

RASGOS ESENCIALES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO SEGUN LA CONSTITUCION Y LA LEY ORGANICA 3/1981 DE 6 DE ABRIL

POR

ALBERTO PEREZ CALVO
Profesor Adjunto de Derecho Político
Universidad de Salamanca

SUMARIO

1. LA AUTONOMÍA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.—2. LA FUNCIÓN DE DEFENSA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES: A) Los recursos ante el Tribunal Constitucional. B) La defensa de los derechos en relación con la Administración.
3. LA SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.—4. LA NATURALEZA DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES.

La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo a que se hace referencia en el título de este trabajo, aprobada en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 54 de la Constitución, ha debido regular la institución que comentamos a partir de los elementos básicos que proporciona la propia Carta Fundamental en varios de sus artículos —54, 70 y 162.

De acuerdo con dichos preceptos, las Cortes Generales designan al titular de la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado suyo. El cargo de Defensor del Pueblo es incompatible con el de diputado o senador. Al Defensor del Pueblo se le asigna la función de defensa de los derechos comprendidos en el título primero de la Constitución, y para ello se le ponen a su disposición diferentes medios: podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales, e interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo.

En este trabajo se trata de poner de relieve las líneas esenciales que definen al Defensor del Pueblo a partir de los elementos que nos proporcionan la Constitución y la LODP.

1. LA AUTONOMIA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

La Constitución, siguiendo en este aspecto el modelo clásico de *Ombudsman* sueco, opta por que sean las Cortes Generales quienes designen al titular de la institución. Por ello, desde este punto de vista, nuestro Defensor del Pueblo se mueve en la órbita de las Cortes. Y de ahí que cuando hablamos de su autonomía nos estamos refiriendo fundamentalmente al carácter de la relación entre aquél y las Cortes Generales.

En este sentido ya se ha puesto de relieve¹ que la alternativa frente a la

¹ Véase A. La Pérgola, *Ombudsman y Defensor del Pueblo. Apuntes para una investigación comparada*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 7 (nueva época), 1979, página 86; A. Pérez Calvo, *Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo*, en «Revista del Departamento de Derecho Político», (U.N.E.D.), núm. 4, 1979, págs. 81 y sigs.

que se colocaba la LODP era el mayor o menor grado de dependencia del Defensor del Pueblo respecto de las Cortes. Pues bien: la LODP ha optado por dotar al Defensor del Pueblo de una amplia autonomía funcional, como vamos a comprobar. Ciertamente, los preceptos constitucionales referidos al Defensor del Pueblo ofrecen criterios más que suficientes² para inclinarse por esta alternativa. Sin pretender ser exhaustivos, podemos señalar aquí cómo por mandato constitucional las Cortes se ven abocadas a regular y designar un «alto comisionado» suyo cuya función es la defensa de los derechos y libertades proclamados en la Constitución. Evidentemente, esta misión no es ajena o extraña a las funciones que la Constitución encomienda a la Cortes, pero tampoco tiene por qué concordar necesariamente y en toda su extensión con aquéllas. La prueba de ello estriba en que la misma Constitución prevé la existencia de un Tribunal Constitucional como garante de la Constitución y de los derechos proclamados por ella capaz de enjuiciar los actos de las mismas Cortes. De ahí, lo que puede resultar paradójico, que el Defensor del Pueblo esté legitimado para impugnar, en aras de la defensa de los derechos que se le encomienda, los actos de las Cortes. Evidentemente, se trata de una razón que aconseja la configuración de un Defensor del Pueblo autónomo.

No obstante, lo que la LODP no puede olvidar son los lazos institucionales que la Constitución establece entre el Defensor del Pueblo y las Cortes y el carácter de comisionado de aquél con respecto a éstas. Desde esta perspectiva orgánica, la LODP ha perfilado con nuevos datos la figura del Defensor del Pueblo como fiduciario parlamentario³.

Así, de acuerdo con el artículo 54 de la Constitución, son las Cortes quienes designan al Defensor del Pueblo, para lo que la LODP exige como mínimo una mayoría de tres quintos en el Congreso y la mayoría absoluta en el Senado⁴. Asimismo, la LODP prevé que el Defensor del Pueblo nombrará a dos adjuntos, en quienes puede delegar funciones. Pero además los adjuntos van a sustituir eventualmente al titular de la institución con ocasión de incapacidad transitoria del mismo y en todo caso en el momento de su cese y hasta la elección del nuevo titular. En este caso también, la LODP reserva a sendas comisiones específicas del Congreso y del Senado la conformidad previa a la propuesta de candidatos que les haya elevado el Defensor del Pueblo.

Igualmente, el Defensor del Pueblo estará obligado a presentar un informe anual de sus actividades a las Cortes Generales en cumplimiento de lo preceptuado en la LODP y en la propia Constitución, aunque de ello no cabe deducir que los diferentes informes que el Defensor del Pueblo pueda enviar a las Cortes o incluso determinadas partes del informe anual tengan forzosamente

² Véase al respecto A. Pérez Calvo, *op. cit.*, págs. 83, 84, 94 y sigs.

³ Véase A. La Pérgola, *op. cit.*, pág. 88.

⁴ El artículo 2 LODP prevé el siguiente procedimiento: la propuesta del candidato o candidatos corre a cargo de las comisiones de ambas Cámaras encargadas de las relaciones con el Defensor del Pueblo. Resulta elegido en una vuelta única el candidato que obtuviere una votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y posteriormente fuese ratificado por la misma mayoría de senadores. En caso de no conseguirse dichas mayorías, se procede a sucesivas vueltas hasta que uno de los candidatos consiga la mayoría de tres quintos en el Congreso y la mayoría absoluta en el Senado.

mente el carácter de rendición de cuentas⁵, sino que, como veremos posteriormente con más detenimiento, algunos de ellos pueden constituir una denuncia ante las Cortes como último recurso que puede quedar al Defensor del Pueblo para llevar a cabo su misión.

Del mismo modo, y es quizás el elemento que más caracteriza la relación fiduciaria entre ambas instituciones, las Cortes pueden destituir al Defensor del Pueblo en virtud de unas causas, especialmente por «actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo», que ambas Cámaras aprecian libremente mediante una mayoría de tres quintos⁶.

Cabe reseñar también que la dotación económica que permite el funcionamiento de la institución constituye una partida dentro de los Presupuestos de las Cortes Generales. Y éste podría ser quizás un gravamen importante que, si bien se sitúa en el plano orgánico, puede tener consecuencias inmediatas en el funcional.

Veamos ahora la situación del Defensor del Pueblo desde el punto de vista funcional.

El artículo 6.1 de la LODP expresa el principio de autonomía del Defensor del Pueblo: «desempeñará sus funciones con autonomía». Y el mismo precepto contiene otras manifestaciones generales del principio de autonomía: «no estará sujeto a mandato imperativo alguno», «no recibirá instrucciones de ninguna autoridad» y desempeñará sus funciones «según su criterio»⁷.

En concreto, cabe conectar con el principio de autonomía del Defensor del Pueblo una serie de preceptos que garantizan las posibilidades de información y actuación necesarias para el desempeño de su función. Tal es la posibilidad de la iniciativa de oficio, así como las facilidades que se ofrecen a los ciudadanos o a los parlamentarios para acudir al Defensor del Pueblo. Cabe señalar igualmente los poderes de inspección y medios coactivos no decisarios con que cuenta para recabar la información precisa —fundamentalmente la denuncia ante las Cortes de las actitudes hostiles o entorpecedoras de su labor de investigación y, en caso de delito de desobediencia hacia su persona, el traslado del caso al Ministerio Fiscal (art. 24 de la LODP).

⁵ Sobre el carácter doble del informe, véase A. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo. Comentarios en torno a una proposición de Ley Orgánica*, Civitas, Madrid, 1979, pág. 78.

⁶ El artículo 5.2 LODP señala además como posibles causas de destitución apreciables por las Cortes con idéntica mayoría «la incapacidad sobrevenida» y «el haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso». No deja de ser un contrasentido que la LODP considere esta última causa como apreciable discrecionalmente por las Cortes. Las situaciones poco favorables para el prestigio de la institución y de la legalidad a que puede dar lugar este caso concreto deberían haber aconsejado incluir esta causa entre las regladas, de modo que la sentencia firme produjera automáticamente el cese en el cargo. Por lo demás, debe señalarse que la mayoría exigida en el Senado para su destitución puede, en ocasiones, ser superior a la que fue necesaria para su elección.

⁷ No deja de ser una paradoja que el párrafo cuarto del artículo 6 aplique a los adjuntos, sin más precisiones, el principio de autonomía y las manifestaciones generales que del mismo recoge el párrafo primero del mismo artículo. De acuerdo con esta formulación, los adjuntos podrían desempeñar su trabajo «según su criterio», con independencia incluso del criterio del Defensor del Pueblo. Evidentemente, una interpretación correcta del precepto citado que tenga en cuenta otros preceptos de la LODP, que configuran a los adjuntos como auxiliares del titular —al menos en períodos normales—, deberá salvar estos inconvenientes.

En la misma línea se encuentran los preceptos contemplados en el artículo 11 de la LODP. Así, este artículo señala que en el caso de que las Cortes Generales no se hallen reunidas, hubieren sido disueltas o hubiere expirado su mandato, el Defensor del Pueblo no verá interrumpida su actividad y se dirigirá, cuando ello sea preciso, a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras. Y el mismo artículo 11, en su párrafo tercero, se refiere a la situación del Defensor del Pueblo una vez declarados los estados de excepción o de sitio. En estos casos ni el Defensor del Pueblo interrumpirá su actividad ni decae el derecho de los ciudadanos a acceder al mismo. Unicamente, como es lógico, la tutela del Defensor del Pueblo no podrá extenderse a los derechos que hayan podido ser suspendidos con motivo de la declaración de uno de los estados excepcionales mencionados.

Asimismo, los preceptos que tienden a garantizar la continuidad de la institución se manifiestan también como expresión de la autonomía de la misma. Ya se ha señalado en este sentido la previsión de la sustitución interina del Defensor del Pueblo por sus adjuntos en el caso de cese o de incapacidad temporal de su titular.

También debemos hacer referencia aquí a una serie de condiciones que, previstas por la LODP, se aplican al Defensor del Pueblo y que tienden a posibilitar o garantizar que su autonomía sea efectiva.

A este respecto cabe citar en primer lugar las garantías de inviolabilidad e inmunidad (art. 6) que protegen al Defensor del Pueblo y a sus adjuntos frente a posibles ingerencias de los poderes públicos en general. Lo mismo se puede decir de las incompatibilidades (art. 7) que tienden a conferirle además un estatuto de neutralidad política y social.

Persiguen el mismo objetivo de la neutralidad del Defensor del Pueblo los preceptos que establecen mayorías cualificadas para su elección y destitución por parte de las Cortes. Se trata, por un lado, de impedir que el Defensor del Pueblo pudiera convertirse en un instrumento de la mayoría parlamentaria y, por otro, de concitar en torno a su persona un amplio consenso parlamentario y social.

Finalmente, es preciso señalar la duración de su mandato, que, al ser de cinco años, se aleja del período normal de duración de las Cortes.

En resumen, como apuntábamos anteriormente, la declaración de autonomía del Defensor del Pueblo hecha por el artículo 6.1 de la LODP no se agota en sí misma, sino que constituye un principio informador en torno al cual se articula toda una serie de preceptos básicos que configuran la institución del Defensor del Pueblo. Así, la autonomía del Defensor del Pueblo se manifiesta en la posibilidad de desempeñar su función —desde la iniciación de sus actuaciones, pasando por la investigación y en el momento de adoptar las medidas oportunas— sin interferencias de ninguna clase. Lo que el Defensor del Pueblo haga o deje de hacer con ese bagaje de competencias que la Constitución y la LODP ponen en sus manos es otra cuestión distinta. Y ahí es precisamente donde las Cortes podrían mostrar su disconformidad y producir el cese.

2. LA FUNCION DE DEFENSA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Como ya hemos señalado, el artículo 54 de la Constitución indica claramente la función que encomienda a la institución que comentamos: la Constitución crea y las Cortes nombran un Defensor del Pueblo para la defensa de los derechos comprendidos en el título primero de la Carta Fundamental.

De esta manera, nuestro Defensor del Pueblo rompe el esquema clásico del *Ombudsman* tradicional volcado primordialmente hacia la fiscalización de la Administración⁸. El Defensor del Pueblo podrá también fiscalizar a la Administración, ciertamente, e incluso cabe esperar que será su actividad fundamental, pero este objetivo ya no será primario, sino que quedará englobado en el primero, en la defensa de los derechos y libertades. Esta especial configuración del Defensor del Pueblo puede no estar exenta de problemas, como vamos a comprobar⁹.

De todas formas, los medios de que dispone el Defensor del Pueblo para el desarrollo de su función modulan de distinta manera esa misma función.

A) *Los recursos ante el Tribunal Constitucional*

A la vista de la función asignada al Defensor del Pueblo, la Constitución es coherente consigo misma cuando, además, pone en manos de aquél la legitimación para acudir al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo o de inconstitucionalidad. De este modo, a través de estos medios de defensa de los derechos, el Defensor del Pueblo puede relacionarse directamente con el «supremo guardián de la Constitución»¹⁰ y, por tanto, de su título primero. Además, los citados medios le permiten cubrir todas las parcelas públicas del Estado en las que es posible una violación o desconocimiento de los derechos y libertades.

La legitimación para interponer el recurso de amparo va a permitir al Defensor del Pueblo intentar la defensa de aquellos derechos cubiertos por el citado recurso, es decir, el derecho a la igualdad de todos los españoles (art. 14 de la Constitución), todos los derechos de libertad que se reconocen en la sección primera del capítulo segundo del ya señalado título primero de la Constitución y el derecho a la objeción de conciencia. Por lo demás, el Defensor del Pueblo podrá llegar mediante este recurso a zonas que están vetadas a su competencia de supervisión. Así podrá interponer el recurso contra cual-

⁸ En este aspecto, el *Ombudsman* militar de la República Federal de Alemania presenta, asimismo, una configuración cercana a nuestro Defensor del Pueblo; véase A. Pérez Calvo, *op. cit.*, pág. 94, nota 20.

⁹ Incluso el lugar sistemático que ocupa el artículo 54 —en el capítulo «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales»— que intenta estar en consonancia lógica con la función que se asigna al Defensor del Pueblo, podría encerrar alguna dificultad a la hora de la elaboración del concepto dogmático de garantía constitucional en el marco de la Constitución.

¹⁰ Véase P. de Vega García, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, en el libro del mismo autor, *Estudios políticos constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, págs. 298 y sigs.

quier violación de los derechos y libertades por parte del Gobierno, de los órganos judiciales y por actos no legislativos de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, además de las que pudieran proceder de las Administraciones central o autonómicas y de las Asambleas legislativas u órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas¹¹.

Por otro lado, el recurso de inconstitucionalidad¹², en principio, va a permitir al Defensor del Pueblo su utilización con todas las virtualidades que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional conceden a este recurso, y que no es preciso enumerar aquí. De esta manera, el Defensor del Pueblo, mediante este recurso, podría intentar la defensa no sólo de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, sino también del derecho objetivo, de la Constitución en sí misma aun en zonas que no repercuten directamente sobre los derechos de los ciudadanos. En principio no existe razón jurídica que le impida adoptar esta posición, ya que las virtualidades impugnatorias del recurso se mantienen en todo caso con independencia de que el artículo 54 de la Constitución asigne al Defensor del Pueblo la función de defensa de los derechos y libertades. No obstante, aquí podría intervenir una cierta autorestricción a la hora de utilizar este recurso de forma que quedara limitado a la estricta defensa de los derechos que hubieran podido ser violados por disposiciones jurídicas que pueden ser objeto de impugnación por este medio.

En esta última perspectiva, el Defensor del Pueblo puede considerar como objeto de su defensa mediante este recurso a todos los derechos reconocidos en el título primero de la Constitución. Y en esta formulación hay que entender incluidos todos los derechos individuales y colectivos contenidos en el capítulo segundo de este título y a los que el artículo 53.1 de la Constitución indica expresamente como objeto de la tutela de este recurso, así como los enumerados en el capítulo tercero del mismo título —«De los principios rectores de la política social y económica»—, que, aunque no son exigibles de modo abstracto ante los poderes públicos, deberán informar «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»¹³.

¹¹ Véase artículos 42, 43, 44 y 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹² J. González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 253, nota 9, indica que «para paliar la deficiente regulación de la legitimación activa y remediar siquiera mínimamente la denegación de justicia que supone privar de legitimación al ciudadano, en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo deberá imponérse la iniciación del proceso constitucional en virtud de denuncia, salvo que fuese manifiesta la improcedencia de la inconstitucionalidad». La LODP no ha seguido esta sugerencia que quizás hubiera supuesto desviar todavía más al Defensor del Pueblo del terreno informal donde parece que puede encontrar su mejor acomodo. Ciertamente, el Defensor del Pueblo puede servir de cauce para recursos de este tipo promovidos por los ciudadanos pero parece conveniente dejar a su consideración la decisión sobre el asunto. Quizás el tema pueda encontrar mejores soluciones como las que proponían en su momento autores —que el mismo profesor González Pérez cita en pág. 261— como G. Trujillo, *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 7 (nueva época), págs. 150 y sigs., y M. Aragón Reyes, *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*, en el mismo número de la revista anteriormente citada, pág. 191. En todo caso, en ésta como en otras cuestiones la experiencia podrá proporcionar criterios más seguros.

¹³ Véase, entre otros, J. L. Cascajo Castro, *El problema de la protección de los Derechos Humanos*, en el libro colectivo *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico*

B) *La defensa de los derechos en relación con la Administración*

La supervisión de la actividad de la Administración aparece como otro de los medios que la Constitución atribuye al Defensor del Pueblo para poder desempeñar su función de defensa de los derechos.

El artículo 9.1 de la LODP nos proporciona más detalles sobre este medio. En efecto, en este precepto se nos habla de que el Defensor del Pueblo podrá realizar cualquier «investigación» con la finalidad de llegar al «esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y de sus agentes». Ambos elementos, investigación y esclarecimiento, unidos por el nexo lógico de la finalidad, constituyen la supervisión. La LODP nos dice además que, una vez realizada la supervisión, y si ésta da resultados positivos, el Defensor del Pueblo puede adoptar algunas medidas que normalmente consistirán en recomendaciones dirigidas a la dependencia administrativa o funcionario cuyos actos han sido objeto de la supervisión. Pero es lógico pensar que entre la supervisión y la eventual adopción de medidas interviene un elemento que podemos llamar juicio, es decir, el proceso lógico por el que el Defensor del Pueblo perfila su opinión sobre la actividad investigada.

Ahora bien, para que el Defensor del Pueblo pueda conducir la supervisión de manera que no pierda su horizonte final y, sobre todo, para la formación definitiva de una opinión que pueda conducirle a la adopción de la recomendación adecuada, son precisos unos criterios de juicio.

El mismo artículo 9.1 de la LODP alude a estos criterios cuando indica que el Defensor del Pueblo llevará adelante la supervisión de la actividad de la Administración «en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, y el respeto debido a los derechos proclamados en su título primero».

Se trata en primer lugar de un criterio —«en relación con los ciudadanos»— que la LODP parece configurar, al menos en una primera fase, como procedural y previo a la investigación misma en la medida en que tiende a delimitar el campo de investigación del Defensor del Pueblo a los actos y resoluciones administrativas que estén relacionados con los ciudadanos¹⁴.

co y sistema, edición a cargo de A. E. Pérez Luño, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, págs. 276 y sigs.; L. Sánchez Agesta, *El sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo de un sistema*, Editora Nacional, Madrid, 1980, págs. 169 y 170.

¹⁴ En realidad, la redacción del artículo 9.1 LODP no es todo lo clara que pudiera desearse. En lo que atañe a la frase que consideramos —«en relación con los ciudadanos»— no se puede colegir con certeza si adjetiva a la supervisión (investigación y esclarecimiento) o a los actos y resoluciones administrativos. No obstante, en cualquiera de los dos casos los resultados prácticos parecen ser similares puesto que si la frase se refiere a la investigación y esclarecimiento, el Defensor del Pueblo estaría obligado igualmente a analizar previamente qué actos o resoluciones de la Administración están relacionados con los ciudadanos. Por otro lado, es preciso señalar que el criterio apuntado, si bien en un primer momento se comporta como procedural, no cabe duda de que posteriormente actuará normalmente como un auténtico criterio que permita la expresión de la titularidad de derechos subjetivos o de otras expectativas amparadas jurídicamente.

Y se trata también de dos criterios que la LODP considera en todo caso sustantivos en el sentido de que van a permitir al Defensor del Pueblo juzgar la regularidad o irregularidad de la actividad administrativa, y que hacen referencia al artículo 103.1 de la Constitución y a los derechos y libertades tantas veces señalados en este trabajo¹⁵.

El último de los criterios señalados nace del propio artículo 54 de la Constitución. Es decir, el objeto de la defensa que debe realizar el Defensor del Pueblo constituye al mismo tiempo un criterio para esas mismas actuaciones defensoras. En este caso, la LODP no hace sino dar cuenta de algo que la propia Constitución había previsto de modo explícito.

Lo que la LODP introduce acertadamente es el criterio que alude al artículo 103.1 de la Constitución. Este precepto dice: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.» No se trata de analizar aquí el abanico de criterios que ofrece al Defensor del Pueblo este precepto, que, sin duda, es uno de los más densos de toda la Constitución. Tan sólo queremos reseñar cómo entre los principios enunciados aparece el clásico de sometimiento de la actividad administrativa a la legalidad, pero expresada ésta no sólo por la ley, sino también por los principios generales del Derecho, esas sustanciales instancias políticas de libertad y de justicia¹⁶ en que se basa el propio orden político. Evidentemente, esta formulación del principio de legalidad, que va más allá de una concepción formalista del Estado de Derecho, abre nuevas perspectivas a la hora de enjuiciar la actividad de la Administración. Lo que puede conducir al Defensor del Pueblo a la crítica de determinadas actuaciones administrativas que, por decirlo con palabras del profesor La Pergola, no se mueven necesariamente en «la esfera del ilícito en sentido técnico y quizá tampoco en aquella hipótesis de deformidad del acto administrativo respecto a la ley, reconducibles al vicio resultante del ejercicio ilegítimo del poder discrecional, como exceso (desviación) de poder¹⁷.

Y también se puede señalar cómo junto a este principio aparecen otros que apuntan en una dirección similar. Piénsese, por ejemplo, en la relación que puede establecer el Defensor del Pueblo entre el criterio de «eficacia» y los derechos prestacionales que debe defender (art. 43 de la Constitución sobre sanidad, art. 44 sobre cultura, art. 45 sobre medio ambiente...). Evidentemente, se trata de un terreno difícil y novedoso sobre el que el Defensor del Pueblo deberá avanzar con suma cautela. Pero no cabe duda de que cuando,

¹⁵ También en el caso de la referencia a los derechos y libertades como criterio de juicio, la redacción del artículo 9.1 LODP es poco precisa. Si la frase pretende dar cuenta de un criterio —que es lo más lógico dado el contexto en que aparece—, toda ella debería ir precedida de la preposición «de» que le conectaría con el sustantivo «a la luz» que, de esta forma, iría determinado por las dos frases siguientes al mismo, unidas entre ellas por la copulativa «y».

¹⁶ Véase E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 67 y sigs.

¹⁷ *Op. cit.*, pág. 75, cuando alude a la noción de *maladministration*. Véase también A. Pérez Calvo, *op. cit.*, pág. 90. De hecho, la LODP contiene de modo disperso otros criterios que se mueven en esta misma dirección: véase, por ejemplo, artículos 23 y 28.2.

a partir del criterio de la «eficacia» o de la «objetividad», de la justicia, de la dignidad de la persona (art. 10 de la Constitución), el Defensor del Pueblo denuncie, por ejemplo, eventuales aspectos disfuncionales de la actividad administrativa, estará encontrando el terreno en que quizás su presencia puede ser auténticamente fructífera¹⁸.

La crítica del Defensor del Pueblo en los casos anteriores estaría fundada en que la Administración en su actividades de cualquier tipo ha descuidado o infringido precisamente alguno de los principios que señala el artículo 103.1 de la Constitución. De esta forma resulta que los criterios de juicio que el artículo 9.1 de la LODP señala al Defensor del Pueblo por remisión del artículo 103.1 de la Constitución son al mismo tiempo valores que él mismo debe defender de igual manera que los derechos y libertades cuya defensa también se encomienda al Defensor del Pueblo constituyen asimismo criterios o cánones de juicio.

Ahora bien, los principios que enumera el artículo 103.1 de la Constitución no solamente tienen una vertiente *ad extra*, en relación con la actividad externa de la Administración. Tienen también una vertiente *ad intra* en el sentido de que deben aplicarse igualmente a las actividades interadministrativas.

¹⁸ De esta manera, el Defensor del Pueblo podría acomodar su función de defensa de los derechos a aquellos aspectos de la vida del ciudadano en relación con la Administración cuya protección jurisdiccional resulta difícil o imposible. Precisamente la doctrina, en general, ha criticado sin ambages el modelo de Defensor del Pueblo que parecía perfilarse a partir de la Constitución. Véase, por ejemplo, la intervención del profesor Oller en el Senado cuando abogaba para que el Defensor del Pueblo se configurara como una auténtica magistratura de opinión que se distinguiera netamente de la jurisdicción constitucional o administrativa, «Diario de Sesiones del Senado», 31 de agosto de 1978, página 2129. Por su parte, el profesor De Vega en *Los órganos del Estado en el contexto político-institucional del proyecto de Constitución*, en *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bolonia, 1978, pág. 11, se pronuncia por una magistratura de opinión que defienda al ciudadano de los abusos de la Administración aún cuando ésta opere en el marco de la legalidad. Y añade: «Sinceramente creo que ante una Administración lenta, ineficaz, llena de resortes ocultos como la española, la figura del Defensor del Pueblo puede resultar de tremenda actualidad. Pero siempre que se la configure como una magistratura de opinión y no como magistratura de acción judicial y legalista...». Véase, en sentido similar, O. Alzaga, *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pág. 355 y la clara argumentación que el citado profesor mantiene ante el Congreso de los Diputados en la explicación de voto sobre la proposición de la LODP, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», 11 de noviembre de 1980, págs. 7961 y sigs. Asimismo, F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 598.

De todas formas, lo anterior no quiere decir que el Defensor del Pueblo deba restringir su campo de actuación únicamente a las actividades anormales de la Administración no susceptibles de recurso. La posibilidad jurídica de un recurso no significa necesariamente, como se sabe, que todos los ciudadanos tengan posibilidades reales de interponerlo. En este sentido, hay que saludar como positivo el hecho de que la LODP deje en libertad al Defensor del Pueblo para aceptar incluso aquellas quejas cuyo contenido hubiera podido plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como se desprende de la lectura del artículo 17. A este respecto, es significativo que la Ley inglesa de 1967 sobre el Comisario Parlamentario que, en su artículo 5.2 le prohíbe abrir una investigación cuando la persona dañada tuviera derecho a recurrir ante un Tribunal de Justicia, se lo permita, sin embargo, «si queda convencido de que en sus circunstancias particulares no se puede pensar que esta persona recurra o haya recurrido...».

tivas o reflejas de una Administración concreta. Y a este respecto cabe preguntarse si el Defensor del Pueblo deberá limitarse a la defensa de esos principios en relación con el primer tipo de actividades administrativas o llevará también su análisis al segundo tipo. La respuesta que haya de darse a este interrogante deberá tener en cuenta el criterio procedural aludido igualmente por el mismo artículo 9.1 de la LODP en el sentido de que el Defensor del Pueblo supervisará la actividad de la Administración «en relación con los ciudadanos». No obstante, de ello no se deduce que la respuesta al interrogante planteado haya de ser negativa en todos los casos. En primer lugar porque puede haber actos interadministrativos o reflejos que repercutan sobre la situación de los funcionarios, que evidentemente también son ciudadanos amparados por el Defensor del Pueblo, y en segundo lugar, la misma limitación contenida en la frase «en relación con los ciudadanos» es tan indeterminada que podría dar lugar incluso a interpretaciones opuestas. Y así podría argüirse legítimamente que resulta difícil imaginar una actuación de la Administración, incluidas las que sean exponente de una relación administrativa refleja o interadministrativa, que no redunde en beneficio o desventaja de los ciudadanos y que no se refiera necesariamente de modo más o menos individualizado y más o menos directo a los mismos ciudadanos; en suma, que carezca de relevancia social. Y podría recordarse en este sentido el artículo 31 de la Constitución, que, al mismo tiempo que establece en su párrafo primero el deber de todos los ciudadanos a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, en el párrafo segundo señala textualmente: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución —lo que indudablemente obliga a la Administración— responderán a los criterios de eficiencia y economía.» Y es indudable que esta obligación de la Administración constituye un derecho de los ciudadanos, aunque no goce de la misma protección jurisdiccional que otros derechos reconocidos por la Constitución.

3. LA SUPERVISION DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION

El artículo 54 de la Constitución indica que el objeto de la supervisión del Defensor del Pueblo es la actividad de la Administración.

El artículo 9.1 de la LODP interpreta el concepto de actividad de la Administración concretándolo en los actos administrativos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes.

Y en relación con el concepto de Administración, la LODP contiene dos precisiones que merece la pena subrayar. Así, cuando el mismo artículo 9 de la LODP, en su párrafo segundo, acude a un criterio subjetivo para delimitar el objeto de la supervisión, señala que «las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona al servicio de las Administraciones Públicas». Esta amplia fórmula va a permitir al Defensor del Pueblo llevar sus actividades de supervisión no sólo a la Administración en sentido estricto y a sus funcionarios o personal a su servicio, sino también a los entes admi-

nistrativos que gestionan servicios públicos de modo directo o indirecto —empresas públicas— e incluso a los particulares que, «en virtud de acto administrativo habilitante»¹⁹ —concesionarios, contratistas—, presten servicios públicos.

Pero, además, tanto la fórmula empleada por el párrafo primero del artículo 9 de la LODP —«de la Administración y sus agentes»— como por el párrafo segundo sugieren otra matización en el sentido de que la investigación del Defensor del Pueblo va a dirigirse no solamente hacia la Administración Pública como ente abstracto, sino también hacia sus agentes en tanto que personas concretas al servicio de la misma. Idéntica idea se desprende de otros preceptos de la LODP cuando distinguen dentro del objeto de la supervisión del Defensor del Pueblo los actos y resoluciones de la Administración de un lado y las conductas concretas de los agentes administrativos de otro²⁰.

Una vez analizados algunos rasgos en relación con el objeto de la supervisión, ahora corresponde introducirnos en la iniciación y prosecución de este medio con que cuenta el Defensor del Pueblo.

El Defensor del Pueblo puede comenzar sus actuaciones de investigación sobre la actividad de la Administración de oficio o a instancia de parte (art. 9.1 de la LODP).

En relación con la iniciativa de oficio, puede decirse que la LODP no hace más que dar cuenta de una capacidad que ya le otorgaba el artículo 54 de la Constitución.

No ocurre lo mismo respecto de la iniciación a instancia de parte, cuestión sobre la que el artículo 54 de la Constitución guarda silencio. Es, pues, la LODP la que, en su artículo 9, introduce esta forma de iniciación de la supervisión por parte del Defensor del Pueblo. De acuerdo con el artículo 10, pueden dirigirse al Defensor del Pueblo, de un lado, «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo sin restricción alguna»; de otro, los diputados y senadores, de manera individual, y determinadas comisiones del Congreso y del Senado para solicitar del Defensor del Pueblo la investigación de actos de la Administración «que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos». Puede decirse, por tanto, que la LODP, que abre el acceso de los ciudadanos al Defensor del Pueblo, lo hace de un modo amplio y progresivo no sólo porque ha dejado a un lado reticencias como las que se han dado en relación con instituciones parcialmente similares al *Ombudsman* o a nuestro Defensor del Pueblo en países como Inglaterra o Francia²¹, sino porque incluso supera a la generalidad de instituciones inspiradas en el *Ombudsman* en la medida en que los intereses colectivos tienen acceso al Defensor del Pueblo.

¹⁹ A mayor abundamiento, el artículo 28.3 LODP señala: «Si las actuaciones —de supervisión— se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante...».

²⁰ Véase artículos 9.1, 10.2, 20, etc.

²¹ Como se sabe, en estos países el acceso de los ciudadanos al *Parliamentary Commissioner* o al *Médiateur* se realiza indirectamente a través de los parlamentarios; véase al respecto A. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, págs. 104 y 106, respectivamente.

Las quejas pueden ir referidas a cualquier parcela de la Administración, ya sea civil o militar, central o autonómica ²² e, incluso, a la Administración de Justicia, si bien en este último caso el Defensor del Pueblo no entrará en el examen de las mismas, sino que las remitirá al Ministerio Fiscal para su tramitación oportuna —art. 13 de la LODP.

Por lo demás, la LODP exige de las quejas que cumplan algunos requisitos. Así, la queja, escrita en todo caso, deberá ir firmada y con indicación de los datos de identificación del firmante, debe ser razonada o motivada, expresará una pretensión y se planteará en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que el interesado tuviera conocimiento de los hechos que le llevan a plantearla. De todas formas, la LODP únicamente obliga al Defensor del Pueblo a rechazar las quejas anónimas, mientras que, en relación con las que incumplen alguno de los demás requisitos señalados, tan sólo le indica la posibilidad de rechazarlas ²³. Ello conduce a pensar que el Defensor del Pueblo, mediante su capacidad de iniciación de oficio, puede aceptar determinados aspectos informativos de una queja como motivo de sus actuaciones, aunque ésta presente alguno de los defectos apuntados.

Es decir, de esta manera, la queja dirigida al Defensor del Pueblo se manifiesta en un doble aspecto: para el peticionario constituye la expresión de una pretensión que espera alcanzar; para el Defensor del Pueblo, en cambio, la queja constituye además una fuente de información excepcionalmente útil para el cumplimiento de su función. Una vez aceptada, la queja queda subsumida en el objetivo general de defensa de los derechos y libertades encaminados al Defensor del Pueblo.

Todo ello se comprueba cuando observamos que una vez depositada y aceptada la queja o iniciadas las actuaciones de oficio, el Defensor del Pueblo es el auténtico impulsor del procedimiento ²⁴, como no podía ser menos, dado el carácter esencialmente público que ofrece el objeto de su defensa. Además, su capacidad inquisitiva va a condicionar no solamente la prosecución del procedimiento, sino incluso la solución que pueda recibir la cuestión de fondo.

²² Con respecto a la Administración militar, el artículo 14 LODP señala: «El Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el Título primero de la Constitución en el ámbito de la Administración militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la defensa nacional.» Y en relación con las Comunidades Autónomas, el artículo 12, después de indicar en su párrafo primero que el Defensor del Pueblo podrá supervisar la actividad de la «Comunidad Autónoma» —véase las opiniones de los señores diputados Solé-Tura y Fraga Iribarne, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», 11 de noviembre de 1980, págs. 7958 y sigs.—, en su párrafo segundo proporciona unos criterios sumamente amplios —coordinación, cooperación— para organizar las relaciones entre el Defensor del Pueblo y los órganos similares que puedan existir en las Comunidades Autónomas.

²³ Véase artículo 17.3. El párrafo segundo del mismo artículo preceptúa que «el Defensor del Pueblo no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpusiere por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional. Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas».

²⁴ En cuanto al procedimiento, «sumario e informal» según el artículo 18.1, la LODP se preocupa únicamente de delimitar los poderes de inspección y persuasivos del Defensor del Pueblo y de garantizar, con las excepciones oportunas, la reserva de las investigaciones.

Así, es el Defensor del Pueblo quien decide la utilización de los diferentes medios de inspección que la LODP le ofrece, como, por ejemplo, «personarse en cualquier centro de la Administración Pública, dependientes de la misma o afectos a un servicio público, para comprobar cuantos datos fueren menester, hacer las entrevistas personales pertinentes o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria» (art. 19.2) o llamar a particulares con el fin de informarle (art. 27). Decide también la utilización de medios coactivos tendentes a garantizar la investigación como el previsto en el artículo 24.1, que le permite denunciar ante las Cortes Generales la actitud persistente de un funcionario o persona al servicio de la Administración que entorpeciera su labor.

Una vez concluida la investigación, el Defensor del Pueblo, si lo juzga oportuno a la luz de los datos obtenidos, puede dirigir recomendaciones a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas. El Defensor del Pueblo decide el tipo de recomendación que considere conveniente —advertencias, recordatorios de los deberes legales, sugerencias para la adopción de nuevas medidas²⁵—, sin que el empleo de un tipo deba excluir necesariamente el de los demás. Del mismo modo, si la autoridad administrativa ignora la recomendación, el Defensor del Pueblo puede dirigirse al ministro del Departamento o a la máxima autoridad de la Administración afectada para exponerle los antecedentes del caso y la recomendación adoptada al respecto. Finalmente, si tampoco en esta instancia obtuviera una respuesta satisfactoria a su juicio, el Defensor del Pueblo debe poner el asunto en conocimiento de las Cortes. Pero lo más importante que cabe reseñar en relación con su capacidad inquisitiva en materia de recomendaciones es que, mediante ellas, el Defensor del Pueblo expone ante la Administración, y eventualmente ante las Cortes, una pretensión que espera ver satisfecha. Ahora bien, aun en el caso de que adoptara dicha recomendación a raíz de una queja que le hubiere sido dirigida, la pretensión del Defensor del Pueblo no tiene por qué coincidir en todos sus perfiles con la del peticionario, sino que, al contrario, puede enriquecer con nuevos matices o incluso alterar, si lo creyera justo, la pretensión que le ha sido formulada.

4. LA NATURALEZA DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

El problema que nos ocupa ahora consiste en averiguar el carácter de las medidas que el Defensor del Pueblo puede adoptar para el cumplimiento de la función que tiene asignada.

²⁵ El artículo 30, que contiene una serie de reglas de alcance general en relación con todo tipo de recomendaciones, dice textualmente en su párrafo primero: «El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas.» A pesar del escaso rigor terminológico del precepto citado, se comprende que la figura general es la recomendación y que los demás supuestos a que alude el artículo 30.1 no son sino diferentes variantes que la recomendación puede encerrar.

Acerca de la naturaleza de los recursos de amparo y de inconstitucionalidad, en cuanto puestos a disposición del Defensor del Pueblo, no cabe destacar ninguna especialidad. Unicamente, como se ha dicho²⁶, la legitimación activa de que goza para la interposición del recurso de amparo es directa y no por sustitución procesal de la persona afectada. Por lo demás, como es obvio, el Defensor del Pueblo, al igual que los demás legitimados, se limita a excitar un proceso sobre el que, en última instancia, será el Tribunal quien decida.

Esta última característica es la que van a presentar todas las medidas a su alcance. Como hemos señalado en otra ocasión, al Defensor del Pueblo, que carece de competencias de control, le corresponde efectuar labores previas al control que pueden servir de base para la actuación de otras instituciones dotadas de tales competencias, como pueden ser el Tribunal Constitucional, al que acabamos de aludir, las Cortes Generales y la propia Administración, que podría poner en marcha sus propios mecanismos internos de control²⁷.

En efecto, con motivo de sus actuaciones en relación con la Administración, desde que el Defensor del Pueblo inicia sus investigaciones hasta que, concluidas éstas, adopta las medidas pertinentes, una gran parte de sus actos van dirigidos a que sea la propia Administración la que utilice sus mecanismos de autocorrección. Así, hay que señalar que la investigación se inicia mediante el envío del contenido sustancial de la queja al organismo o dependencia administrativa procedente, con el fin de que su jefe remita un informe escrito. No se trata tan sólo de un medio de conocimiento contradictorio por parte del Defensor del Pueblo, se trata también de una ocasión que se ofrece a la Administración para la corrección eventual de una determinada conducta o actividad²⁸. Asimismo, las medidas características del Defensor del Pueblo, como son las recomendaciones, presentan los mismos caracteres. Como ya sabemos, la recomendación va dirigida en primer lugar a la autoridad de la Administración Pública sobre la que se haya producido la investigación. Si la autoridad señalada no aplica la recomendación o no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para ello, este último se dirige al ministro del Departamento correspondiente o a la máxima autoridad de la Administración afectada. Se trata, por tanto, de agotar las posibilidades de autocontrol que posee la Administración.

Del mismo modo, y en el caso de que la propia Administración no haya utilizado sus propios medios, el Defensor del Pueblo se dirige a las Cortes, que podrán adoptar las medidas a su alcance. De esta manera, el Defensor del Pueblo, que acude a las Cortes una vez que ha agotado sin éxito los recursos persuasivos que le brinda la LODP, está actuando como auxiliar de las Cá-

²⁶ Véase J. González Pérez, *op. cit.*, pág. 306.

²⁷ Véase A. Pérez Calvo, *op. cit.*, pág. 100. Sobre el sentido que aquí se da a la palabra «control», véase, del mismo autor, *Sobre la noción de control y su aplicación al anteproyecto constitucional*, en *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, ed. de M. Ramírez, Labor, Barcelona, 1978.

²⁸ Véase artículo 18.1 LODP. En el mismo sentido, el artículo 20, referido a la investigación de una queja sobre la conducta de las personas al servicio de la Administración, que obliga al Defensor del Pueblo a dar cuenta de la misma al afectado y a su inmediato superior jerárquico.

maras en la fiscalización de la Administración y, en última instancia, del Gobierno. La supervisión del Defensor del Pueblo se engrana así con el mecanismo de responsabilidad política que las Cortes pueden exigir del Gobierno en tanto que director de la Administración del Estado (art. 97 de la Constitución).

Así, pues, de acuerdo con lo que acabamos de exponer, el Defensor del Pueblo puede ser calificado como una «magistratura de persuasión», del mismo modo que lo ha sido la figura del *Ombudsman* en general²⁹. Las medidas al alcance del Defensor del Pueblo se sitúan, efectivamente, en un momento previo al control que pueden ejercitar otras instituciones.

No obstante, las recomendaciones que dirige a la Administración, y, por tanto, su propia capacidad persuasiva, presentan otro carácter que es necesario reseñar. Se trata del poder autónomo³⁰ que adquieren dichas recomendaciones en relación con los escalones inferiores de la Administración ante la posibilidad de que el Defensor del Pueblo acuda al ministro correspondiente; y, asimismo, en relación con el propio ministro, ante la evidencia de que el Defensor del Pueblo dará cuenta del asunto a las Cortes. Incluso la acción misma de responsabilidad que el Defensor del Pueblo puede ejercitar contra todas las autoridades y funcionarios puede coadyuvar al reforzamiento de su capacidad persuasiva autónoma³¹.

Finalmente podemos señalar que si, a raíz de sus investigaciones, llegare al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma de carácter legislativo puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos, el Defensor del Pueblo puede recomendar al órgano legislativo competente la modificación de la misma (art. 28 de la LODP). Evidentemente, en estos casos, la recomendación no posee el último carácter a que hemos hecho referencia, y su única fuerza persuasiva puede residir en los razonamientos que fundamenten la pretensión y en la propia autoridad social del Defensor del Pueblo³².

²⁹ Véase A. La Pérgola, *op. cit.*, pág. 75.

³⁰ Acerca del desarrollo histórico de la competencia del *Ombudsman* sueco para formular recomendaciones, véase A. Legrand, *L'Ombudsman scandinave. Études comparées sur le contrôle de l'Administration*, LGDJ, París, 1970, págs. 486 y sigs. Véase, igualmente, A. Pérez Calvo, *Aspectos constitucionales...*, cit., pág. 101.

³¹ Lo mismo puede decirse en relación con los medios coactivos con que cuenta para garantizar la colaboración de la Administración en sus investigaciones y a los que ya se ha aludido en otros momentos de este trabajo. Véase A. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo...*, cit., pág. 129.

³² A este respecto, el artículo 32 LODP prevé la publicación de sus informes anuales a las Cortes y, en su caso, de los extraordinarios.