, Basols Coma (1999, pp. 34-35) atribuye la consideración de políticos a aquellos que emanan directamente del artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y compete su ejercicio al mismo⁵.

⁵ El artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno establece:
1. Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

a) Aprobar los proyectos de Ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

b) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

c) Aprobar los Reales Decretos-Leyes y los Reales Decretos legislativos.

d) Acordar la negociación y firma de Tratados internacionales, así como su aplicación provisional.

e) Remitir los Tratados internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los artículo 94 y 96.2 de la Constitución

f) Declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio.

g) Disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una Ley.

h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y ejecución de las Leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan.

i) Crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales.

j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado.

Expuesto lo anterior y teniendo presente lo que se ha de considerar acto político del Gobierno, estamos en disposición de manifestar que nuestro Defensor tiene competencias para la investigación de aquellos por aplicación del artículo 162 de la Constitución.

Sin ánimo de ser exhaustivo y consciente de que en estos casos no hay *numerus clausus* que delimiten con precisión los supuestos de actos políticos que pueden ser fiscalizados por el Defensor, vamos a poner ejemplos concretos de ese control del que dispone aquel sobre algunos de ellos.

1. Partimos de que un acto político por excelencia es la producción de la Ley, bien a través de la iniciativa legislativa del Gobierno que este presenta a las Cortes para su tramitación, bien por propia producción normativa por medio de los Decretos Leyes o mediante la delegación que las Cámaras hacen al Gobierno para dictar normas con rango de Ley.

En el segundo y tercer supuesto estamos ante lo que la doctrina califica de *potestad legislativa del Gobierno*, y a ella se debe en exclusiva el acto político dictado, caso de los Decretos Leyes, o el acto delegado por voluntad del delegante, caso de la legislación delegada. ¿Cómo debemos entender desde nuestro posicionamiento el acto por parte del Defensor que recurre al Tribunal un Decreto Ley dictado por el Gobierno? Un Decreto Ley que, cierto es que ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados y, por tanto, se nos podría argumentar que ya no procede su autoría del ejecutivo al haberlo hecho suyo el propio Congreso mediante esa convalidación. Pero ¿en realidad podemos seguir con este imaginario desnortado admitiendo que ese Decreto Ley salido del Gobierno y convalidado sin enmienda alguna ya no procede del ejecutivo como autor intelectual y político del mismo? Naturalmente, y dejando los eufemismos jurídicos aparte, nosotros consideramos que sí y, por tanto, un recurso de inconstitucionalidad contra ese Decreto Ley presentado por el Defensor del Pueblo por propia iniciativa o a petición de parte basado en la posible vulneración de la norma suprema es, sin lugar a dudas, un acto de control del Defensor sobre un acto político del Gobierno.

De igual modo nos encontramos con el ejemplo de la delegación legislativa que, una vez terminada la misma y dictada la norma por el Gobierno, difícilmente aquella es controlable por las

K) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición.

Cortes Generales por muchos filtros que para ello establezca el artículo 82 de la Constitución. Así, en un porcentaje elevadísimo, los Decretos Legislativos quedan plasmados en el Boletín Oficial del Estado tal y como salieron de la mano del delegado encargado de su materialización y dictado. A partir de aquí, serán los tribunales y, en su caso, el Defensor del Pueblo, los encargados de su control constitucional.

2. Un acto político de especial trascendencia se encuentra en la celebración de Tratados Internacionales que el Gobierno de la nación está facultado por el artículo 94 de la Constitución para llevar a cabo con cualquier país de la comunidad internacional. En el punto primero de dicho artículo se enumeran los casos en los que es necesario requerir la previa autorización de las Cortes Generales para que sea efectivo el consentimiento del Estado para obligarse en ellos, pero en el segundo punto de dicho artículo constitucional se establece que el único requisito para la efectiva validez de esos tratados es la necesaria información que de ellos se dé al Congreso y al Senado⁶.

Estos Tratados acordados por el Ejecutivo son, sin duda alguna, actos políticos directos del Gobierno (sin ninguna intervención de las Cortes) que se enmarcan en la actividad de dirección de la política exterior que el artículo 97 *ex constitutione* otorga al Gobierno. En estos supuestos también está facultado el Defensor del Pueblo por iniciativa propia o a requerimiento de parte a impugnar dichos Tratados como inconstitucionales y elevarlos al Tribunal Constitucional para su pronunciamiento sobre ellos. El artículo 32 LOTC establece con meridiana claridad lo siguiente:

Uno. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás leyes del Estado, orgánicas o en cualquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley, *Tratados Internacionales*⁷ y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El Presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta Diputados.
- d) Cincuenta Senadores. (art. 32 LOTC)

⁶ El artículo 94.2 CE nos dice que “el Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios”.

⁷ Resalte en *itálica* por el autor de este artículo.

Se pueden seguir dando numerosos ejemplos de actos políticos directos que realizados por el ejecutivo pueden ser controlados por el Defensor en defensa de la Constitución, pero con la muestra basta.

De igual forma, determinadas actuaciones unilaterales del Presidente sin los requisitos exigidos por la Constitución, Decretos de la Presidencia o cualquier tipo de actos jurídicos que puedan afectar a los derechos y libertades del Título I y a cuya garantía se debe el Defensor por exigencia del artículo 54 de la Constitución, se verán controlados por vía de amparo ante los tribunales y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional. No cabe duda de que en estos supuestos también existe una considerable gama de actos puramente políticos que a no dudar pueden ser depurados por el Defensor.

La desvirtuación por esta intromisión en la actividad política del ejecutivo la contemplamos como una realidad posible y cierta al alcance de la figura del Defensor del Pueblo y no solo de él sino que, a través de su figura, también de cualquier ciudadano (legitimación popular indirecta) que observe indicios de inconstitucionalidad en los actos políticos contrarios a la Constitución provenientes del Gobierno o de su Presidente. Hasta la fecha, de los recursos presentados por el Defensor ante el Constitucional, treinta y uno, treinta lo han sido contra Leyes Orgánicas y Ordinarias, tanto estatales como autonómicas, pero uno de esos recursos lo ha sido contra el Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la UE en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras dictado por el ejecutivo que, por Sentencia del TC 40/2016, de 3 de marzo, quedó extinguido por derogación de la norma con rango de Ley impugnada. Sirva este ejemplo concreto para llegar a comprender hasta qué punto el Defensor puede inmiscuirse en la considerada potestad legislativa del gobierno y, por tanto, afectando de lleno a actos directos del Gobierno catalogados, a nuestro entender, como políticos.

V. LA MEDIACIÓN: UNA DESVIRTUACIÓN DE LOS COMISIONADOS AUTONÓMICOS

Empecemos admitiendo que el modelo de *Ombudsman* importado a nuestro país, el del *Ombudsman* sueco, y convertido por el artículo 54 de nuestra Constitución en el denominado *Defensor del Pueblo*, obedece fundamentalmente al deseo de control y supervisión por parte de esta magistratura de la actividad llevada a cabo

por la Administración estatal, autonómica y local en defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y la Constitución. En esta misión, nuestra institución poco se diferencia de sus homólogas escandinavas. Su trabajo, pues, consiste en advertir, recomendar, sugerir o recordar⁸ a la Administración de oficio o a petición de parte, de la desviación legal o constitucional de los actos y resoluciones de aquella en relación con los ciudadanos y que se han puesto de manifiesto a través de una queja dirigida al Defensor del Pueblo.

Cada una de aquellas resoluciones emitidas por el Defensor atiende a una finalidad específica, pero su función esencial consiste en requerir a la Administración o persona responsable para que se ajuste a los deberes legales exigidos por la norma, o bien recomendar a quien tiene potestad para ello la modificación de aquella cuando se llega al convencimiento de que su cumplimiento riguroso puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados. Ni que decir tiene que esta tarea encomendada al Defensor resulta ser mucho más rigurosa si se trata de la defensa de los derechos fundamentales ubicados en el Título I de nuestra Carta Magna.

Pues bien, hoy día nos encontramos con una importante desvirtuación de la función asignada a los Defensores Autonómicos: la *mediación*. Desvirtuación que, por lo general, vemos localizada en la actividad ejercida por aquellos. Estos, a su vez, amparados en muchos casos por sus Leyes autonómicas utilizan esta herramienta en su control de la Administración, a nuestro parecer desvirtuada, consistente en lo que se denomina *mediar* o, más vulgarmente, *negociar*, con objeto de dar una solución al conflicto originado por la queja.

En efecto, ya hemos puesto de relieve en el trabajo de tesis doctoral que pronto verá luz (Hernández Márquez, 2021), que la mediación o negociación supone tratar de llegar a un acuerdo o transacción entre las partes (Administración y Defensor, este último como representante del quejoso) como medio de poner fin a la queja planteada. De esta forma, se lograría el éxito deseado que de otra forma parecería imposible aplicando los mecanismos más arriba mencionados de advertencias, recomendaciones, sugerencias y recordatorios. Supone, además, la renuncia al todo por cada una de las partes implicadas con la intención de lograr algo del mismo. Es una negociación en toda la extensión de la palabra, en donde los negociadores asumen postulados diferentes para finalmente ponerse de acuerdo o, en el peor de los casos, para no llegar al mismo. Pero,

⁸ Distintos tipos de resoluciones que el Defensor del Pueblo puede ejercitar frente a la Administración y que vienen referidas en el artículo 30 LODP.

fuera cual fuese ese resultado, no podemos aceptar de ninguna manera el método empleado para llegar a él. En primer lugar, las instituciones públicas (Administración y Defensor del Pueblo) no pueden negociar algo que por imperativo legal tiene el administrado y a él solo le compete su renuncia. Aquellas se deben exclusivamente a la Ley, a su aplicación y a sus resultados, y menos aún si esos derechos están considerados fundamentales. Sobre esto último, decíamos en nuestro trabajo de tesis doctoral que la Constitución en su artículo 54 ha encomendado al Defensor del Pueblo la defensa de los derechos establecidos en el Título I y, estos, por tener la categoría de fundamentales son irrenunciables, imprescriptibles e inalienables, no tanto para el quejoso que en cierta medida podría prescindir de ellos (art 6.º del Código Civil), sino para la Administración y el propio Defensor, que son a la postre los negociadores. Los derechos fundamentales, también llamados constitucionales por figurar dentro de la Constitución, pertenecen a la esfera del *ius cogens*, es decir, derecho impositivo, obligatorio y necesario para el propio Estado y sus instituciones y esta realidad es insoslayable para los sujetos mediadores. Torres del Moral (2015) dice de aquellos, entre otras especificidades, que:

1. Vinculan a todos los poderes públicos,
2. los poderes públicos están obligados a tutelar su eficacia,
3. los preceptos que los formulan tienen carácter de garantías institucionales, y
4. deben ser interpretados en sentido extensivo y favorable, en tanto sus límites y limitaciones deben serlo de modo restrictivo. (p. 339)

En definitiva, la propia naturaleza de estos derechos nos lleva a considerarlos indisponibles y, por tanto, innegociables. Se obtienen como un todo sin merma de su valor, no se pueden disminuir ni limitar y son mandatos que la Constitución dirige a los poderes públicos para su total cumplimiento y protección.

Se podría objetar que, al menos, la actuación administrativa discrecional escapa a esta fiscalización legal y constitucional y, sobre esta, sí se podría mediar con más flexibilidad, pero no podemos olvidar que los propios actos administrativos discrecionales ya dictados por la administración vinculan a esta en lo sucesivo y necesariamente ha de contarse con esta sujeción, por lo que encontrar

discrecionalidad por actos no vinculados dentro de la Administración se nos antoja harto complicado.

La doctrina científica (quizás por seguidismo de las tendencias que marcan hoy día los *Ombudsman* iberoamericanos) casi unánimemente ha acogido este mecanismo de la mediación como una panacea facilitadora de la resolución de conflictos con la Administración. Así, L. Rebollo Delgado (2013) considera que “la conformación legal del Defensor del Pueblo le otorga una versatilidad efectiva en el desarrollo de la mediación. [...] Esta mediación en ocasiones será de equidad y en la mayoría de los casos de derecho” (p. 200); Parejo Alfonso (1992) opina que “dadas las características del Defensor del Pueblo, su utilización al servicio de fórmulas de solución (vía mediación y composición) [...] constituiría, sin duda, una buena experiencia para la progresiva renovación de nuestro sistema administrativo” (pp. 131-132). En la misma línea descrita que los anteriores autores se encuentra Carballo Martínez (2008) manifestándonos que la autonomía de que goza el Defensor le permite:

Utilizar los medios que considere necesarios para buscar una solución que, pese a estar fundada en criterios objetivos de legalidad, pueda adaptarse con flexibilidad a las circunstancias del caso concreto, proponiendo la actuación administrativa que resulte más adecuada en orden a componer los intereses de las partes desde el principio de neutralidad. (p. 303)

Desviándose un tanto de la anterior línea generalista en cuanto a la oportunidad de introducir en la labor del Defensor del Pueblo la mediación se encuentra Á. Gil-Robles y Gil-Delgado (1992), que nos traslada su opinión sobre el tema tratado, argumentando:

La experiencia ha demostrado que el rigor y reserva durante la fase de investigación es esencial, y que los criterios de oportunidad deben estar prácticamente ausentes a la hora de enfocar esta, así como a la hora de resolver definitivamente sobre cada asunto. La confrontación de la norma, acto o conducta con el mandato constitucional o legal, debe ser el punto de referencia obligado. (p. 36)

La legislación autonómica ha incorporado esta singular forma (la mediación) de llegar a acuerdos con la Administración y la vemos contemplada en el artículo 28.1 de la Ley del Síndic de Greuges de Cataluña; en el artículo 22.3 de la Ley del Justicia de Aragón; en el artículo 23.1 de la Ley del Síndic de Greuges de Baleares; en el artículo 20.1 de la Ley del Procurador de Castilla y León; en el artículo 29.2 de la Ley del Valedor del Pueblo de Gallego y en el artículo 12.C de la Ley de Organización y Funcionamiento del Ararteko en el País Vasco.

Esta legislación contrasta poderosamente con la estatal, pues ni la LODP ni el Reglamento de Organización del Defensor del Pueblo recogen de forma acertada semejante instrumento a utilizar por el Defensor en sus relaciones con la Administración, siguiendo el patrón y guía marcado por el constituyente del 78. En efecto, cuando en el Congreso de los Diputados se tramitaba el artículo 21 de la Proposición de Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, que luego pasó a ser el artículo 18, la posibilidad de introducir en la actividad del Defensor medios como la *concertación*, la *conciliación* o el *acuerdo* entre la Administración y aquel para la resolución de conflictos planteados por la queja, el Grupo Centrista y Andalucista presentaron sendas enmiendas, la 35 y 58, en las que se establecía como justificación de estas que, tal misión, no le correspondía al Defensor y que “en la defensa y tutela de los derechos fundamentales no puede admitirse la conciliación ni la transacción” (Bruñén Barberá, 2002, p. 447).

Por tanto, no solo se desvirtúa por parte de los Defensores autonómicos la misión asignada por nuestros constituyentes a la figura del Defensor constitucional (en la que no se recogían los anteriores instrumentos ahora empleados en la labor de defensa del ciudadano, y así se explicitó tanto en la LODP y en su Reglamento de desarrollo), sino que los medios actualmente utilizados por los Comisionados (conciliación y transacción) en nada se corresponden con los empleados por la ancestral figura del *Ombudsman* nórdico.

Siguiendo a F. L. De Andrés Alonso (2017), en Suecia “el principio de legalidad sigue siendo el único parámetro de supervisión de la labor de la administración, sin que se analicen los aspectos discrecionales u otros elementos de las decisiones” (p. 23).

En síntesis, consideramos errónea la doctrina que alimenta la inclusión de tal directriz de funcionamiento en la actividad del Defensor, así como contraria a la Constitución, a la LODP y al resto de la normativa de desarrollo, las normas estatutarias que sobre esta cuestión establecen preceptos de mediación y, nuevamente, nos ratificamos en lo manifestado en párrafos anteriores, sosteniendo que la misión constitucional del Defensor y la de los correspondientes Comisionados Autonómicos no es ni puede ser mediadora, sino la de guardianes y custodios de la Ley y de nuestros derechos constitucionales, innegociables por naturaleza.

VI. OTRAS DESVIRTUACIONES AUTONÓMICAS DE LOS COMISIONADOS

La defensa de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración en las Comunidades Autónomas se localiza en los denominados *Comisionados Parlamentarios*, que, dentro de las competencias territoriales que se les han atribuido, contribuyen junto con el Defensor del Pueblo nacional a supervisar la actividad de la Administración en defensa de los derechos ciudadanos.

Su origen es orgánico, pues la Constitución silencia estas figuras y el artículo 54 de nuestra Carta Magna solamente hace referencia a la figura del Defensor del Pueblo estatal. Dichos Comisionados emergen en primer lugar de la mano de los Estatutos de Autonomía del País Vasco y el catalán que en sus Leyes Orgánicas respectivas⁹ crean la institución al objeto de velar por los derechos fundamentales y las libertades públicas del ciudadano frente a la actividad ilícita de la Administración autónoma, con exclusión de la periférica del Estado.

Pues bien, la desvirtuación o transgresión de estas figuras ya aparece formulada desde un primer momento en el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Este precepto establece:

Corresponde al País Vasco la creación y organización, mediante Ley de su Parlamento, y con respecto a la institución establecida por el artículo 54 de la Constitución, de un órgano similar que en coordinación con aquella, ejerza las funciones a las que se refiere el mencionado artículo y cualesquiera otras que el Parlamento Vasco pueda encomendarle. (art. 15, LO 3/1979)

Obsérvese que, aparte de ejercer las funciones que el artículo 54 de la Constitución establece para el Defensor del Pueblo, el mencionado precepto indica que dicho Comisionado llevará a cabo “cualesquiera otras que el Parlamento Vasco pueda encomendarle” (art. 15, LO 3/1979). Y así ha sido, pues en las Leyes de desarrollo estatutarias de estas figuras en las distintas Comunidades Autónomas, sobre todo tras la aparición de los nuevos Estatutos, la ampliación de competencias comisionales ha sido la nota característica que ha marcado el devenir de la institución. Abarcando esta ampliación a *acciones*, totalmente distintas de las clásicamente desempeñadas en origen por la institución del *Ombudsman*. De esta forma, junto con la queja propiamente dicha, los

⁹ Leyes Orgánicas 3/1979 y 4/1979, de 18 de diciembre, en sus artículos 15 y 35.

Comisionados autonómicos están hoy día competencialmente autorizados para recibir cualquier tipo de consulta (en los Informes anuales que aquellos presentan a sus Parlamentos se denominan acciones) dirigida a solicitar de la institución por parte del ciudadano todo tipo de orientaciones, consejos y normas a seguir frente a cualquier situación en la que pudiera encontrarse el administrado en relación con la Administración. No son, por tanto, quejas en el pleno sentido del término, pues el injusto administrativo no aparece por ninguna parte. De esta forma, la institución del Comisionado se convierte en una especie de guía o ente orientador de quien recorre o pretende recorrer los procelosos caminos que traza la Administración en general.

Todo ello deviene en actuación, junto con la queja propiamente dicha en la actividad del Comisionado, de tal forma que actuaciones consideradas como consultas serían los simples contactos telefónicos, postales o telemáticos, las preguntas orales, el manejo de documentos y cualquier tipo de asesoramiento y apoyo que podamos imaginar. Nos encontramos, por tanto, ante una reconversión (desvirtuación) de la institución comisionada que, de Defensor de los ciudadanos por el mal funcionamiento de la Administración, ha pasado a ser una mera Oficina de Información, de las muchas que existen en este país.

Veamos en la Tabla 1, la comparativa del número de acciones o consultas realizadas por algunos Comisionados con respecto a las quejas que tramitan:

Tabla 1. Comparativa consultas/quejas tramitadas por el Ararteko, el Defensor del Pueblo andaluz y el Síndic de Greuges catalán

AÑOS	ARARTEKO		DEFENSOR ANDALUZ		SÍNDIC DE GREUGES CAT.	
	QUEJAS	CONSULTAS	QUEJAS	CONSULTAS	QUEJAS	CONSULTAS
2018	2.552	9.205	7436	13.117	15.375	9.987
2017	2.977	9.545	6.624	10.378	10.164	8.977
2016	2.498	8.171	6.900	10.811	10.013	10.356
2015	1.068	6.394	5.941	9.343	10.647	12.278
2014	1.384	6.378	5.944	9.185	9.692	11.823
2013		9.610	6.926	8.691	9.024	12.719

	ARARTEKO		DEFENSOR ANDALUZ		SÍNDIC DE GREUGES CAT.	
AÑOS	QUEJAS	CONSULTAS	QUEJAS	CONSULTAS	QUEJAS	CONSULTAS
2012	1.657	8.758	6.992	8.365	8.231	16.667
2011	2.347	8.252	6.042	8.575	8.180	14.579
2010	1.859	6.446	6.331	9.082	6.216	15.288

Fuente: Informes anuales de los diferentes Comisionados a sus respectivos Parlamentos (2010-2018)

Esta desvirtuación llega incluso al paroxismo en determinadas Comunidades donde al Comisionado se le confieren competencias que, o bien están fuera de su alcance, caso del Justicia de Aragón, en donde por el artículo 33 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, se le faculta para tutelar el ordenamiento jurídico aragonés y la defensa del Estatuto, o bien se le asignan misiones propias de otros órganos, como es el caso del Síndic de Greuges catalán, al que se le han asignado misiones típicas de orientación y consejo a la Generalitat, como si de un Consejo de Estado se tratase, o competencias que le proporcionan la posibilidad de solicitar dictámenes al Consejo de Garantías Estatutarias¹⁰, deformando y desvirtuando con ello sus primitivos fines.

Concluimos este artículo admitiendo una obviedad: por las competencias y facultades asignadas por la Constitución y las Leyes a nuestras instituciones de Defensor del Pueblo y Comisionados Autonómicos, nos encontramos con que estas figuras claramente se distancian de las originarias procedentes de las latitudes nórdicas. A la postre, se ha terminado por crear Magistraturas omnicomprendivas de las más diversas actividades, que las definen con naturaleza y características propias. En definitiva, Magistraturas cuya desvirtuada singularidad las hace diferentes a los *Ombudsman* y, al mismo tiempo, únicas en el mundo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (2012). *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. Tomo II: Derechos fundamentales y órganos del Estado. Ed. Universitaria Ramón Areces, p. 232.

¹⁰ Véase el artículo 4 Ley 24 /2009, de 23 de diciembre, del Síndic de Greuges catalán.

- BASSOLS COMA, M. (1998-1999). El Defensor del Pueblo en el sistema constitucional: sus relaciones con las Cortes Generales; Administración Pública y Administración de Justicia. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, vol.8, p. 35.
- BRUÑÉN BARBERÁ, Francisco M. (2002). Comentarios al artículo 17. *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*. Rovira Viñas, A. (Dir.). Aranzadi, 2002, p. 447.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G. (2008). *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*. Thomson-Aranzadi, p. 303.
- DE ANDRÉS ALONSO, F. L. (2017). *Los Defensores del Pueblo en España*. Ed. Reus, p. 128.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (1982). *El Defensor del Pueblo: El Ombudsman*, Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales, p. 398.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (1981). Normas y notas sobre el Ombudsman de Suecia. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 21, pp. 128-129.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1986). *El Estado de Partidos*. Alianza Editorial, p. 117 y ss.
- GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á. (1992). Consideraciones en torno a la experiencia española del Defensor del Pueblo. *Congreso Internacional: La experiencia del Ombudsman en la actualidad. Memoria*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 36.
- GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á. (1983-1984). Aperçu sur l'institution espagnole du Défenseur du peuple. *Extrait d'études et documents. Conseil d'Etat*, 35, p. 90.
- GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á. (1981). Cap. XIII. El Ombudsman supranacional. *El control parlamentario de la Administración: El Ombudsman*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), pp. 246 y 247.
- HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, L. (2021). *La conciencia crítica del Estado al servicio de los ciudadanos: El Defensor del Pueblo*. [Tesis doctoral no publicada]. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), p. 299.
- LUNA ABELLA, C. (2002). *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*. Rovira Viñas, A. (Dir.). Aranzadi, p. 713-762.

- NORTHEY, J. F. (1973). El Comisionado parlamentario de Nueva Zelanda. *El Ombudsman: El Defensor del Ciudadano*. Rowat, D. C. (Ed.). Fondo de Cultura Económica, p. 180.
- OEHLLING RUIZ, H. (1991). El Defensor del Pueblo: Algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional. *Revista de Estudios Políticos*, 72, p. 92.
- OLLERO GÓMEZ, C. (1980). *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Tomo III. Moreno Sainz, F. (Dir.). Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, pp. 3533-3535.
- PAREJO ALFONSO, L. (1992). El Defensor del Pueblo como Institución de control de la Administración pública. *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, problemas y perspectivas: Jornadas celebradas los días 14 y 15 de enero de 1992, en la sede de la Universidad de Getafe*. Universidad Carlos III, p. 131 y 132.
- PÉREZ CALVO, A. (1979). ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. *REVISTA DE DERECHO POLÍTICO*, 4, p. 82.
- RAMOS TORRE, R. y Gómez Rivas, J. V. (2007) Creación y evolución. *Veinticinco años del Defensor del Pueblo en una España en cambio: 1982-2007*. Defensor del Pueblo, p. 28.
- REBOLLO DELGADO, L. (2013). *La Institución del Ombudsman en España*. Dykinson, p. 200.
- ROWAT, D. C. (1973). Prefacio. *El Ombudsman*. Fondo de Cultura Económica, pp. 39 y 59.
- SÍNDIC. EL DEFENSOR DE LES PERSONES (2020). *INFORME AL PARLAMENTO 2019*. SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, p. 5.
- SORIANO DÍAZ, R. L. (1999). Los puntos negros de la institución del Defensor del Pueblo. *Revista Jueces para la Democracia*, 35, pp. 3-9.
- TORRES DEL MORAL, A. (2015). Estado de Derecho y Democracia de Partidos: Una Teoría del Estado Constitucional Contemporáneo. Universitas, p. 339.
- TORRES MURO, I. (2008). Problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales. *Revista de Derecho Político, UNED*, 71-72, p. 612.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (1983). La Naturaleza Jurídica del Defensor del Pueblo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8, p. 78.

VII.1. Referencias legislativas

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978

Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón

Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco

Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la UE en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

VII.2. Referencias jurisprudenciales

STC 137/2010, de 16 de diciembre

STS 459/2019, de 14 de octubre

STC 40/2016, de 3 de marzo