

LOS RETOS DE LOS
DEFENSORES DEL PUEBLO
AUTONÓMICOS ANTE EL
NUEVO MARCO ESTATUTARIO

JORNADAS CONMEMORATIVAS DEL 25º ANIVERSARIO
DE LA LEY DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA "ANTONIO MACHADO"
DE BAEZA (JAÉN), 19 y 20 DE JUNIO DE 2008

documentos

documentos

documentos

LOS RETOS DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO
AUTONÓMICOS ANTE EL NUEVO MARCO
ESTATUTARIO

JORNADAS CONMEMORATIVAS DEL
25º ANIVERSARIO DE LA LEY DEL
DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

“LOS RETOS DE LOS DEFENSORES DEL
PUEBLO AUTONÓMICOS ANTE EL NUEVO
MARCO ESTATUTARIO”

JORNADAS CONMEMORATIVAS DEL
25º ANIVERSARIO DE LA LEY DEL
DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA “ANTONIO MACHADO”
DE BAEZA (JAÉN), 19 y 20 DE JUNIO DE 2008**

DIRECTOR:
Gerardo Ruiz-Rico Ruiz
(Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Jaén)

COORDINADOR:
Alberto Anguita Susi
(Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Jaén)

ORGANIZAN:
-Universidad Internacional de Andalucía
-Defensor del Pueblo Andaluz

1º Edición
Tirada: 900 Ejemplares

Edita: Defensor del Pueblo Andaluz
C/ Reyes Católicos, 21
41001 Sevilla
Tlfno.: 954 21 21 21 Fax: 954 21 44 97
Internet: <http://www.defensor-and.es>
Correo Electrónico: defensor@defensor-and.es

ISBN: 978-84-92576-10-4
Depósito Legal: SE-2623-2010
Maquetación e Impresión: Gandulfo Impresores, S.L.

ÍNDICE GENERAL

1.	PRESENTACIÓN	9
2.	INAUGURACIÓN	13
2.1.	Inauguración de las Jornadas a cargo de D. Enrique Múgica Herzog, Defensor del Pueblo	15
2.2.	Intervención en la inauguración de las Jornadas a cargo de D. José Chamizo de la Rubia, Defensor del Pueblo Andaluz	19
2.3.	Conferencia inaugural: “Génesis del Defensor del Pueblo Andaluz: una crónica parlamentaria”. D. Juan Cano Bueso. Catedrático de Derecho Constitucional y Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía	23
3.	PONENCIAS E INTERVENCIÓN EN MESA REDONDA	49
3.1.	Ponencia: “Los Defensores del Pueblo Autonómicos en los nuevos Estatutos de Autonomía: La tutela de los derechos sociales estatutarios”. Gerardo Ruiz-Rico Ruiz. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Jaén	51
3.2.	Ponencia: “Nueva delimitación del ámbito funcional del Defensor del Pueblo Andaluz. Derechos sociales y control de demandas”. Antonio Porras Nadales. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.	75
3.3.	Ponencia: “Relaciones del Defensor del Pueblo Andaluz con las Administraciones públicas. Vías para reforzar la colaboración y aplicación de sus decisiones”. Ángel Sánchez Blanco. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga	97

3.4.	Mesa Redonda: “Reformas de las leyes reguladoras de las instituciones autonómicas de los Defensores del Pueblo. Nuevas perspectivas”. Intervención de D. Benigno López González, Valedor do Pobo	119
3.5.	Ponencia conclusiva: “Propuestas de reforma de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz tras 25 años de vigencia”. Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Jaén. Alberto Anguita Susi, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Jaén	129
4.	CLAUSURA	151
4.1.	Intervención en la clausura de las Jornadas a cargo de D. José Chamizo de la Rubia, Defensor del Pueblo Andaluz	153
4.2.	Clausura a cargo de Dña. Fuensanta Coves Botella, Presidenta del Parlamento de Andalucía	155
5.	COMUNICACIONES	161
5.1.	La anhelada reforma del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Carmen María Ávila Rodríguez. Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga	163
5.2.	Los retos jurídicos de los defensores del pueblo ante las reformas estatutarias. Catalina Ruiz-Rico Ruiz	193
5.3.	El defensor del pueblo andaluz como figura de coordinación interadministrativa a nivel autonómico, estatal y comunitario. M ^a Remedios Zamora Roselló. Área de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga	205
5.4.	Un trabajo documental para facilitar la elaboración de propuestas de modificación de la ley del Defensor del Pueblo Andaluz. Salvador Zambrano Silva. Departamento de Documentación y Biblioteca. Defensor del Pueblo Andaluz	217
6.	VALORACIONES FINALES DEL DEFENSOR DE PUEBLO ANDALUZ SOBRE LA REFORMA DE LA LEY QUE LO REGULA	225

1. PRESENTACIÓN

1. PRESENTACIÓN

Los cambios que se están operando en el bloque de constitucionalidad con la reciente renovación de los Estatutos de Autonomía, plantea un novedoso panorama en relación con la extensión del reconocimiento y garantías de los derechos de contenido social en estas Normas al que no puede ser ajeno al devenir de instituciones de naturaleza garantista como son las de los Defensores del Pueblo.

La incorporación al Estatuto Andaluz de un nuevo Título dedicado a “los derechos sociales, deberes y políticas públicas”, así como la inclusión, como una de las garantías específicas de los derechos que reconoce, de la institución del Defensor del Pueblo Andaluz, supone para ésta nuevos retos y horizontes en el desarrollo de su tarea de protección y defensa de los derechos de la ciudadanía.

En su trayectoria de más de 20 años de funcionamiento, el Defensor del Pueblo Andaluz ha desarrollado una intensa actividad para el cumplimiento de este cometido que se ha traducido en la tramitación de unas 80.000 quejas en estos años, la elaboración de 40 Informes Especiales, la atención y orientación permanente a los más de 100.000 ciudadanos y ciudadanas que en estos años se han dirigido a esta Institución y la realización de numerosas intervenciones de mediación, promoción, divulgación y difusión de derechos.

Llegados a este punto, sin embargo, con motivo del 25º aniversario de la aprobación de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, consideramos que es momento de evaluar la andadura de esta Institución en estos años, así como de reflexionar sobre cual debe ser su orientación futura tras la reforma estatutaria, que habrá de traducirse en nuevos impulsos y líneas de actuación que permitan ofrecer a la sociedad andaluza una protección y defensa más eficaz de sus derechos, en

consonancia con el compromiso que asume en la redacción del Texto estatutario reformado.

En este contexto, y en el marco de la colaboración que esta Institución viene manteniendo con la Universidad Internacional de Andalucía en su sede “Antonio Machado” de Baeza y el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén, el Defensor del Pueblo Andaluz tiene previsto celebrar unas Jornadas conmemorativas del 25º aniversario de la aprobación de su Ley reguladora a fin de evaluar y reflexionar sobre el papel de la misma para el más eficaz cumplimiento de su cometido garantista en el nuevo entorno que delimita el Estatuto de Autonomía para Andalucía y, asimismo, compartir ideas innovadoras y propuestas que nos puedan sugerir personas prestigiadas en el ámbito académico, institucional y político en relación con posibles modificaciones normativas a introducir en el régimen jurídico regulador de esta figura.

2. INAUGURACIÓN

2.1 INAUGURACIÓN DE LAS JORNADAS A CARGO DE D. ENRIQUE MÚGICA HERZOG, DEFENSOR DEL PUEBLO

Queridos amigos:

Veinticinco años dan para mucho, aunque se pasen volando.

Digo que dan para mucho porque si uno se pone a hacer balance personal, ante la simple pregunta sobre la experiencia vivida, se encuentran muchos jirones aprovechables. Incluso sin tener a mano documentos o recortes de apoyo a la memoria. En el caso de las instituciones ese balance, por muy distinto que sea, ofrece también un espejo insospechado de actividad (de proyectos, de ideas, de relaciones) que delimitan un rosario de vidas enganchadas por múltiples datos y conatos de actividad. Unas vidas que se diluyen irremediablemente, cuando su palpitar deja de tomar cuerpo en papeles o en soportes de cualquier tipo.

En lo que sí coincide el balance en ambos casos, el personal y el institucional, es en su patrón común que no es otro que la vida que pasa y que va dejando en sus márgenes los restos de un quehacer que la memoria o, en su caso, la historia van recogiendo para alimentar, consciente o instintivamente, la vida futura, la rueda insaciable del tiempo.

Esta unión, lógica y natural, entre la vida de las instituciones y la vida de las personas que las dirigen, se muestra con toda nitidez en el caso de la institución del Defensor del Pueblo Andaluz. Por lo menos, así me lo ha parecido en estos últimos ocho años durante los cuales he tenido ocasión de coincidir con Pepe Chamizo. Esa sensación se ha manifestado hasta en los más simples detalles del quehacer cotidiano. Las numerosas noticias aparecidas en la revista de prensa que cada mañana llega a mi mesa de trabajo; las frecuentes conversaciones telefónicas originadas por tal o cual problema que a los dos nos ha preocupado;

las consideraciones y reflexiones contenidas en los muy matizados escritos de sugerencias e intervención que hemos intercambiado, pero sobre todo y por encima de todo, la actitud personal de cooperación y de colaboración generosa, observada siempre y en todo momento, han contribuido poderosamente a forjarme una idea del Defensor del Pueblo Andaluz como una institución cercana siempre a los problemas de la gente y dispuesta a arrimar el hombro para resolver conflictos a base de escuchar sosegadamente, aplicar el filtro del sentido común y actuar con los recursos disponibles para dar salida razonable a situaciones difíciles. Y todo ello bajo el imperativo de una idea fuerza. De una idea directriz. La idea de que las instituciones se impregnan y se configuran por la forma de ser y de conducirse de sus responsables sucesivos. Es verdad que los hombres –y las mujeres– pasan y las instituciones permanecen. Eso lo debemos tener muy presente a todas horas. Pero también es cierto que la huella de las personas se incorpora al devenir de las instituciones y esa huella puede detectarse en las distintas fases del trayecto institucional.

El medio idóneo y objetivo para valorar esa trayectoria son las obras, los “productos” (entre comillas) que elaboran esas instituciones. Se trata de un criterio seguro, casi infalible. Repasar la historia de una institución es, además, tarea fácil cuando esa historia se encuentra jalonada de trabajos y estudios que son un verdadero punto de referencia para quienes nos dedicamos a la defensa de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución vigente.

Desde que apareciera en 1983 la ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, de la que ahora celebramos el vigésimo quinto aniversario, y que es la primera norma que surge en la ya larga nómina de comisionados autonómicos españoles, la labor de sus responsables ha alcanzado cotas de excelencia y de amplitud poco menos que abrumadoras. Más allá de los obligados informes al Parlamento andaluz, cuya estructura y riqueza de contenidos seguimos esperando siempre, año tras año, son de destacar los informes especializados publicados por la Institución.

La aproximación a la realidad y las propuestas que caracterizan esos informes son para todos nosotros una fuente simultánea de información y de orientación. Mencionaré a título de ejemplo, los dedicados a distintos aspectos relacionados con los menores, entre los que destacan la atención a los menores inmigrantes, el absentismo escolar, o el fracaso escolar entre los hijos de los trabajadores temporeros; o los que tratan de los problemas del alojamiento y la vivienda en diferentes provincias andaluzas, o con la atención socio-sanitaria a los enfermos de sida en Andalucía; o los que se refieren a la contaminación acústica, la incidencia de las drogas, el estado sanitario y ambiental de las playas, el chabolismo, la prostitución, el servicio de ayuda a domicilio, la situación de los drogodependientes

en las cárceles,... y tantos y tantos otros análisis que han servido, ante todo, para concienciar a los poderes públicos, pero también a la sociedad andaluza en general.

Ese afán por estar continuamente en la brecha, al lado de las personas que necesitan de su labor de intermediación, hace que los trabajos del Defensor andaluz atiendan un aspecto primordial y básico. Me refiero al esfuerzo, en gran medida pedagógico, por dar a conocer la Institución. Esa es la explicación, por un lado, del lenguaje sencillo y preciso, aunque no exento de rigor jurídico, de sus resoluciones. Y de otra parte, eso justifica la preocupación pionera del Defensor del Pueblo andaluz por materializar ese apoyo aprovechando los avances tecnológicos de nuestra época. Así han surgido instrumentos tan significativos como la *Guía de los derechos de los usuarios de las tecnologías de la información y la comunicación*, el informe especial sobre las posibilidades de *internet* en materia urbanística, o el importante *Manual de derechos de la ciudadanía*, en cinco volúmenes complementarios, que tanto nos ha servido en punto a divulgación de nuestro cometido garantista.

Termino. Buena muestra de este latir cercano, de este espíritu colaborador y generoso que ha dado su impronta a la Institución del Defensor andaluz es el programa de estas mismas jornadas conmemorativas. No se nos ha convocado para mirarnos el ombligo ni para contemplar una bonita colección de fuegos artificiales. Hemos venido a reflexionar sobre el futuro. Sobre las cuestiones más determinantes del futuro al que se dirigen sin remedio nuestras instituciones. Los retos que se nos plantean tanto en cuanto al objeto de nuestra actividad, o sea, la extensión de los derechos que deben ser garantizados, como en cuanto al significado de un nuevo marco normativo y funcional, y a la metodología más conveniente para lograr la eficacia en nuestras relaciones de supervisión de las Administraciones Públicas y con los distintos poderes del Estado por medio de propuestas concretas con las que deseamos cimentar un futuro que ya tenemos aquí mismo, a la vuelta de la esquina.

Con mis mejores deseos de un trabajo eficaz e ilusionante, agradezco a todos la invitación a participar en estas prometedoras jornadas dirigidas a renovar nuestra ilusión y a evitar, como diría don Antonio Machado, que nuestras sandalias pisen “la arena del hastío”.

Buenas jornadas.

2.2 INTERVENCIÓN EN LA INAUGURACIÓN DE LAS JORNADAS A CARGO DE D. JOSÉ CHAMIZO DE LA RUBIA, DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

Señores anfitriones, Rector y Alcalde; estimado Defensor, Autoridades; amigas y amigos:

La institución del Defensor el Pueblo Andaluz fue la primera de ámbito autonómico que aprobó su Ley reguladora y comenzó su andadura allá por 1983.

El Parlamento de Andalucía definió entonces las estructuras, funciones y contenidos de un Comisionado Parlamentario para la protección y defensa de los derechos constitucionales de la ciudadanía, en desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 46 del Estatuto de Autonomía, vigente.

Eran momentos, a finales de 1983, en los que la actividad legislativa tenía una clara vocación institucional y organizativa del autogobierno. Y, así, la ley 9/1983 habilitó la puesta en funcionamiento de una figura hasta la fecha perfectamente desconocida en el entramado institucional.

Hoy, tras una trayectoria de más de 20 años, el Defensor del Pueblo Andaluz ha desarrollado una intensa actividad que se ha traducido en la tramitación de unas 80.000 quejas, la elaboración de 40 Informes Especiales, la atención y orientación permanente a más de 100.000 personas y la realización de numerosas intervenciones de mediación, promoción, divulgación y difusión de derechos.

Llegados a este punto, con motivo del 25º aniversario de la aprobación de la Ley, consideramos que es momento de evaluar la actuación de esta Institución en estos años. Ya lo hicimos allá por 2001 en esta misma sede y créanme que supimos aprovechar las aportaciones de las personas invitadas a manifestar sus criterios y opiniones.

Hoy también queremos pararnos a pensar. O mejor dicho, no pararnos —porque no nos dejan— pero sí propiciar la reflexión, la autocrítica, también la opinión de personas de experiencia académica, responsables institucionales y de autoridades relacionadas con nuestras funciones para avanzar. Principalmente, a partir de la intervención de un factor novedoso y de singular trascendencia, cual es la aprobación de la reforma de Estatuto y el papel asignado a la Institución.

Debemos reflexionar sobre cuál debe ser la orientación futura de la Institución tras esta reforma estatutaria y el reforzamiento de su función institucional que habrá de traducirse en nuevos impulsos y líneas de actuación.

La perspectiva de los años de trabajo sí nos permite describir un proceso de adaptación y de diversidad en los modos de actuar y ámbitos de intervención. Podríamos decir que esta Institución —también las demás defensorías autonómicas— han superado una concepción hermética y estanca como mera receptora de quejas y buzón de reclamaciones para acercarse a la esencia que nos caracteriza, cual es ser la anfitriona de los anhelos de atención y respeto de las personas en sus relaciones con los poderes públicos. Y, ligado, desde luego a la faceta que más frecuentemente se nos demanda centrada en el papel de unos poderes públicos facilitadores de respuestas relacionadas con los derechos de contenido social.

Sabemos investigar la queja sobre el cumplimiento de un requisito procedimental o discernir la correcta actuación de un funcionario, pero también hemos aprendido a ser promotores de ese derecho ciudadano a la buena administración y de convertirnos en un referente de divulgación y educación cívica para esparcir una conciencia ciudadana plena y democrática.

Junto a la tramitación del conflicto individual de la queja, aprendemos a conocer el sistema organizativo que la motiva, analizamos la normativa que suscita la reclamación y estudiamos de manera específica y profunda la situación de una determinada problemática que explique, desde una concepción global, ese queja particularizada a la que queremos dar una respuesta sistemática y compartida.

Y este prisma cenital para abordar los problemas que nos hace llegar la ciudadanía se deberá hacer especialmente amplio en la medida que nos convertimos en una referencia de garantía expresa de los derechos de contenido social.

En esta nueva cita aprovechamos —señor Rector— la colaboración con la Universidad Internacional de Andalucía en su sede “Antonio Machado” de Baeza y la participación del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén.

En estas sesiones pretendemos compartir ideas innovadoras y propuestas que nos puedan sugerir personas prestigiadas en el ámbito académico, institucional y político en relación con posibles modificaciones normativas a introducir en el régimen jurídico regulador de la Institución.

Y, sobre todo, porque debemos disponernos a responder con anticipación y flexibilidad en todo aquello que la sociedad demanda y cuya respuesta eficaz y atenta ha sido una perfecta obsesión por parte de quien les habla desde su particular responsabilidad.

De todo ello queremos que nos hablen, para conocer más, para aprender y, sobre todo, para ser más capaces de construir una Institución que sepa responder a las personas que llaman a nuestra puerta.

Muchas gracias.

2.3 CONFERENCIA INAUGURAL: “GÉNESIS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: UNA CRÓNICA PARLAMENTARIA”. D. JUAN CANO BUESO. CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA.

1. La época de la ‘Ombudsmanía’

El cumplimiento del 25º aniversario de vigencia de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz es una buena excusa para reflexionar sobre el papel que vienen cumpliendo estas instituciones en el Derecho Constitucional español propio del Estado Autonómico. Y también es una buena razón para explorar los argumentos que las distintas fuerzas políticas pusieron de manifiesto en el proceso de institucionalización de los distintos <<Defensores del Pueblo>> que la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes territoriales han regulado. La presente aportación no es una reflexión teórica ni una evaluación práctica. Es, en rigor, una crónica parlamentaria sobre el surgimiento de los Defensores del Pueblo de las distintas Comunidades Autónomas y, en particular, sobre el Defensor del Pueblo Andaluz. La intención, por tanto, es dar la voz a los parlamentarios y atender las razones que adujeron sobre la conveniencia de instaurar estos comisionados parlamentarios. Todo ello, desde el entendimiento -que hoy es posible constatar- del acierto que supuso la regulación de esta figura de cara a fortalecer la protección de los derechos de los ciudadanos ante el funcionamiento de la Administración.

Por tanto, hablar hoy del ‘Ombudsman’ en los países de nuestro entorno europeo, y más allá de los mismos, es aludir a una respetada y popular Institución que se ocupa de dar cobertura a los derechos individuales de millones de ciudadanos frente al creciente poder de la Administración. España, a raíz de la aprobación de la Constitución de 1978, se incorpora al cúmulo de países en los que funciona esta peculiar figura.

Su origen, como es sobradamente conocido, se encuentra en Suecia cifrándose la fecha de aparición en 1713 e institucionalizándose en la Constitución Sueca de 1809. En España la figura carece de todo precedente, si bien algunos autores han creído ver en el Sahib-al-Mazalim de la España musulmana -y, sobre todo, en el Justicia Mayor de Aragón- un lejano antepasado; la verdad es que éstos cumplían cometidos distintos y lo erróneo de tal aserto ha sido ya suficientemente explicitado por la doctrina más solvente.

Esta Institución; con uno u otro nombre, se encuentra hoy funcionando en un gran número de países, aunque curiosamente su expansión no se va a producir hasta siglo y medio después de su originaria constitucionalización. Así, sucesivamente, se va extendiendo a Finlandia (1919), Noruega (1952), Dinamarca (1954), República Federal de Alemania (1957), Gran Bretaña (1967), Francia (1973), Portugal (1976), etc. En realidad el florecimiento de la Institución está ligado al crecimiento de la Administración fruto del Estado intervencionista que cristaliza tras la Segunda Guerra Mundial, que volvió insuficientes y anticuados los tradicionales medios de control de la actividad del Poder Ejecutivo.

La defensa de los derechos fundamentales y el control de la actividad de la Administración son los ejes sobre los que pivota su razón de ser y el éxito de su expansión. Como es conocido existen países con más de un 'Ombudsman' donde las competencias se distribuyen 'ratione materiae'; y existe una variopinta distribución espacial de la figura que se institucionaliza tanto en Estados federales como unitarios y centralistas, tanto en el ámbito regional como en el provincial e incluso local.

Desde su aparición en los diversos países, las distintas regulaciones al efecto han observado exquisito cuidado en que sus trámites de procedimiento se sustanciaran de la manera más directa y sencilla posible, tanto respecto del ciudadano como de la propia Administración fiscalizada. En su origen las características básicas del 'Ombudsman' se podrían resumir así:

- a) Elección por un Parlamento democrático.
- b) Neutralidad política e independencia en el ejercicio de su función.
- c) Acceso directo del ciudadano prescindiendo de abogado y procurador:
- d) Antiformalismo y sumariedad en el procedimiento de investigación.
- e) Amplio abanico de competencias sobre el control de la Administración.
- f) Comunicación con el Parlamento a través de Informes.

- g) Posibilidad de expedir propuestas de modificación legislativa, de sanción a los funcionarios afectados, recomendaciones sobre el funcionamiento de los servicios, etc.

Algunas variantes, no obstante, se han ido produciendo al efectuarse las distintas adaptaciones de la Institución. Sin embargo, las características expuestas recogen en esencia el modelo de 'Ombudsman' que España acoge, que en sustancia -con sus limitaciones competenciales- es el que adoptan las Comunidades Autónomas.

2. El Defensor del Pueblo y los órganos similares de las Comunidades Autónomas.

El juicio que a los juristas merece esta Institución no es, en manera alguna, unívoco, pues si por una parte se ha dicho que ésta se inserta en una línea de recelo frente al poder y de limitación a la omnipotencia de la Administración, por otra se ha creído ver en el Defensor un instrumento de colaboración con la misma. La verdad es que algo de las dos cuestiones hay, si acaso más de la primera que de la segunda.

Sea como fuere, el hecho es que el Defensor del Pueblo es el último instrumento, cronológicamente hablando, que el constitucionalismo español incorpora dentro de las técnicas de limitación del poder. Sabido es que el art. 54 de la Constitución acoge la Institución como alto comisionado de las Cortes Generales, remitiendo a una ley orgánica la regulación pormenorizada de la misma. Guarda silencio, por tanto, la Constitución en lo que se refiere a la posible existencia de figuras similares en las Comunidades Autónomas.

Durante los sucesivos debates de aprobación del texto constitucional, fueron los parlamentarios vascos los que más hincapié hicieron en el reconocimiento expreso del derecho de las Comunidades Autónomas a instituir un Defensor del Pueblo propio. Así los Sres. Letamendía, Bandrés y el Grupo de Senadores Vascos presentaron sus respectivas enmiendas en este sentido, aunque ciertamente sin éxito, pues dicha propuesta estaba llamada al fracaso no solamente por el juego establecido por el consenso sino porque se entendía que su admisión complicaba aun más la organización institucional de las Comunidades Autónomas que entonces apenas se percibía de manera incipiente. Así, el SR. VALVERDE MAZUELAS, actuando como portavoz de Unión de Centro Democrático, zanjaba la cuestión planteada remitiendo a una hipotética solución futura: «Será luego la ley orgánica que desarrolle la figura, la institución del Defensor del Pueblo, la que podía en su caso permitir, si así se aprueba, que el Defensor del Pueblo tenga una

determinada prolongación, delegación, como quiera que se llame y se establezca en las Comunidades Autónomas»¹.

Tanto de los debates como del texto constitucional resultante cabía inferir, entonces, que no existía razón alguna para impedir que el juego combinado de la Ley Orgánica de la Institución y los correspondientes Estatutos de Autonomía propiciaran en las distintas Comunidades Autónomas la existencia de Comisionados de los Parlamentos autonómicos.

Dicha Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante L.O.D.P.), en su art. 12.2, aludía a la existencia de «órganos similares de las Comunidades Autónomas» lo que vino a suponer el reconocimiento expreso de instituciones semejantes en el ámbito autonómico cuya existencia, por lo demás, no se declaraba expresamente prohibida. Antes bien, se percibía que el principio de autoorganización de cada Comunidad Autónoma previsto en el art. 147 de la Constitución podría otorgar en el futuro suficiente cobertura jurídica a aquellas Comunidades Autónomas que decidieren implantar este control adicional de la actividad de la Administración.

Así las cosas, fueron siete las Comunidades Autónomas que previeron, inicialmente, en sus correspondientes Estatutos la figura del Defensor del Pueblo. Una lectura literal del art. 147.2 c) de la Constitución -que establece que los Estatutos de Autonomía deberán contener la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias- nos podría conducir a la precipitada conclusión de que sólo estas siete Comunidades Autónomas podrían instituir órganos similares al Defensor del Pueblo. Sin embargo nada parecía, en principio, oponerse a que una visión dinámica del proceso de institucionalización de las Comunidades Autónomas permitiera a aquéllas que no hicieron la previsión estatutaria crear la figura mediante ley territorial, opción que fue, precisamente, la que se vino a adoptar por las Cortes Generales en la posterior legislación emanada sobre la materia². Conviene advertir que, en este último caso, la ausencia de referencia estatutaria expresa permitiría en cualquier momento no sólo su modificación por ley posterior sino incluso su propia desaparición por norma de similar rango a aquélla por la que fue creada.

3. Génesis de la Institución andaluza.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por referéndum popular el 20 de octubre de 1981, en su art. 46 vino a establecer que «Sin perjuicio de

1 Diario de Sesiones del Senado. Núm. 61. Año 1978. Sesión Plenaria. Núm. 35. Pág. 3.090.

2 Véase el Preámbulo de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas.

la institución prevista en el art. 54 de la Constitución y de la coordinación con la misma, una ley regulará la institución del Defensor del Pueblo, como comisionado del Parlamento, designado por éste, para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título Primero de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración Autonómica, dando cuenta al Parlamento». Se incorporaba, así, Andalucía al conjunto de países y regiones dotadas de este adicional instrumento de control de los posibles abusos del 'poder administrativo'. Remitía el precepto estatutario su configuración a una ley del Parlamento de Andalucía. Dicho mandato fue plasmado en la Ley 8/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, con cuya aprobación Andalucía se convertía en la primera Comunidad Autónoma que hacía realidad la previsión estatutaria.

1. La Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Centrista.

Sin embargo no fue el Proyecto de Ley del Consejo de Gobierno el que suscitó el primer debate sobre esta materia en la Cámara andaluza. Al igual que había ocurrido en la génesis de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo estatal (que tuvo su origen en una iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso), una Proposición de Ley al respecto tuvo entrada en el Registro General del Parlamento de Andalucía, si bien en esta ocasión la iniciativa de la oposición tendría una suerte bien diferente. En efecto; el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (en adelante B.O.P.A.) núm. 27, de 17 de mayo de 1983, publicaba la Proposición de Ley núm. 2/83 que, presentada por el Grupo Parlamentario Centrista, pretendía regular la institución del Defensor del Pueblo de Andalucía El SR. ARENAS DEL BUEY, portavoz centrista y firmante de la iniciativa, justificaba así la presentación de la Proposición de Ley:

«Ese continuo desamparo del ciudadano ante un Estado cada vez más poderoso, los derechos de ese individuo o de ese ciudadano inerme siempre ante una Administración cada vez más burocratizada unido a la organización del Estado de las autonomías... hacían necesario el nacimiento de una institución como la del Defensor del Pueblo»³.

El texto de la Proposición centrista se basaba, según propia confesión del portavoz, en una iniciativa similar del Grupo Mixto del Parlamento de Galicia, si bien con una reducción de cuatro a tres en el número de títulos. La escasa originalidad del texto la justificaba el SR. ARENAS DEL BUEY en el hecho de que «la Ley Orgánica es de cumplimiento obligatorio en todo el territorio del Estado; por lo tanto... cualquier texto que se pueda proponer para regular la figura del Defensor del Pueblo en un

3 Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía (en adelante ;D.S.P.A.). Núm. 18. Sesión Plenaria de 22 de junio de 1983. Pág. 733.

ámbito territorial concreto tiene que ser a la fuerza idéntico»⁴. Dicho argumento, obviamente, era incorrecto en términos jurídicos, pues lo que la ley andaluza no podía era limitar el ámbito de competencias que para la supervisión de todas las Administraciones Públicas del Estado ostenta el Defensor 'estatal'. Sin embargo, respetando el principio de coordinación y cooperación del art. 12.2 de la L. O. D. P. y legislando en el marco de competencias propio de la Comunidad Autónoma, nada impedía, por ejemplo, que el procedimiento de tramitación de las quejas, el sistema de elección y cese del Defensor y sus Adjuntos, los mecanismos de relación con el Parlamento y sus correspondientes informes ordinarios o extraordinarios, o, en fin, el régimen de medios personales y materiales se regulase en cada Comunidad Autónoma de manera diferente.

Pero es más, es que (y citamos a título de ejemplo) en el propio art. 1º.1 de la Proposición centrista, que enmarcaba el ámbito de competencias del Defensor andaluz, en relación con su homónimo art. primero, 1 del texto del Proyecto de Ley del Consejo de Gobierno (ya conocido en aquellas fechas, pues tuvo entrada en, la Cámara el 26 de mayo de 1983) se establecía una sutil, en la letra, pero importante diferencia en su contenido.

Efectivamente; mientras que el texto de la Proposición parecía extender el ámbito de competencias del Defensor andaluz al «ámbito territorial de la Comunidad Autónoma» (debía entenderse con todas sus Administraciones incluidas), el Proyecto de Ley del Consejo de Gobierno lo limitaba a la supervisión de «la actividad de la Administración Autonómica y Local».

Sin embargo, la aparente extensión del art. 1º.1 de la Proposición centrista venía posteriormente desmentida por el art. 11.1 del mismo texto que circunscribía la capacidad de supervisión a la «administración autónoma y sus agentes», aclarándose en el punto 2 que «las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los miembros del Consejo de Gobierno, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúa al servicio de la administración autonómica». El portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ pondría de manifiesto los criterios de adaptación a la realidad autonómica de la Proposición al afirmar que:

«por lo que hace a la corrección técnica de la Ley, nosotros no podemos compartir cómo se define el Defensor del Pueblo en el artículo primero porque no especifica su papel de control externo de la Administración; ni indica, consiguientemente, sobre qué administraciones, dentro de la realidad autonómica, ejerce su función... (y) el art. 1.1 continúa sin referirse a la Administración

4 D.S.P.A. Núm. 18. Sesión citada. Pág. 734.

Local como ámbito de actuación del Defensor del Pueblo en la Comunidad Autónoma»⁵.

El texto, en cambio, intentaba ser respetuoso con los principios de coordinación y cooperación del art. 12 de la Ley Orgánica. Esta última posición fue tajantemente defendida por el SR. ARENAS DEL BUEY quien, marcando distancias con respecto a la iniciativa gallega, afirmaba en la defensa de su Proposición:

«No se trata, Señorías, de crear instituciones paralelas ni de vaciar de contenido en la práctica la figura del Defensor del Pueblo del Estado... Si las autonomías no son algo distinto del Estado sino parte del Estado... el Defensor del Pueblo de Andalucía no puede ser una figura disgregadora de la institución sino fortalecedora de la misma a nivel del Estado español. El Defensor del Pueblo del Estado y el Defensor del Pueblo de Andalucía no son figuras excluyentes sino complementarias; la segunda no debilita o difumina la primera, sino que la fortalece»⁶.

La toma en consideración de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Centrista fue rechazada al obtener 36 votos a favor, 48 en contra y ninguna abstención, votando a favor de su tramitación todos los grupos parlamentarios de la oposición y oponiéndose el que apoyaba al Gobierno. Dicho rechazo se daba ya por descontado desde el punto y hora en que el Consejo de Gobierno había expresado su oposición a la tramitación «por estimar que supondría aumento de los créditos presupuestarios y por haber sido presentado por este mismo Consejo un Proyecto de Ley sobre esta misma materia»⁷;

Para el portavoz centrista SR. ARENAS DEL BUEY las razones aducidas por el Consejo de Gobierno para oponerse a la tramitación no eran de recibo, ni la presentación de un proyecto de ley suponía motivo suficiente para oponerse: «No hay razones de fondo, pues la filosofía que inspira a uno y a otro es idéntica». Tampoco el aumento de créditos era para él cuestión insalvable, pues la ley «puede ser objeto de enmiendas con una disposición transitoria o adicional, condicionando su entrada en vigor, por razones presupuestarias, hasta el próximo ejercicio»⁸. Le avalaba también el hecho de que se estuviese en tiempo hábil para enmendar los presupuestos para el ejercicio de 1983, aún no aprobados por aquella fecha.

Frente a la opinión del proponente, el portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ negaba que el debate girase alrededor del principio 'prior in tempore potior in iure'; antes bien, «donde más profundamente surgen las discrepancias es en la

5 D.S.P.A. Núm. 18. Sesión citada..Pág. 735.

6 D.S.P.A. Núm. 18. Sesión citada. Pág. 734.

7 D.S.P.A. Núm. 18 Sesión citada. Pág 732.

8 D.S.P.A. Núm. 18. Sesión citada. Págs. 734 y 735.

adaptación a la realidad autonómica que se hace en la Proposición de Ley del Grupo Centrista». Tras atacar duramente las deficiencias técnicas del texto, tachándolo de impreciso respecto de la regulación del ámbito competencial del Defensor, de incompleto en la disposición de alguno de sus extremos y de invadir el ámbito de competencia reservado al Estado, acusa a la Proposición de Ley de intentar crear

«una especie de supercontrolador político... (y)... un Defensor del Pueblo perseguidor de funcionarios... La figura hay que unirla a sus precisos contornos básicos de magistratura de opinión... No es un abogado general, como de alguna forma se ha configurado en la proposición centrista. No es un controlador político que pueda hacer valoraciones de conveniencia u oportunidad. No es... una instancia política superior apartidaria, considerada por encima del Parlamento... No es una instancia administrativa que pueda juzgar la discrecionalidad de la Administración... En cualquier caso, no se puede subrogar en funciones que serían más propias de la Administración de Justicia. Todo ello late dentro de la Proposición de Ley del Grupo Centrista»⁹.

Con ser ciertos de 'lege ferenda' los aspectos expuestos por el portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ, la imputación a la iniciativa centrista de contener un cúmulo de semejantes males era, desde luego, exagerada, por más que la imperfección técnica del texto saltase a la vista. A reforzar las posiciones del portavoz socialista acudió el entonces Vicepresidente del Consejo de Gobierno y Consejero de Gobernación SR. RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA, para quien el Defensor que se propone «aparece como una institución antiadministración, como un censor del funcionario, como un inquisidor de la actuación administrativa... martillo de hereje de burócratas». Para el gobernante socialista, en fin, «no es el principal motivo de oposición la deficiente factura técnica del texto presentado por el Grupo Centrista... o que se exponga un texto legislativo de este Parlamento o su anulación por inconstitucionalidad... Lo decisivo es que, concurrentemente con lo anterior, se da la circunstancia de que el Consejo de Gobierno ha ejercido su iniciativa legislativa remitiendo a esta Cámara un texto que, con mejor factura técnica, puede calificarse de ponderado y coherente con el resto del ordenamiento jurídico»¹⁰.

He aquí, en palabras del SR. RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA, las verdaderas razones de la oposición a la tramitación del texto centrista. Como indicó en su

9 D.S.P.A. Núm. 18. Sesión citada. Pág. 736.

10 D.S.P.A. Núm. 18. Sesión citada. Págs. 737-738:

momento el entonces portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ, y repitió hasta la saciedad el posterior SR. PEZZI CERETTO, el Consejo de Gobierno no estaba dispuesto a ceder su legítima iniciativa legislativa en cuestiones que supusiesen desarrollo básico del Estatuto o cumplimiento de compromisos reflejados en el programa electoral.

2. El Proyecto de Ley del Consejo de Gobierno.

Rechazada, como queda dicho, en la sesión del 22 de junio de 1983 la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Centrista, el B.O.P.A. de 27 de junio de 1983 publicaba el Proyecto de Ley del Defensor del Pueblo remitido por el Consejo de Gobierno. Dicho Proyecto de Ley no estaba tampoco exento de deficiencias y problemas. En cierta medida se incurría en algunos de los vicios que previamente se habían reprochado a la Proposición de Ley centrista.

Al texto remitido por el Consejo de Gobierno le fueron presentadas un total de sesenta y ocho enmiendas de las cuales 25 correspondían al Grupo Parlamentario de Alianza Popular, 11 al Grupo Parlamentario Centrista y 32 al Grupo Parlamentario Andalucista, sin que por su parte el Grupo Parlamentario Comunista formulara enmiendas algunas al texto. Veamos a continuación algunos de los aspectos más interesantes de la tramitación del citado Proyecto de Ley.

A) Denominación de la Institución.

Hemos dejado ya apuntado en las páginas anteriores cómo la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Centrista denominaba al Comisionado del Parlamento para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título Primero de la Constitución 'Defensor del Pueblo de Andalucía'. En cambio el texto propuesto por el Consejo de Gobierno se titulaba, escuetamente, Proyecto de Ley del Defensor del Pueblo, denominación ésta que a su laconismo añadía confusiónismo con la Institución estatal y una total falta de originalidad. El legislador, seguramente amarrado por la expresión 'Defensor del Pueblo' recogida en el art. 46 del Estatuto de Autonomía, no se atrevió a introducir elementos de discordancia con la norma institucional básica, aun a riesgo de crear una indudable dificultad a la hora de distinguir la institución andaluza de su homónima estatal. Sin embargo ante la absoluta identidad de denominaciones (incluso se obviaba el ámbito territorial para el que la figura se creaba), la Ponencia que informó el Proyecto de Ley acordó introducir la denominación 'Defensor del Pueblo de Andalucía', tanto en la rúbrica general del Proyecto como en cada referencia que a lo largo del articulado se hiciera a la Institución.

No sin cierta sorpresa el Grupo Parlamentario Andalucista, que había suscrito -como el resto de los grupos parlamentarios- tal denominación en Ponencia¹¹, intentó introducir en Comisión una enmienda 'in voce' que pretendía sustituir la denominación 'Defensor del Pueblo de Andalucía' por 'Defensor del Pueblo Andaluz'. La enmienda, rechazada en Comisión, fue calurosamente defendida en Pleno por el SR. URUÑUELA FERNANDEZ para quien, antes que una cuestión semántica, se trataba de

«no perder una sola ocasión en que podamos contribuir al fomento, a la consolidación de la conciencia del pueblo andaluz... De ahí que nosotros planteemos esta enmienda, no, por supuesto, sobre, una base jurídicista... se trata de un problema político; se trata de una cuestión de oportunidad, de conveniencia para que a través de la denominación... contribuyamos a la consolidación de esta conciencia colectiva...».¹²

Los andalucistas, por boca de su Portavoz, no perdían la ocasión de recordar que para ellos la fuente de la que dimanaban los poderes en su conjunto era "el pueblo andaluz". Otra cuestión era si ese "pueblo andaluz", en cuanto tal y por sí mismo, podía dar soporte 'estatuyente' y erigirse en la única fuente de legitimidad del subsistema político de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En turno de réplica el portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ, tras manifestar que la intervención del SR. URUÑUELA es «absolutamente compartible en términos generales», subrayó que «en rigor, se trata, sencilla y exclusivamente, de delimitar cual es el ámbito territorial de aplicación de la Ley...»¹³, finalizando su intervención con la aceptación de la enmienda que sometida a votación obtuvo 69 votos a favor, ninguno en contra y 10 abstenciones, precisamente las del Grupo Parlamentario de Alianza Popular cuyo portavoz SR. GOMEZ FUENTES adujo que la aprobación de la enmienda introducía confusión en el ámbito de aplicación de la Ley.

B) Ámbito competencial del Defensor del Pueblo Andaluz.

Nos encontramos, sin duda, ante la cuestión más polémica de la regulación del Defensor, con más trascendencia jurídica y política y necesitada de unas mayores dosis de precisión y previsión legislativa. Veamos, con la mayor brevedad posible, el desenvolvimiento que el problema tuvo en la tramitación del Proyecto de Ley en la Cámara Andaluza.

11 Téngase en cuenta que en el Parlamento de Andalucía las Ponencias se venían componiendo de un representante de cada Grupo Parlamentario.

12 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión Plenaria de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.419.

13 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.419.

El texto remitido por el Consejo de Gobierno decía, en su artículo primero, párrafo primero, que «El Defensor del Pueblo es el Comisionado del Parlamento de Andalucía, designado por éste para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título Primero de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración Autonómica y Local, dando cuenta al Parlamento». El precepto, así redactado, suponía una extralimitación competencial de las potestades otorgadas al Comisionado andaluz por tres razones diferentes:

- a) En primer lugar porque el término « Administración» recogido en el art. 54 de la Constitución tiene un sentido genérico, comprensivo de todas las administraciones públicas e incluso de todos los servicios públicos con independencia de su forma de gestión. En consecuencia, la competencia del Defensor del Pueblo 'estatal' comprende la supervisión de la Administración Central, Provincial, Municipal, Autonómica, Institucional, Periférica, Corporativa, etc.
- b) En segundo lugar porque el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su art. 46, confería al Comisionado andaluz competencia tan sólo para «supervisar la actividad de la Administración autonómica».
- c) En tercer lugar porque de los debates de la propia L. O. D. P. se infería con claridad que el único sentido posible que cabía otorgar al término 'Administración' del art. primero de la referida Ley era el de que se refería a todas las Administraciones Públicas. Véase, por vía de ejemplo, la intervención del después Presidente del Parlamento de Andalucía, SR. OJEDA ESCOBAR, quien actuando de ponente de la Ley Orgánica en el Senado afirmaba: «... el Defensor del Pueblo tiene, por objetivo fundamental la defensa de los derechos consagrados en el Título Primero de la Constitución, controlando, fiscalizando, supervisando la actividad de las Administraciones Públicas»¹⁴. O la intervención del senador de U.C.D. SR. CALATAYUD MALDONADO, cuando al aludir a la necesaria coordinación de los distintos Defensores afirmaba que «habiendo sido aprobado por consenso el art. primero de esta Proposición de Ley, hoy, por razones de coherencia, está decaído ya que en ese consenso de la Cámara hemos dado (al Defensor del Pueblo) la competencia para intervenir en las distintas Administraciones»¹⁵. O, en fin, el Presidente del Senado SR. VALVERDE MAZUELAS, cuando en el mensaje motivado que en cumplimiento del art. 90.2 de la Constitución remite al Congreso relacionando las enmiendas introducidas, dice: «El art. 1 ha sufrido leves correcciones terminológicas... sustituyendo la referencia a la

14 Diario de Sesiones del Senado Núm. 93. Año 1981. Sesión Plenaria. Núm. 93 celebrada el 17 de febrero de 1981. Pág. 4.837.

15 Diario de Sesiones del Senado. Núm. 93. Año 1981. Sesión citada. Pág. 4.859.

'Administración' por la de 'Administraciones Públicas', para disipar cualquier duda interpretativa sobre el alcance de la intervención del Defensor del Pueblo»¹⁶. El retorno al texto del Congreso ('Administración') no tuvo otro sentido, según explicó el portavoz socialista SR. PECES-BARBA, que ser respetuoso con el tenor literal de la Constitución, pero dando por supuesta su competencia generalizada¹⁷.

El artículo primero del Proyecto de Ley (y con él sus concordantes) fue enmendado por los Grupos Parlamentarios de Alianza Popular y Andalucista, bien que en sentido opuesto. Así, mientras la enmienda núm. 45 aliancista pretendía suprimir la referencia a la Administración Local a fin de -según se justificaba- mantener la coherencia con el art. 46 del Estatuto, la núm. 12 del Grupo Parlamentario Andalucista postulaba extender el ámbito de supervisión del Defensor andaluz no sólo a la Administración Autonómica y Local sino también a la Administración Central en el ámbito andaluz. Ambas enmiendas, rechazadas tanto en Ponencia como en Comisión, fueron defendidas en Pleno por sus respectivos proponentes. Veamos los razonamientos aducidos por uno y otro.

El portavoz andalucista SR. URUÑUELA FERNANDEZ, argumentaba que «la razón de esta petición... no es otra que la convicción que tenemos de que los órganos andaluces deben ser potenciados al máximo límite que permita la ley y, por supuesto, al máximo límite que admita la racionalidad en el funcionamiento, no solamente de la Comunidad Andaluza, sino también de la comunidad superior de España, donde nuestra comunidad está inserta».

Tras esta declaración de lealtad constitucional el SR. URUÑUELA montaba la defensa de su posición sobre dos ejes básicos: su viabilidad jurídica y su operatividad y racionalidad política y administrativa. En cuanto a la primera aducía que el art. 46 del Estatuto (sobre todo, el inciso que se refiere a «supervisar la actividad de la Administración Autonómica») es susceptible de una interpretación restrictiva (la que hace, a su juicio, Alianza Popular) y una interpretación extensiva; «es decir, una interpretación en virtud de la cual al hablarse aquí de Administración autonómica no se haga referencia exclusivamente a los órganos propios de la Comunidad Autónoma, es decir, Gobierno Andaluz, Administración Local en cuanto funcione o actúe por delegación de la Comunidad Autónoma, del Gobierno Andaluz, sino que haga referencia a la Administración en su conjunto, es decir; a

16 Mensaje motivado al Congreso de [OS Diputados. En Ley Orgánica Defensor del Pueblo. Trabajos Parlamentarios. Publicaciones de las Cortes Generales. Edición preparada por F. Garrido Falla. Madrid. 1981. Pág.309.

17 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 152. Año 1981. Sesión Plenaria. Núm. 152 celebrada el 24 de marzo de 1981. Pág. 9.497.

la Administración que opera en el seno de nuestra Comunidad Autónoma, y a eso denominarle genéricamente Administración autonómica»¹⁸.

Esta incorrecta afirmación del líder andalucista encuentra -a su juicio- soporte en el art. 54 de la Constitución y en el art. 12.2 de la L.O. D. P., lo cual, en rigor jurídico, es más que dudoso. Ocurre, además, que resulta incoherente con la letra y con el espíritu con que el Grupo Andalucista en el Congreso de los Diputados formuló su enmienda nº 55 al entonces art. 14 de la Proposición de Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, donde se sustraía a la supervisión del Defensor del Pueblo estatal tan solo la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, en las materias de su exclusiva competencia, otorgándole potestad expresa para supervisar los actos y resoluciones de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas. La posición del Grupo Andalucista en la Cámara andaluza representaba una evidente radicalización respecto a las posiciones mantenidas en 1981.

En turno de contestación al SR. URUÑUELA el portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ, tras esgrimir un criterio hermenéutico («las normas habilitantes hay que leerlas íntegras.... dentro del contexto... correctamente») afirma que «pretender decir... que Administración autonómica es Administración en Andalucía, es pretender cambiar un adjetivo que se refiere al aspecto funcional por un aspecto territorial»¹⁹.

La réplica del Sr. Uruñuela no se hace esperar:

«O se hace una lectura extensiva de qué se quiere decir en el art. 46 con 'Administración autonómica', o no cabe más que la lectura restrictiva, literal. Y la lectura literal implica que el Defensor del Pueblo Andaluz sólo podrá controlar, sólo podrá supervisar, la actividad de los órganos de la Comunidad Autónoma, no podrá controlar, no podrá supervisar los órganos de la Administración Local, como dice el Proyecto, y nosotros estamos de acuerdo en que lo diga. Pero no se podría afirmar. Es decir, que, o hay legitimación para los dos, me refiero, local y central, o no hay legitimación para ninguna de las dos... »²⁰.

La réplica al portavoz andalucista del socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ parecía cerrar la posibilidad de llegar a algún tipo de acuerdo al manifestar que «su intervención extensiva en mi terminología es una interpretación incorrecta, y... mi interpretación restrictiva es una interpretación correcta »²¹. -

18 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.421.

19 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.422.

20 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.423.

21 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.423.

El Vicepresidente del Consejo de Gobierno y Consejero de Gobernación SR. RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA procedía acto seguido a fijar los términos en que el ejecutivo (y el Grupo Parlamentario que le apoyaba) pretendía que se desarrollase la cuestión. Contestando a la interpretación restrictiva o extensiva a la que aludía el SR. 'URUÑUELA afirmaba:

« ... yo quiero recordar que este Parlamento ya ha hecho una lectura legal y ha ejercido su facultad y su potestad legislativa a través de dos leyes, determinando qué es exactamente la Administración autonómica: la Ley del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, por una parte; y la Ley de Organización Territorial de la Comunidad Autónoma, por otra. Y en ambas leyes se define, o se determina, como Administración autonómica: a) la administración propia de la Comunidad. Y b), la posibilidad de considerar como administración de la Comunidad la administración local, en cuanto que ejerce competencias o presta servicios propios de la Comunidad Autónoma, esa es la Administración autonómica definida por este Parlamento, y no por otro, por este Parlamento en el ejercicio de su potestad legislativa... »²².

El portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ, en turno de réplica a la intervención del aliancista Sr. Gómez Fuentes, cargando más el acento sobre el aspecto técnico-jurídico del problema, empieza reconociendo que la inclusión en el artículo primero de la expresión «Administración Local», sin ulteriores precisiones, plantea serias dudas de constitucionalidad:

«En una lectura restrictiva, absoluta de la norma habilitante habría que aceptar sin más la supresión de la administración local en las referencias del artículo primero, sin embargo creo, que las normas habilitantes hay que entenderlas dentro de contextos sistemáticos mucho más amplios, y hay un contexto sistemático extraordinariamente amplio en el Estatuto...en el artículo 13, cuando se habla de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, y como sabe perfectamente su señoría, se tiene competencia exclusiva por parte de la Comunidad Autónoma en materia local con exclusión de lo que dice el art. 149.1.18 de la Constitución que se refiere fundamentalmente a las normas básicas, es decir, la competencia de la Comunidad Autónoma en materia local afecta a la legislación no básica, en el sentido de leyes de bases, afecta a la coordinación de competencias locales; afecta, de alguna forma también a la construcción de una administración periférica de la

22 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.424.

Comunidad Autónoma a través de los entes locales -el problema de las diputaciones- y afecta a la existencia de transferencias o delegaciones en los términos que ya nos son conocidos por la Ley de Organización Territorial. Luego, en estas condiciones... no se puede asimilar el tratamiento que se le da a la administración periférica, a la Administración Central, de la que se excluye toda referencia, y a la administración local de la que quizás cupiera hacer una más prudente referencia. ..»²³.

El representante socialista terminaba su intervención proponiendo una fórmula transaccional que obviase el problema sustantivo del ámbito competencial. Parecía culminar así la larga peripecia de esta crucial cuestión del texto que centró el grueso teórico de los debates y que había comenzado por los serios reparos aducidos por los Servicios Jurídicos de la Cámara sobre la dudosa constitucionalidad del artículo primero del Proyecto de Ley en su redacción originaria y que había continuado con la celebración de conversaciones institucionales entre la Presidencia de la Cámara, el Consejo de Gobierno y el Defensor del Pueblo.

Se llegó, así, a la depuración de un texto que representaba el límite máximo en lo referente al ámbito supervisor del Comisionado andaluz. Dicho texto, el mismo día en que debía aprobarse el Proyecto de Ley en sesión plenaria, fue sometido por la Presidencia del Parlamento a conocimiento de los distintos portavoces de los Grupos Parlamentarios, sin que se alcanzase el necesario acuerdo unánime para su tramitación.

La redacción concreta del texto transaccional, ya avanzado en su contenido en la intervención del Vicepresidente del Consejo de Gobierno y Consejero de Gobernación, fue proclamado desde la tribuna de oradores por el portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ:

«Añadir cuando se refiere a la administración local en el artículo primero “en lo que se refiere al ejercicio de competencias y gestión de servicios propios de la Comunidad Autónoma”».

Aceptada la redacción por el representante del Grupo Parlamentario de Alianza Popular SR. GOMEZ FUENTES, quien mantenía sobre la cuestión la posición más rigurosamente restrictiva, la Presidencia de la Cámara procedió a solicitar la conformidad de todos los Grupos Parlamentarios para la tramitación de la enmienda transaccional, lo que no pudo llevarse a efecto por la oposición expresa del portavoz del Grupo Parlamentario Andalucista, SR. URUÑUELA. En esta tesitura no quedó otra opción que someter a votación las enmiendas núm. 12 del Grupo Parlamentario Andalucista, (que, como se recordará, pretendía

23 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Págs. 1.426-1.427.

extender el ámbito de actuación del Defensor andaluz también a la Administración Central en Andalucía) y la núm. 45 del Grupo Parlamentario de Alianza Popular (que proponía suprimir la referencia a la Administración Local), siendo rechazada la primera por 5 votos a favor (P.A. y P.C.A.) y 68 votos en contra (resto de los Grupos Parlamentarios) y aprobada la segunda por 68 votos a favor, 5 en contra (P. A. y P.C.A.) y ninguna abstención.

De esta manera se alcanzó la redacción de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, que en su artículo 1.1 contempla sólo la supervisión de la «Administración Autonómica», si bien interpretada ésta en el límite máximo que la flexibilidad de la norma se entendía que admitía y que tanto el portavoz socialista como el Vicepresidente del Consejo de Gobierno, respectivamente, proclamaron en el turno de explicación de voto:

«...en el bien entendido de que para nosotros Administración Autonómica también comprende ahí la Administración Local, en la medida en que haya transferencia o delegación...»

O, en este otro pasaje:

« ...Andalucía va a ser la primera Comunidad Autónoma en la cual la Administración autonómica y local, en cuanto que ejercite competencias de la Comunidad Autónoma o gestione servicios propios de la misma, va a estar fiscalizada y supervisada por un comisionado del Parlamento»²⁴

Esta es la interpretación auténtica, patente en el espíritu del legislador, y que estiraba entonces el contenido de la norma justo hasta el límite de su ruptura. O, mejor dicho; es la interpretación subjetiva a la búsqueda de la voluntad del legislador ('voluntas legilatoris') que en este caso coincide con la voluntad objetiva e inmanente ('voluntas legis') expresada en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas, cuando en su artículo segundo, punto 1, se viene a reconocer al Comisionado parlamentario autonómico la competencia para supervisar «la actividad de la Administración pública de cada Comunidad Autónoma, así como de las Administraciones de los Entes Locales cuando actúen en ejercicio de competencias delegadas por aquella...».

Dicha lectura de la norma, que se entendió pacífica a la hora de materializar las relaciones entre el Defensor andaluz y el 'estatal' -en cuanto era fruto del acuerdo institucional mencionado, plasmado, a su vez, en el artículo segundo, 1, de la Ley 36/1985 citada-, nos conduce directamente al segundo problema en materia

24 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Págs. 1.453-1.454.

competencial, cual era la necesaria relación de coordinación entre el Defensor del Pueblo 'estatal' y los órganos similares de las Comunidades Autónomas.

C) Las relaciones de coordinación y cooperación entre el Defensor del Pueblo Andaluz y el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales.

Hemos dicho que el término «Administración» del art. 54 de la Constitución tenía un sentido amplio, comprensivo de todas las Administraciones Públicas, incluida, por supuesto, la de las Comunidades Autónomas, aun cuando éstas hubieran previsto en sus respectivos Estatutos un Comisionado parlamentario. Si todavía alguna duda cupiere a tal extremo, el art. 12.1 de la Ley Orgánica 3/1981 declaraba que «El Defensor del Pueblo, podrá, en todo caso, de oficio o a instancia de parte, supervisar por sí mismo la actividad de la Comunidad Autónoma en el ámbito de competencias definido por esta Ley».

Esa posibilidad de supervisión, pues el punto 1 estaba redactado en términos potestativos, indicaba 'sensu contrario' que, sin renunciar en teoría a la competencia que tiene el Defensor estatal para supervisar a la Administración autonómica (pues la renuncia formal sería inconstitucional), cabía en la práctica el establecimiento de acuerdos de coordinación y cooperación para una delimitación racional y operativa de esta posible intervención compartida. Es más, el punto 2 del art. 12 de la propia Ley Orgánica, ante la existencia de esta posible concurrencia, imponía la obligación (ahora el precepto se desarrollaba en términos imperativos) de coordinar las funciones de los órganos similares de las Comunidades Autónomas con el Defensor del Pueblo 'estatal', así como prestar la atención necesaria a los requerimientos de éste cuando solicite la debida cooperación.

Veamos, entonces, el juego que los mencionados principios de coordinación y cooperación fueron capaces de suministrar en el debate de aprobación de la Ley andaluza.

En la presentación del Proyecto de Ley ante la Cámara el Vicepresidente SR. RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA consideraba una cuestión «esencial» el hecho de que

«aprobado este Proyecto y designado el Defensor del Pueblo de Andalucía, será necesario establecer mecanismos de cooperación y coordinación con el Defensor del Pueblo en las Cortes Generales. Al haber ámbitos de actuación en los que pueden concurrir las competencias de ambos Defensores, será necesario, en bien de los propios administrados, delimitar, coordinar y armonizar esas competencias. Serán los propios Defensores del Pueblo quienes

deberán estudiar el problema y llegar a los acuerdos precisos mediante los mecanismos que estimen pertinentes»²⁵.

El portavoz del Grupo Parlamentario Andalucista SR. URUÑUELA FERNANDEZ, al defender la expansión del ámbito competencial del Comisionado andaluz decía:

«...nos encontramos con la aberrante circunstancia de que un andaluz de Carmona que tuviera un problema con su Administración municipal tuviera que acudir al Defensor del Pueblo en Madrid para plantear su problema... existiendo... un Defensor del Pueblo en Andalucía». En su opinión el «criterio de racionalidad» y el «criterio de oportunidad» abogan porque «...la defensa del ciudadano, la defensa de los colectivos... en orden a sus derechos, en base al Título primero de la Constitución, estén ciertamente defendidos y estén defendidos próximamente...»²⁶.

A ello replicaba el portavoz socialista SR. LOPEZ Y LOPEZ poniendo de manifiesto la importancia de que a través de «fórmulas de cooperación, de las que está tan falto también el Estado de las Autonomías, se logre que estos ejemplos aberrantes no se produzcan en la práctica, y ello sin violar las normas, que es un valor primario en todo Estado de Derecho»²⁷. Y más adelante el mismo Portavoz destacaba que, a su juicio, establecidas las fórmulas de cooperación y resueltos los ámbitos competenciales,

«quien realmente actúa sobre el terreno son las instituciones autonómicas». Termina, en fin, anunciando que los Grupos Parlamentarios Socialistas del Congreso y del Senado apoyarán una proposición de ley para regular la fórmula de coordinación del Defensor, del Pueblo y las figuras similares en las Comunidades Autónomas, como consecuencia de la cual

«...en la práctica significará que será el Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma el que llevará también el peso de la supervisión dentro de la administración periférica y de la Administración Central, pero mediante fórmulas de coordinación, mediante acuerdo de los defensores del pueblo, lo cual me parece una fórmula mucho más operativa, mucho más racional, a la hora de construir el Estado de las Autonomías que no la sistemática afirmación en forma de <<quejío>> de que tenemos competencias frente a frente, cuando

25 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.418.

26 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.422.

27 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.423

en realidad tendríamos que decir tenemos competencias junto y junto con»²⁸.

En breve volveremos sobre estas cuestiones al aludir a la Proposición de Ley, presentada ante la Mesa del Congreso de los Diputados por el Parlamento de Andalucía, el Parlamento de Cataluña y las Cortes de Aragón, para regular las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas, devenida Ley 36/1985, de 6 de noviembre, norma que ofrecía el marco legal suficiente para la solución de tan espinosa cuestión.

D) Otros problemas básicos del Proyecto de Ley.

Decíamos líneas atrás que, en alguna medida, el Proyecto de Ley del Defensor del Pueblo Andaluz incurría en determinados vicios de los que había sido acusada la Proposición de Ley centrista por parte del Grupo mayoritario. En sustancia éstos eran los siguientes:

a) El art. 6º, puntos 2 y 3, intentaban dotar al Defensor andaluz de las *prerrogativas de inviolabilidad y de aforamiento especial*, en similares términos a los otorgados a los diputados del Parlamento de Andalucía. El intento era manifiestamente inconstitucional por cuanto la Administración de Justicia y la legislación penal y procesal, a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1, 5ª y 6ª de la Constitución, son competencia exclusiva del Estado y su regulación requiere una ley orgánica de las Cortes Generales. Las enmiendas núms. 47 y 48 del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, que postulaban la supresión de ambos apartados, fueron aprobadas en el Pleno de la Cámara quedando el texto libre de esta notable incorrección. En cambio el art. 8.4 que otorgaba a los Adjuntos las mismas prerrogativas que al Defensor no fue enmendado por ningún Grupo Parlamentario. Ocurría, sin embargo, que al haberse suprimido los puntos 2 (inviolabilidad) y 3 (aforamiento) del art. 6, la citada remisión ya no planteaba ningún problema especial.

b) «*La declaración de los estados de excepción o de sitio no interrumpirán la actividad del Defensor del Pueblo, ni el derecho de los ciudadanos de acceder al mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 55 de la Constitución*». Este art. 11.3 del Proyecto de Ley, art. 12.3 del texto definitivamente resultante, no fue objeto de ningún escrito de enmienda y fue aprobado por asentamiento de la Cámara. Sin embargo para aprobar tal precepto, que es transcripción literal del art. 11.3 de la L.O.D.P. 3/1981, el Parlamento de Andalucía carecía de competencia por cuanto, a tenor del art. 116.1 de la Constitución, «Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes».

28 D.S.P.A. Núm. 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1.427.

Dicha Ley Orgánica, 4/1981, de 1 de junio, no alude en absoluto a la cuestión, si bien el art. 1º,4 de dicha Ley, recogiendo la previsión del art. 116.5 de la Constitución, establece que la declaración de cualquiera de los tres supuestos «no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado». Pero ni, en rigor, los Defensores del Pueblo son 'poderes constitucionales' ni la Cámara andaluza tiene potestad legislativa en tal materia.

c) A tenor del art. 21.2 del Proyecto de Ley el funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo incurrirá en el *delito de desobediencia*. Dicho precepto, abiertamente inconstitucional, fue suprimido del texto mediante la aceptación en el Pleno de la enmienda núm. 62 del Grupo Parlamentario de Alianza Popular. Era evidente que la creación de un tipo penal invadía la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª de la Constitución) y sólo era regulable mediante ley orgánica de las Cortes Generales.

d) Por lo que concierne al art. 22.2 y 3 el Proyecto de Ley imponía la *obligación al Ministerio Fiscal de informar periódicamente al Defensor del Pueblo*, o a solicitud de éste, del estado de actuaciones iniciadas a su instancia, como también imponía a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia la obligación de poner en conocimiento del Defensor del Pueblo las irregularidades administrativas conocidas en el ejercicio de sus funciones. De nuevo la providencial enmienda de Alianza Popular, en esta ocasión la núm. 63, aceptada por el Grupo mayoritario, eliminó del texto esta materia reservada a la competencia exclusiva del Estado, cual era el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (art. 124.3 de la Constitución).

e) El art. 26 del texto aprobado en el Pleno declaraba que «El Defensor del Pueblo Andaluz podrá instar del Defensor del Pueblo del Estado la *interposición del Recurso de Inconstitucionalidad* contra las disposiciones normativas emanadas del Parlamento y del Consejo de Gobierno de Andalucía». Este precepto, que no figuraba en el Proyecto remitido por el Consejo de Gobierno, tuvo su origen en la enmienda núm. 10 del Grupo Parlamentario Centrista, que pretendía introducir un art. 23 bis, del siguiente tenor: «El Defensor del Pueblo del Parlamento de Andalucía está legitimado para anteponer (debe querer decir 'interponer') los recursos de inconstitucionalidad y de amparo que crea oportuno, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». La propuesta, así formulada, era de todo punto incorrecta, puesta estaba precisamente en desacuerdo con la Constitución y con la Ley Orgánica que se invocaba. La justificación de la enmienda argumentaba que «No debe quedar una laguna legal de esta naturaleza», pues para el autor de la misma «... está sentada la competencia sin el menor género de duda». En rigor ni existía laguna legal ni había la menor posibilidad de alegar la competencia para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad y amparo, pues ni el art. 162.1.a) de la

Constitución ni el art. 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional recogen entre los legitimados a los Defensores del Pueblo autonómicos. Sin embargo, la Ponencia aceptó una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Socialista que, incorporada como art. 26 y sin ulterior modificación, pasó a figurar en el texto aprobado por el Pleno.

La incorrección de la norma, como se habrá podido advertir, estribaba en declarar que cabía recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones normativas emanadas del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. El art. 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que «Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad... e) Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas». Ocurría, sin embargo, que ni el Estatuto de Autonomía ni el Reglamento del Parlamento de Andalucía contemplaban entonces, entre los posibles instrumentos normativos, las técnicas del Decreto-Ley y de los Decretos legislativos, únicas normas, como es sabido, emanadas del Ejecutivo con rango y fuerza de ley formal.

Parecía, por otra parte, obvio tener que indicar que las normas emanadas del Ejecutivo en virtud de su potestad reglamentaria sólo eran fiscalizables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Con esta panorámica de fondo el precepto que declaraba viable la posibilidad de instar del Defensor del Pueblo estatal la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones normativas del Consejo de Gobierno de Andalucía, más que inconstitucional, era pura y simplemente inoperante e inane

f) El art. 25, en fin, que aludía al ejercicio de la *acción de responsabilidad* contra autoridades, funcionarios y personal al servicio de la Administración autonómica parecía constituir, también, una extralimitación competencial de la normativa andaluza.

En resumen, de estos vicios confesados del Proyecto de Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, unos subsistieron en el texto definitivo (no interrupción de la actividad en los estados de excepción o sitio, posibilidad de instar del Defensor `estatal' la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones normativas del Consejo de Gobierno y el ejercicio de la acción de responsabilidad) y el resto fueron eliminados del articulado e incluidos, igualmente, en la Propuesta de Proposición de Ley presentada ante el Congreso de los Diputados que, con el rango debido, dotaría al Defensor del Pueblo Andaluz de los instrumentos necesarios para desenvolver su actividad.

4. Proposición de Ley, presentada ante el Congreso de los Diputados, para regular las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas (Ley 36/1985, de 6 de noviembre).

Al hablar de las relaciones de coordinación y cooperación entre el Defensor del Pueblo Andaluz y el estatal veíamos cómo el portavoz socialista, SR. LOPEZ Y LOPEZ, afirmaba la posibilidad de que los Grupos Parlamentarios Socialistas del Congreso y del Senado aprobasen una Proposición de Ley ante las Cortes Generales para establecer las fórmulas de coordinación. La falta de capacidad legislativa de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas para abordar ésta y otras cuestiones fundamentales, a fin de no desvalorizar los defensores autonómicos, provocó que tanto el Parlamento de Andalucía, que ya había aprobado su Ley, como el de Cataluña y las Cortes de Aragón, que estaban a punto de hacerlo, protagonizaran una iniciativa ante las Cortes Generales que solventara la cuestión.

El problema, que ya había sido perfilado técnicamente en los contactos mantenidos con el Defensor del Pueblo 'estatal' y tratado en una asamblea a la que asistieron los máximos responsables de las Cámaras autonómicas, fue incluido como primer punto del orden del día de la II Conferencia de Presidentes de Parlamentos Autónomos, convocada por el Presidente del Parlamento de Andalucía y celebrada en el Palacio del Senado el 1 de febrero de 1984.

En ella, y sobre la base de un texto elaborado por el Parlamento de Cataluña, se debatió y acordó tramitar en los correspondientes Parlamentos autonómicos una Propuesta de Proposición de Ley, a presentar ante la Mesa del Congreso de los Diputados, para regular las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas. Esta iniciativa institucional fue suscrita, sin enmiendas, por todos los Grupos Parlamentarios presentes en la Cámara andaluza y presentada al trámite de toma en consideración en el Parlamento de Andalucía por el Vicepresidente primero de la Cámara, SR. ALCAIDE GUERRERO, como prueba del acuerdo unánime obtenido. Tomada en consideración el 10 de abril de 1984, fue aprobada unánimemente en la sesión plenaria celebrada el 8 de mayo de 1984, en la que fueron designados para su defensa en el trámite de toma en consideración ante el Congreso de los Diputados los Sres. OJEDA ESCOBAR (PSOE de Andalucía), HERNANDEZ MANCHA (A.P. de Andalucía) y ARENAS DEL BUEY (Centrista). Dicha iniciativa fue favorablemente acogida en la sesión plenaria celebrada el día 14 de marzo de 1985.

La mencionada Proposición, que se convirtió en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas, constaba de dos importantes artículos, además de una disposición adicional y otra transitoria:

- a) Mediante el primero se tendía a potenciar la figura del Defensor autonómico, dotándole de las *prerrogativas* y *garantías* necesarias para el mejor ejercicio de su función, precisamente en aquellos extremos para los que habíamos anunciado con anterioridad la falta de competencia del Parlamento de Andalucía. Así, se dotaba a los titulares de las Instituciones autonómicas, y a sus Adjuntos, de las prerrogativas de inviolabilidad y aforamiento especial en los mismos términos que se conferían a los diputados en los respectivos Estatutos de Autonomía; se les reconocían las garantías establecidas en la Ley 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, (inviolabilidad de la correspondencia y otras comunicaciones, cooperación de los poderes públicos, medidas en caso de entorpecimiento o resistencia a la acción investigadora, ejercicio de acciones de responsabilidad y relaciones con el Ministerio Fiscal). A los efectos de este último supuesto (denuncias de infracciones e irregularidades), el Comisionado Parlamentario Autonómico debería relacionarse con el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia; en este caso, y cuando se trataba de actividades de las Administraciones Públicas no autonómicas, el Comisionado Parlamentario de la Comunidad Autónoma comunicaría al Defensor del Pueblo las infracciones e irregularidades observadas, el cual podría intervenir en uso de las atribuciones conferidas en la L.O.D.P., e informar posteriormente al Comisionado Parlamentario del resultado de sus gestiones ante el Fiscal General del Estado. Finalmente el art. primero vino a establecer que la declaración de los estados de excepción o sitio no interrumpiría la actividad de la Institución ni el derecho de las personas a acceder a ellos, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la correspondiente Ley Orgánica, previsión que venía en cierta medida a ‘convalidar’ la extralimitación competencial del art. 12.3 de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz.
- b) Mediante el segundo artículo se perfilaba el *régimen de colaboración y coordinación* de estas instituciones. A tal fin se establecía que la protección de los derechos y libertades y la supervisión, a estos efectos, de la Administración Pública propia de cada Comunidad Autónoma así como de las Administraciones de los entes locales, cuando actuasen en ejercicio de competencias delegadas por aquélla, se podría efectuar, de oficio o a instancia de parte, por el Defensor del Pueblo y el Comisionado parlamentario autonómico en régimen de cooperación, en todo lo que afecte a materias sobre las cuales se atribuyan competencias a la Comunidad Autónoma en la

Constitución y en el respectivo Estatuto de Autonomía y dejando siempre a salvo las facultades del Defensor del Pueblo establecidas en la Constitución y en su propia Ley Orgánica. Para la concreción y desarrollo de los principios de colaboración y coordinación se preveía el establecimiento de acuerdos entre el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos sobre los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas objeto de supervisión, los supuestos de actuación de los Comisionados parlamentarios, las facultades que pudieran ejercitar, el procedimiento de comunicación entre el Defensor 'estatal' y los autonómicos y la propia duración de los acuerdos. Se prescribía, igualmente, que en la supervisión de la actividad de los órganos de la Administración Pública estatal que opere en el territorio de cada Comunidad Autónoma, el Defensor del Pueblo podrá recabar, en su caso, la colaboración del respectivo Comisionado parlamentario para la mejor eficacia de sus gestiones y recibirá de él las quejas que éste acuse sobre la actividad de dichos órganos de la Administración estatal. A su vez, el Defensor del Pueblo podría informar al Comisionado parlamentario autonómico del resultado de sus gestiones.

- c) Por último contenía la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, una Disposición Adicional y otra Transitoria. La primera atendía a resolver el problema de la *situación funcional* del Comisionado Parlamentario autonómico (y de sus Adjuntos) cuando se tratase de empleados públicos. Esta previsión legal, producto de una enmienda a la Proposición de Ley y remitida por el Parlamento de Andalucía a los diferentes Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados, fue presentada por el SR. MARDONES SEVILLA, del Grupo Parlamentario Centrista, acogida favorablemente por la Ponencia encargada de informar la Proposición en el Congreso de los Diputados y aprobada sin modificación en el texto definitivo de la Ley. La enmienda incorporada -según rezaba su justificación- tendía a «resolver legalmente el vacío jurídico administrativo que actualmente se presenta cuando los Comisionados parlamentarios nombrados por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, son funcionarios de carrera en situación administrativa de activo en su cuerpo o escala; por lo que merecen en justicia equitativa y comparativa obtener una garantía, tal como para otros casos está previsto en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre medidas para la Reforma de la Función Pública. En caso contrario, se encontrarían afectados por una situación de agravio comparativo, a todas luces injusta». Montada sobre este correcto razonamiento la Disposición. Adicional declaraba que a los Comisionados Parlamentarios, y a sus Adjuntos, que al momento del nombramiento ostentasen la condición de funcionario público en situación administrativa de activo, les será de aplicación lo previsto en el art. 29.2 e)

de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, quedando en situación administrativa de servicios especiales en su cuerpo o escala de procedencia, mientras desempeñasen el cargo.

La Disposición Transitoria, en fin, establecía lo necesario para que, en tanto se constituyen los *Tribunales Superiores de Justicia*, fuere competente para actuar en los supuestos del art. primero 1 (inviolabilidad y aforamiento especial) el Pleno de la Audiencia Territorial correspondiente, salvo cuando -como era el caso de Andalucía- existiese más de una Audiencia Territorial en cuyo supuesto la competencia se atribuía a la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional.

En resumidas cuentas, es posible afirmar hoy con rotundidad que la aprobación de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, vino a resolver importantes problemas de racionalidad y eficacia, evitando duplicidades innecesarias, haciendo efectivos los principios constitucionales de colaboración y cooperación interinstitucional, a la vez que permitiría dotar a la Institución andaluza del vigor y las facultades necesarias para el mejor cumplimiento de su función.

3. PONENCIAS E INTERVENCIONES EN MESA REDONDA

3.1 PONENCIA: “LOS DEFENSORES DEL PUEBLO AUTONÓMICOS EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA: LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES ESTATUTARIOS¹”. GERARDO RUIZ-RICO RUIZ. CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE JAÉN.

1. Las reformas estatutarias y su incidencia en la configuración institucional y competencial de los Defensores del Pueblo autonómicos (DPA)

Las reformas estatutarias recientemente aprobadas (2006/07) han supuesto un paso importante en el proceso de *institucionalización* de las Comunidades Autónomas (CCAA). En efecto, durante estas primeras décadas de funcionamiento del modelo territorial diseñado por la Constitución se detectaron necesidades estructurales que sólo pudieron ser suplidas mediante la labor legislativa de los Parlamentos autonómicos. Con posterioridad, la apertura del sistema ha permitido la renovación de la organización institucional de las Comunidades, si bien esa oportunidad no parece haberse aprovechado en todas las posibilidades que ofrecía la reforma estatutaria, al contrario de lo que ha sucedido con la dimensión competencial y “dogmática”, que sí han experimentado, respectivamente, una considerable actualización e inédita configuración. Sin embargo, el *anclaje estatutario* de la institución del *Omdudsmán* autonómico se había producido ya en la mayor parte de los primeros textos estatutarios, aunque de manera bastante indefinida y no siempre homogénea. La simple comparación de aquellos Estatutos originarios –una parte importante de los cuales todavía sigue en vigor– nos conduce a una comprensión dubitativa y todavía imprecisa sobre esta figura. La apreciación anterior se puede comprobar, por ejemplo, en la ubicación que recibió el Defensor autonómico en el Estatuto andaluz²; o en la referencia todavía implícita del Estatuto

1 El presente trabajo forma parte del artículo publicado en *Autonomies, Revista d'Estudis Autònemics i federals*. Num.6. Abril, 2008.

2 Esa indefinición estatutaria se podía reconocer sin dificultad en el hecho de que el Defensor del Pueblo andaluz se regulara en el título sobre el “Consejo de Gobierno y el Presidente de la Junta”,

vasco a la hora de referirse a un “órgano similar” al Defensor del Pueblo del Estado. Otras normas estatutarias, aprobadas más tarde en las Comunidades de régimen ordinario (o de vía lenta), proporcionarían al Defensor autonómico un enclave más coherente con su extracción parlamentaria. Incluso en algunos de ellos recibiría un tratamiento específico, como institución “autónoma” del Parlamento regional³. En todo caso, la remisión que aquéllos hacen a una futura ley autonómica concentra en el Parlamento de cada Comunidad la responsabilidad de fijar el estatuto funcional y la naturaleza jurídica de esta institución.

La principal conclusión que se desprende del tratamiento estatutario inicial de los Ombudsmen autonómicos es la tendencia generalizada a reproducir el esquema básico, y excesivamente sintético, que se encuentra en la Constitución del Defensor del Pueblo estatal. Una observación global a los nuevos Estatutos refleja, como primer dato, el intento de los poderes estatuyentes por categorizar a los Defensores autonómicos como instituciones de naturaleza estatutaria y, en segundo lugar, su calidad instrumental como mecanismos de tutela del catálogo de derechos recién incorporados a las normas –ahora re-fundacionales- de las CCAA. No obstante, sigue sin existir una homogeneidad completa en esa operación de “recepción estatutaria”. Se aprecia, por consiguiente, una falta notable de *mimetismo*, si se analiza el formato regulativo de cada Comunidad, además de una considerable variedad en lo que se refiere a los contenidos comprendidos en los nuevos Estatutos de Autonomía. De todos ellos, el catalán es el que ofrece –a nuestro juicio- una propuesta que calificaríamos casi de “modélica”, aunque esa superior elaboración y precisión normativas no hayan sido precisamente seguidas como pauta de referencia estatutaria por otras Comunidades Autónomas. El caso del Estatuto andaluz resulta especialmente paradójico en este punto, ya que si el Estatuto de Cataluña se convirtió constantemente, desde el principio del proceso de reforma en un prototipo a imitar por el Parlamento andaluz, sin embargo no se tuvo en cuenta al “adaptar” la figura del Ombudsman autonómico. El diseño estatutario catalán resulta sin duda el más completo de cuantos se han aprobado hasta ahora. La existencia, en los demás Estatutos, de una propuesta con perfiles “mínimos” otorga indirectamente al legislador una discrecionalidad casi absoluta cuando tenga que introducir alguna reforma en el futuro.

cuando el mismo precepto que lo regula (artículo 46) afirma claramente su naturaleza parlamentaria (“comisionado del Parlamento”). Esta paradoja contrasta con la previsión que hacía el primer Estatuto de Cataluña sobre el Sindic de Greuges en su artículo 35, dentro del capítulo dedicado al “Parlamento” de la Generalidad.

- 3 Se pueden citar como paradigmáticos de este tipo de regulación los Estatutos aragonés (dedica un capítulo específico al Justicia de Aragón; artículos 11, 33 y 34) o extremeño (regula la figura dentro de un capítulo genérico sobre “Régimen jurídico, ejercicio y control de los poderes de la Comunidad”; artículo 52).

2. La nueva regulación estatutaria del sindic de greuges

El nuevo estatuto catalán proporciona, a primera vista, una primera percepción fundamentalmente “institucional” del Sindic de Greuges. La ubicación que recibe (artículos 78 y 79) dentro del Título II (De las instituciones), Capítulo V (Otras instituciones de la Comunidad), y en consecuencia fuera del bloque de preceptos consagrado a los Derechos, deberes y principios rectores (Título I), parece querer enfatizar su imagen orgánico-institucional, antes que optar por una concepción “instrumental”, como mecanismo de tutela de los derechos estatutarios⁴. Más aún se excluye al Sindic de los principales instrumentos previstos por el Estatuto como “garantías” de esos derechos en el Capítulo IV de ese mismo Título (artículos 37 y 38). La única institución que aparece implicada específicamente en esa función tutelar es el Consejo de Garantías Estatutarias, junto a un futuro recurso jurisdiccional que se deberá sustanciar ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad. Así pues, se puede tener lógicamente la impresión de que el estatuyente ha querido otorgar a esa otra institución el protagonismo en la función de defensa y cumplimiento de los mandamientos estatutarios que proclaman derechos y principios rectores.

Otra característica que sobresale del Estatuto catalán es sin duda la regulación detallada y amplia que propone sobre el Sindic de Greuges. En comparación con las demás normas estatutarias reformadas, donde apenas se contienen referencias concretas, la de Cataluña ha intentado delimitar con mayor precisión la esfera institucional y administrativa sobre la que se proyectaría la actuación del Sindic, así como el ámbito funcional esencial que quedaría afectado por sus facultades de supervisión.

El Estatuto catalán establece -de una manera mucho más pormenorizada que los otros Estatutos- los mecanismos y procedimientos de control que se activan frente a los otros poderes públicos de la Comunidad (Poder Ejecutivo/Administración y Legislador autonómico). De igual modo, y como novedad sustancial en este plano normativo superior del ordenamiento autonómico, reconoce la obligación de colaborar con el Sindic (art. 78-5º) no sólo de todas las “Administraciones Públicas de Cataluña”, sino también de todo un conjunto de “entidades y personas” mencionadas en otro precepto del Estatuto (art. 78-1º):

4 Laura Diez, en un trabajo publicado con anterioridad a la reforma, consideraba conveniente que la regulación del Sindic de Greuges estuviera contenida en el futuro Estatuto en el título dedicado a las instituciones, como una tercera institución fundamental de la Comunidad, después del Parlamento y el Presidente de la Generalidad. Sin embargo, y con buen criterio -pensamos-, estimaba que debía estar también ubicado dentro del título sobre derechos, como primera institución preferente a cualquier otra para la tutela de los mismos. Vid. L. Diez Bueso. *Propuesta de configuración estatutaria del Sindic de Greuges de Cataluña*. En AAVV., *Jornadas sobre reformas estatutarias, derechos sociales y Defensores del Pueblo autonómicos*. Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2006.

- organismos públicos o privados de que dependen de la Administración autonómica
- empresas privadas que *“gestionan servicios públicos o realizan actividades de interés general o universal o actividades equivalentes de forma concertada o indirecta”*
- personas con vínculo contractual con la Administración de la Generalidad o entidades públicas dependientes de ella
- Administración local de Cataluña y de los organismos públicos o privados dependientes de aquélla

La relación es suficientemente exhaustiva como para que no quede fuera de ese deber de cooperación ninguna entidad jurídica ni persona física que tenga algún tipo de relación con cualquier Administración Pública que opere en Cataluña, a excepción de la estatal. No obstante, en el caso de la Administración local, el hecho de que la supervisión no se configure como una “competencia exclusiva” podría modular el alcance del mandamiento estatutario señalado en el artículo 78-5º, en la medida en que su naturaleza “bifronte” permitiría aún –al menos teóricamente– una doble fiscalización por parte del Sindic o del Defensor del Pueblo estatal⁵. Lo que se deduce perfectamente del enunciado de esa disposición estatutaria es la naturaleza jurídica de esa obligación de cooperar. No se trata, pues, de un simple deber genérico sin consecuencias en caso de incumplimiento. Por el contrario, se ha querido subrayar su carácter vinculante, desde el momento en que se prevé en el propio Estatuto la imposición de sanciones a los responsables públicos que no colaboren con el Sindic. La fijación exacta del alcance de esas sanciones tendrá que determinarse mediante ley.

Algo parecido sucede con aquellos otros “mecanismos” –indica el mismo precepto (art. 78-4º)– que se puedan articular para garantizar asimismo la cooperación. La previsión estatutaria deja abierta al legislador autonómico un amplio margen de disponibilidad para diseñar esos “mecanismos” con los que se garantiza el cumplimiento del deber de colaborar con el Sindic. Quedaría también por determinar en la ley el alcance objetivo de esa “cooperación necesaria” a la que estaría obligada la Administración de la Generalidad. En todo caso, resulta coherente con la naturaleza del Omdusman autonómico como “magistratura de persuasión” que no se pueda interpretar aquélla como la obligación inexcusable del

5 El Tribunal Constitucional reconoció a los Comisionados parlamentarios autonómicos tenían reconocida la facultad de supervisar a las entidades locales en varias sentencias: SSTC 142/1988 y 157/1988. Sobre este tema vid. M.García Álvarez. *El control de la Administración Local por los Comisionados parlamentarios autonómicos*. En AAVV., XI Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo. Servicio de Publicaciones del Procurador del Común. León. 1997.

funcionario o responsable público de actuar conforme al criterio o recomendación propuesta por el Sindic. Esta conclusión no se deriva al menos del enunciado del precepto estatutario. La colaboración tiene un significado más “procedimental”, en cuanto parece referirse únicamente a la posibilidad de exigir una actitud positiva y no obstruccionista por parte de aquéllos, al intentar obtener información y evitar la falta deliberada de respuesta a las solicitudes que se planteen desde la institución.

El artículo 78-1 del Estatuto catalán delimita la esfera material sobre la que se proyecta la competencia del Sindic a partir de un doble ámbito, formado por los derechos y libertades reconocidos tanto por la Constitución como por el Estatuto de Autonomía. La ampliación del ámbito material es una consecuencia lógica de la introducción, tras la reforma estatutaria aprobada en el 2006, de un amplio catálogo de derechos “propios”, es decir, derechos estatutarios cuyo enunciado no coincide siempre y exactamente con los consagrados en el Título Primero de la CE de 1978. Ciertamente la mayoría de estos nuevos derechos subjetivos –más que libertades- derivan de los derechos constitucionales; especialmente se pueden considerar como una versión puesta al día actualizada y con perfiles técnico-jurídicos más precisos de los derechos constitucionales de naturaleza social o prestacional. Entre unos y otros no se detectan antinomias ni contradicciones, por lo que la función del Sindic se va a centrar seguramente sobre el parámetro normativo más actualizado de los derechos contenidos en el Estatuto. Por otro lado, además, en esta declaración estatutaria se ponen de manifiesto los compromisos esenciales de la autonomía territorial y las principales obligaciones asumidas por los poderes públicos de la Generalidad. De ahí que el catálogo de derechos estatutarios se presente por tanto como el canon de referencia preferente para la institución en la supervisión y control de la Administración autonómica.

En cuanto a los escenarios orgánico-institucionales objeto de fiscalización por el Sindic, el Estatuto marca un doble nivel de intensidad en el ejercicio de esta función. En primer lugar, y respecto de la Administración de la Generalidad y de los organismos públicos o privados que dependen de ésta, el control se predica “con carácter exclusivo”, mientras que en relación con la Administración Local se omite expresamente esa calificación. De esta delimitación en el campo de intervención del comisionado parlamentario cabría deducir una competencia exclusiva, pero al mismo tiempo “excluyente”, en el control de los órganos y entidades de ámbito autonómico. En este sentido, la Ley orgánica del Defensor del Pueblo estatal no tendría que ser un obstáculo insalvable al monopolio que el Sindic tendría sobre la vigilancia del respeto de los derechos por la Administración catalana⁶.

6 Parece conveniente revisar en la actualidad la legislación estatal, tanto de la LO 3/1981, como de la Ley 36/1985, que regula las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas. La atribución en ellas (artículos 12-1º y 2-1º,

El Estatuto evita pronunciarse sobre esa misma exclusividad al referirse a la supervisión de la Administración local de Cataluña y “los organismos públicos o privados vinculados o que dependen de la misma”. La delimitación funcional es consecuente con la naturaleza todavía “bifronte” del régimen local, aunque tras la reforma estatutaria se tiende a romper ese supuesto equilibrio a favor de la Comunidad Autónoma. Buena prueba de esa inclinación “autonómica” que propugna implícitamente el Estatuto sería la concepción que en él se hace de las entidades locales como instituciones que forman parte de la Generalidad (municipios, veguerías, comarcas y otros entes creados por la ley; art. 2-3º). De este modo, la “integración institucional” permitiría sostener la preponderancia y exclusividad de la intervención del Sindic sobre la del Defensor del Pueblo nacional.

No obstante, la siempre compleja división entre competencias estatales y autonómicas que seguirá existiendo -pese al esfuerzo realizado en este punto por algunos estatuyentes- puede mantener ciertas dosis de indefinición sobre los límites funcionales de una y otra institución. Precisamente para contribuir a una relación que se desarrolle de manera positiva, el Estatuto catalán señala como objetivo de primer orden la colaboración entre el Sindic y el Defensor nacional en el ejercicio de sus funciones (art. 78-2º). Este propósito se extiende asimismo a la relación con los defensores locales “y otras figuras análogas creadas en el ámbito público y privado” (art. 78-4º).

El Estatuto viene a ratificar así la necesidad de articular las competencias del Sindic con todos sus homólogos, en los diferentes planos territorial (estatal y local) e institucional (órganos creados en organismos o entes públicos con funciones análogas de control de la actividad administrativa). Incluso prevé la posibilidad de una colaboración con entidades de “derecho privado”, cuya actuación pueda repercutir en el ejercicio de los derechos estatutarios y constitucionales. Las relaciones con todas esas instituciones se debe basar en el principio cooperativo, y no tanto en una coordinación jerárquica sobre ellas (o por una de ellas, en concreto, el Defensor del Pueblo estatal). De otro modo, se hubiera empleado una terminología diferente a la finalmente acogida en esos dos apartados del artículo 78. En cualquier caso, la dimensión cooperativa de las funciones del Sindic es una consecuencia casi ineludible de la superposición de Administraciones sobre espacios materiales compartidos desde el punto de vista competencial entre todas ellas.

En lo que respecta al alcance y eficacia de la actividad del Sindic de Greuges, el Estatuto introduce una novedad verdaderamente significativa en el cuadro de

respectivamente) de una competencia “compartida”, de ejercicio facultativo o discrecional por parte del Defensor estatal, chocaría frontalmente con la atribución “exclusiva que el Estatuto catalán otorga al Sindic de Greuges para supervisar la Administración autonómica.

funciones que ha desempeñado hasta el momento. Por otra parte, esa aportación cobra más relieve aún en un plano comparado, esto es, desde el momento en que ninguna otra norma estatutaria la ha integrado en el status funcional de las figuras análogas. La función a la que nos referimos ha sido configurada como mecanismo de legitimación en el procedimiento de acceso al Consejo de Garantías Estatutarias, órgano encargado en el futuro de controlar la adecuación al Estatuto –y a la Constitución- de los proyectos y proposiciones de ley (y de reformas estatutarias, así como posdecretos leyes sometidos a la convalidación del Parlamento autonómico (art. 76-2º). La elaboración de dictámenes sobre la regularidad estatutaria de esas iniciativas legislativas, o análogas, no tendría nada de extraño a la competencia habitual de un órgano de naturaleza consultiva. Sin embargo, el Estatuto catalán viene a establecer de hecho un modelo de control de estatutoriedad de carácter preventivo, cuya eficacia resulta no sólo determinante, sino vinculante incluso, cuando aquéllas desarrollen o afecten a los derechos estatutarios. Efectivamente de este modo, se estaría implantando un sistema de control jurídico, en virtud del cual el Consejo de Garantías Estatutarias se erige en una especie de “legislador negativo”, que interviene en la fase previa a la aprobación parlamentaria de las leyes –promovidas desde el ejecutivo o los grupos parlamentarios- como de decretos leyes del Gobierno de la Generalidad. Es obvio el parecido con el método de control que ejercita el Tribunal Constitucional, si bien éste sólo repercute sobre la validez de normas legislativas ya en vigor.

El artículo 78-3º otorga al Sindic la legitimación para “solicitar dictamen” al Consejo de Garantías sobre esas iniciativas legislativas y decretos “cuando regulen derechos reconocidos por el presente Estatuto”. Esta competencia se asemeja a la capacitación procesal del Defensor del Pueblo estatal para presentar recursos de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional (arts. 162-1º de la CE y 32-1º-b de la LOTC). La diferencia estriba en la naturaleza “preventiva” del control que se ejerce en uno y otro caso. Además, de los términos del Estatuto se puede deducir que la secuencia temporal de esa fiscalización opera en una etapa anterior a la aprobación por el Parlamento autonómico de los proyectos y proposiciones de ley; en este punto se diferenciaría del antiguo recurso previo de inconstitucionalidad, mecanismo con el que se detenía la entrada en vigor de normas con rango de ley una vez habían sido ya aprobadas en sede parlamentaria.

La legitimación del Sindic para impulsar ese tipo de fiscalización con efectos jurídicos “paralizadores” abarcaría cualquier propuesta legislativa (gubernamental o parlamentaria) que “regule” derechos estatutarios. Esta expresión resulta –creemos- más restrictiva desde el punto de vista del objeto normativo. Mientras que el artículo 76-4º atribuye una competencia genérica al Consejo de Garantías que abarca desde la normativa de “desarrollo” a la simple “afectación” (de los derechos estatutarios), el precepto que autoriza la intervención del ombudsman

autonómico reduce por el contrario esa iniciativa a la primera (si se interpretan como sinónimos “desarrollo” y “regular”. Parece por tanto que sólo serían leyes de la Comunidad que contengan el régimen jurídico general de cada derecho las que podrían ser susceptibles de este tipo de control con efectos jurídicos por impulso del Sindic de Greuges. El Estatuto lógicamente no entra en ese nivel de detalle. El Sindic tendrá oportunidad de “personarse” en el procedimiento que se arbitre para acceder al Consejo de Garantías Estatutarias, y exponer allí los argumentos de posible “antiestatutarietà” –o inconstitucionalidad- de una iniciativa legislativa. Cabe presumir que la primera opción (posible vulneración de un derecho estatutario) seguramente provocaría de manera casi automática una contradicción con el derecho “equivalente” consagrado en la norma fundamental.

No obstante, al ser el catálogo constitucional de derechos más amplio que el estatutario desde el punto de vista del número de derechos proclamados, puede darse perfectamente el caso de que la iniciativa legislativa contradiga eventualmente alguno de los derechos o libertades constitucionales que carecen de parangón en el Estatuto catalán. De este modo, no está muy claro si el Sindic podría intervenir solicitando la supervisión del Consejo, en la medida en que el enunciado del artículo 78-3 es bastante explícito y se inclinaría hacia una interpretación en contrario: el Sindic puede solicitar dictamen al Consejo “...cuando regulan derechos reconocidos por el presente Estatuto”. Desde esta versión excesivamente formalista -con la que no estamos de acuerdo- sería cuanto menos paradójico. El Sindic estaría habilitado para proteger a los derechos constitucionales frente a la Administración autonómica, pero no para promover un control *de constitucionalidad* de aquellas leyes que amparan esa misma actuación de los poderes públicos de la Comunidad, en el caso de que los derechos afectados no fuesen alguno de los reconocidos en el Título Primero del Estatuto.

De cualquier forma, la legitimación para acceder al órgano encargado de fiscalizar la *estatutoriedad* de las iniciativas legislativas que llegan al Parlamento autonómico no sólo supone una novedad importante en su estatus funcional, sino también un cambio de naturaleza en cuanto al tipo de control que puede llegar a ejercer. Este último, y hasta la reforma estatutaria del 2006, se ajustaba al patrón competencial de un clásico Ombudsman, encargado fundamentalmente de supervisar la actuación de los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma, con un parámetro de fiscalización netamente constitucional (derechos fundamentales y libertades públicas; artículo 35, Estatuto de Autonomía de 1979).

Se plantea por tanto una concepción realmente novedosa de este tipo de Comisionado Parlamentario, en la que la propia institución que lo designa puede ser sometida a un control –impulsado por el mismo Sindic- con resultados

jurídicamente vinculantes. Sin disponer de un poder decisorio efectivo, sin embargo el papel que cumple ya no se limita a sugerir, o proponer como mucho, aquellas reformas legislativas necesarias para dar respuesta a demandas ciudadanas. La incidencia que tiene en la labor legislativa esa legitimación ante el Consejo de Garantías Estatutarias cambiará además con seguridad la forma de entender su relación con el Parlamento de la Generalidad. De actuar como “magistratura de persuasión” ante la Administración autonómica pasa a ser una institución con capacidad para bloquear la función normativa del legislador, cuando ésta pueda afectar negativamente a los derechos reconocidos en el nuevo Estatuto. La justificación de esta inédita potestad radica justamente en la atribución que se le otorga como institución garante del ejercicio de esos derechos de la ciudadanía.

El principal riesgo que puede conllevar esta legitimación “procesal” para instar el examen de estatutoriedad de iniciativas legislativas o decretos leyes radica en su potencial instrumentación por parte de las minorías políticas, que en principio no estarían habilitadas –al menos desde el punto de vista estatutario– para promover esa clase de control político-normativo, y que quizás encuentren en el Sindic un vehículo adecuado para, de manera indirecta, ejercerlo contra la mayoría gubernamental de la Asamblea. Si sucediera de este modo caducaría inevitablemente la percepción social de neutralidad que sostiene la legitimidad de cualquier ombudsman en el ejercicio de una función que carece de adscripciones ideológicas, aunque no de asepsia valorativa cuando se trata de tutelar derechos y libertades.

La disposición transitoria primera completa el sistema de control de estatutoriedad de las leyes autonómicas, al marcar un plazo de dos años para adaptar las normas con rango de ley, vigentes en el momento de su entrada en vigor, a las nuevas previsiones estatutarias sobre derechos, marcado incluso un plazo perentorio para realizar esa operación (dos años). El párrafo segundo de esa misma disposición reconoce además la facultad del Sindic (junto a la de los grupos parlamentarios, parlamentarios y el propio Gobierno) para dirigirse al Consejo de Garantías y solicitar un dictamen –en el mismo plazo (dos años) para comprobar la adecuación al nuevo Estatuto de las leyes y normas con rango de ley, antes de su entrada en vigor. En este caso, el dictamen del Consejo no tendrá valor vinculante, si bien se permite formular recomendaciones al Parlamento y Gobierno a fin de conseguir esa compatibilidad estatutaria. La interpretación que puede hacerse de esta última cláusula del Estatuto del 2006 apunta hacia la creación de un período transitorio en el que tanto la legislación autonómica vigente como la que se pueda aprobar en ese período (dos años) queda sujeta a una fiscalización relativamente efectiva por parte del Consejo, limitada a la posibilidad de sugerir modificaciones legislativas o derogaciones de leyes que no se acomoden a los derechos del Título I. Sin embargo la obligación de adaptarse a los mandatos

estatutarios de este catálogo, al igual que la temporización que se impone a la vigencia de las normas incompatibles con aquéllos, carecen de un instrumento efectivo para ser garantizados.

3. La Oportunidad Perdida En La Nueva Versión Estatutaria Del Defensor Del Pueblo Andaluz

El otro caso más destacado en el análisis de las reformas aprobadas recientemente es del nuevo Estatuto andaluz. Pero para comprender mejor el resultado que ha tenido esta revisión de la norma estatutaria aprobada en 1981 quizás sea conveniente recordar la propuesta presentada por el mismo Defensor andaluz a la Asamblea Legislativa autonómica, durante la fase inicial el proceso de tramitación parlamentaria (Noviembre, 2004)⁷. Sin detenernos ahora en el interés que manifestó sobre la necesidad de incorporar una sección estatutaria dedicada al reconocimiento de un catálogo de derechos de los andaluces, la concepción que patrocinó el Defensor del Pueblo andaluz respecto al proceso de estatutorización de esta institución implicaba por lo pronto un grado de precisión regulativa mucho mayor respecto del anterior Estatuto y también del texto que sería definitivamente aprobado⁸.

En aquel planteamiento sobresalían algunas novedades interesantes, que sin embargo luego no fueron acogidos durante la tramitación parlamentaria posterior. Uno de los más significativos es el que se refiere a la incorporación en la máxima norma de la Comunidad de la mayoría necesaria para su designación (tres quintas

-
- 7 El enunciado de aquella propuesta contenía rezaba del siguiente modo:
“1. El Defensor del Pueblo Andaluz es un Comisionado del Parlamento de Andalucía, designado por éste, para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en la Constitución y en este Estatuto.
2. En el ejercicio de sus competencias podrá, entre otras actuaciones, supervisar la actividad de las Administraciones Públicas Andaluzas en los términos que se establezcan en la Ley, dando cuenta al Parlamento de Andalucía.
3. El Defensor del Pueblo Andaluz, en el cumplimiento de la misión que tiene encomendada, podrá dirigirse a las autoridades, instituciones y organismos de todas las Administraciones Públicas con sede en el territorio andaluz.
4. El Defensor del Pueblo Andaluz será designado por mayoría cualificada de las tres quintas partes de los miembros del Parlamento y por un periodo de cinco años.
5. El Defensor del Pueblo Andaluz gozará en el ejercicio de su cargo de las garantías que se otorga a los Diputados del Parlamento de Andalucía en este Estatuto. Estas garantías serán también aplicables a sus Adjuntos durante el ejercicio de sus funciones.”
- 8 Un examen detallado de las propuestas que se elevan al Parlamento de Andalucía desde la propia institución se encuentra en J.Chamizo de la Rubia. *Aportaciones del Defensor del Pueblo Andaluz para la incorporación de los derechos sociales al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. En *Nuevas Políticas Públicas*, nº 2, *Los derechos sociales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.

partes de la Asamblea), con lo que se pretendía dar una estabilidad a una regla que ya estaba prevista en el artículo 2-5º de la Ley 9/1983, reguladora de esta misma institución. Lo mismo sucedía con el período de duración del mandato (cinco años), dato que silenciaría igualmente el Estatuto aprobado en 2007.

De menor entidad es la diferencia que existía en el tema del ámbito de proyección de la función de control del Defensor del Pueblo. En este punto nos parece mucho más definida la que proponía éste, cuando subrayaba la competencia para dirigirse a *las autoridades, instituciones y organismos de todas las Administraciones Públicas con sede en el territorio andaluz* (el subrayado es nuestro). Frente a esta redacción, la fórmula utilizada por el vigente artículo 128 resulta –a nuestro entender– más abstracta (...*la actividad de las Administraciones Públicas de Andalucía...*), si bien esa mayor indeterminación no debería ser obstáculo para una interpretación favorable a la máxima proyección en el ejercicio de esa función por el Defensor del Pueblo andaluz.

El actual Estatuto de Autonomía otorga a esta institución el rango y naturaleza de institución fundamental del autogobierno. Se supera así una cierta condición de “apéndice” institucional que tenía en el primitivo Estatuto, cuyo artículo 46 situaba paradójicamente al comisionado parlamentario autonómico dentro del marco regulativo del poder ejecutivo de la Comunidad (Capítulo III del Título II, dedicado al Consejo de Gobierno Consejo), fuera por tanto de su ubicación natural (Capítulo II sobre el Parlamento de Andalucía). En el nuevo articulado se localizan dos referencias normativas sobre el Defensor del Pueblo andaluz. La primera de ellas, dentro del capítulo sobre “Garantías estatutarias” de los derechos proclamado en el Título I (art. 41). Esta ubicación resulta totalmente lógica, además de indicativa de la finalidad esencial que desempeña esta institución. La segunda se enclava en el capítulo reservado a otras instituciones del autogobierno que complementan la estructura organizativa fundamental de la Comunidad Autónoma, esto es, junto a la regulación estatutaria básica del Consejo Consultivo, la Cámara de Cuentas, el Consejo Audiovisual y el Consejo Económico y Social.

Del examen de la nueva regulación no se puede obtener una visión demasiado optimista sobre la capacidad que puede tener el Estatuto para conseguir una cierta innovación y mejora funcional de la institución. El contenido de los preceptos antes mencionados viene a ser esencialmente una “clonación” de la anterior normativa estatutaria; las variaciones con respecto a ésta –y su posterior desarrollo legislativo– son demasiado insustanciales como para prever un reforzamiento de las capacidades del Defensor en el cometido que se le ha asignado: la defensa de los derechos constitucionales y estatutarios. Los dispositivos e instrumentos con los que contaba hasta ahora para llevar a ese objetivo siguen siendo los mismos, al menos en un plano estatutario. No obstante creemos que se refuerza en cierto

modo su estatus institucional, superando así la excesiva subordinación al poder legislativo autonómico, en la que incurría el Estatuto originario al remitir a una ley su creación y puesta en funcionamiento. Ahora se trata de una institución que basa su existencia en una decisión del poder estatuyente.

El ámbito de proyección de la actividad del DP andaluz -al igual que el Estatuto catalán- se cifra en dos vertientes esenciales y no independientes totalmente: los derechos constitucionales y los derechos estatutarios consagrados en el nuevo Título I. Serán estos últimos los parámetros básicos y prioritarios de la fiscalización que realice el Defensor de la actividad administrativa ⁹. Ese bloque de preceptos contiene no sólo derechos strictu sensu, sino también algunas “libertades”, y sobre todo un número considerable de “principios rectores” de las políticas públicas. La comprensión razonable de aquella mención debe extenderse, pues, al conjunto de derechos, libertades y mandamientos dirigidos a los poderes públicos que allí se regulan.

Por tanto, queda claro de esta regulación estatutaria la facultad del Defensor de utilizar como canon de evaluación, no sólo los derechos reconocidos en la esfera legislativa sino también los que derivan y tienen su fundamento en el Estatuto de Autonomía. En algunos casos se trata de derechos subjetivos que han sido creados directamente por expresa decisión del poder estatuyente. Podemos incluir en este grupo a algunos derechos específicos en materia de salud (libre elección de médico y de centro sanitario, derecho a disponer de una segunda opinión facultativa, art. 22-2º-b y h) o de enseñanza (gratuidad de los libros de texto en centros sostenidos con fondos públicos, art. 21-5º).

En todo caso, el funcionamiento que ha tenido durante estos últimos años pone en evidencia la inexistencia, en realidad, de ámbitos materiales de la actuación pública ajenos a la intervención del Defensor del Pueblo andaluz, en especial cuando se han visto afectados por aquélla el ejercicio individual o colectivo de cualquier derecho constitucional. Por lo tanto, la lectura que puede hacerse de los preceptos estatutarios no es tanto la ampliación de la competencia fiscalizatoria del Ombudsman autonómico hacia campos inéditos o novedosos, cuanto más la intensidad de ese control sobre lo que podríamos considerar como prioridades estatutarias. En efecto, en el Título I se han marcado implícitamente un “catálogo” de compromisos preferenciales de la Comunidad, de cuyos posibles incumplimientos por parte de los poderes públicos autonómicos deberá dar cuenta el Defensor.

9 Vid. G.Ruiz-Rico Ruiz. *Possibilidades que plantea el proceso de reforma estatutaria en relación con la garantía y tutela de los derechos sociales*. En AAVV., *Jornadas sobre reformas estatutarias, derechos sociales y Defensores del Pueblo autonómicos*. Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2006.

En cuanto a los métodos de intervención que señala el Estatuto para el ejercicio de esa función no existen tampoco grandes novedades, limitándose a señalar que aquella consistirá en la supervisión de las Administraciones Públicas de Andalucía. Quedan fuera de la esfera de control –al menos formalmente- las iniciativas legislativas parlamentarias, como las normas legislativas gubernamentales (decretos leyes y decretos legislativos) que han sido incorporadas por primera vez al sistema de fuentes del ordenamiento andaluz (art. 109 y 110). En este punto conviene subrayar que al excluir este tipo de disposiciones normativas puede escapar a la fiscalización del Defensor un espacio normativo de considerable importancia para garantizar –o quizás lo contrario- el ejercicio de los derechos estatutarios; su intervención sólo será posible en la fase de implementación o ejecución administrativa.

El Estatuto introduce una novedad, tanto terminológica como en cuanto al ámbito institucional sobre el que puede actuar el Defensor. Mientras que el artículo 46 del texto aprobado en 1981 se refería a la “*Administración autonómica*”, el actual y vigente artículo 128 emplea una expresión diferente –“*las Administraciones Públicas de Andalucía*”- en donde tendrían cabida cualquier órgano o entidad administrativa (no estatal) de carácter territorial o institucional. La modificación estatutaria, por tanto, no es sólo de carácter semántico, si bien la repercusión real y efectiva de aquella no resulta demasiado significativa, ya que se están utilizando desde hace tiempo criterios flexibles por el Defensor andaluz a la hora de supervisar otras Administraciones diferentes de la propiamente autonómica, y en especial su incidencia es indudable en la fiscalización de la Administración local radicada en Andalucía. En este sentido conviene recordar la necesidad –mucho más imperativa a partir de la aprobación de algunos Estatutos de Autonomía recientemente reformados (Cataluña, Andalucía)- de someter a revisión la Ley 36/1985 que regula las relaciones del defensor del Pueblo estatal con los Comisionados parlamentarios de las CCAA. Existe una evidente incompatibilidad entre el régimen de colaboración y coordinación previsto en el artículo 2 de esa Ley con las nuevas previsiones autonómicas. En este precepto se constata todavía una orientación hegemónica de las facultades que tendría el Ombudsman nacional en el control de la Administración local, ya que circunscribe la posibilidad de supervisión de sus homólogos regionales únicamente a las actuaciones de aquella en el ejercicio de competencias delegadas por la Administración autonómica (art. 2, Ley 36/1985), con una puntualización bastante indicativa de una predisposición jerárquica: “sin mengua de lo establecido en cuanto a facultades del Defensor del Pueblo por la CE y la Ley Orgánica 3/1981”.

El carácter compartido -se declara, ahora sí de forma explícita, “en régimen de cooperación”- de la fiscalización sobre esta Administración territorial tiende a desaparecer con las últimas normas estatutarias, que prenden sustituir el clásico ya principio de “bifrontalidad” por una regulación fundamentalmente autonómica del régimen local ¹⁰. De ese desequilibrio en perjuicio del protagonismo del ordenamiento estatal cabe inferir el fundamento de una “exclusividad” en el control de los Comisionados autonómicos sobre los entes locales radicados en el territorio de la Comunidad. Desde una perspectiva constitucional no creemos que existan inconvenientes para aceptar esta solución, ya que el artículo 54 de la norma fundamental se refiere sólo a la “Administración”, sin especificar concretamente la dimensión institucional o territorial que deba tener aquella que deba ser objeto de vigilancia por el Defensor nacional. Por otro lado, los Estatutos parece que sólo han intentado delimitar jurídicamente el campo institucional sobre el que los Defensores de las CCAA están funcionando de hecho, evitando así una regulación distanciada de su experiencia real.

La conveniencia –si no necesidad- de reformar la Ley de 1985 resulta palmaria ahora en lo que respecta a la facultad de supervisión de las Administraciones autonómicas, todavía atribuida con carácter compartido por esa norma entre el Defensor nacional y los Defensores autonómicos. El régimen de cooperación y la “alternatividad” señalada en aquella norma legislativa contradicen de forma clara la *exclusividad* con que esta competencia se está atribuyendo a estos últimos, sea de forma explícita –como sucede en el estatuto catalán- o implícitamente, tal y como parece deducirse sin dificultad de los Estatutos de Autonomía.

El artículo 128-3º se refiere a la colaboración entre ambos Comisionados – estatal y autonómico- en forma de mandato teóricamente vinculante (“*colaborarán en el ejercicio de sus funciones*”). La virtualidad que tiene esa prescripción es relativa, ya que su alcance efectivo repercute, en todo caso, en la actividad del Defensor andaluz, el cual deberá intentar poner en práctica mecanismos y fórmulas de colaboración con su homólogo nacional. Por otro lado, no se han contemplado en el nuevo Estatuto para Andalucía indicadores que permitan delimitar las materias o esferas administrativas donde esa cooperación será necesaria; una cuestión más que queda abierta y a disposición del legislador autonómico. La “disponibilidad legislativa” se extiende asimismo a cuestiones tan importantes como el sistema de designación del Defensor del Pueblo autonómico. El Estatuto aporta una novedad en cuanto a la exigencia de una “*mayoría cualificada*” indeterminada, que no había

10 La extensión de la potestad de supervisión del Defensor autonómico sobre la Administración local radicada en la Comunidad se empieza a reconocer en las leyes que regulan esta institución de Baleares y Castilla León. En esta última, la reforma que se aprobó de la Ley del Procurador del Común contempló la posibilidad de que controlara las entidades locales en las materias no sólo “delegadas” o “trasferidas” desde la Comunidad, siempre que ésta tuviera algún tipo de competencia sobre ellas.

sido objeto de regulación por el primitivo texto estatutario; actualmente, la Ley 9/1983 establece esa *cualificación* en las tres quintas partes del Parlamento (art. 2-5º), con lo que se cumple perfectamente la condición impuesta por el artículo 128-2º del Estatuto del 2007. No obstante, queda un margen de maniobra para el legislador autonómico, el cual podría situar ese nivel de apoyo parlamentario en una mayoría superior (dos tercios); o bien incluso rebajarla (mayoría absoluta) –este sería por consiguiente el único límite implícito impuesto por el Estatuto-, en función de las dificultades que plantee una hipotética fragmentación o polarización política en la clase política con representación parlamentaria.

En contraste con la propuesta regulativa del Estatuto de Cataluña, en la norma estatutaria andaluza no se van a formular los principios fundamentales del funcionamiento de la institución. Frente a la recepción estatutaria en el segundo de los presupuestos elementales del funcionamiento y las relaciones del Comisionado parlamentario autonómico (autonomía, imparcialidad, independencia, autonomía reglamentaria, organizativa, funcional y presupuestaria), el Estatuto de Andalucía ha optado por omitir cualquier referencia a esos principios generales. La valoración de este silencio normativo no puede ser sino negativa. Más aún cuando el estatuyente no ha tenido reparos en reconocer explícitamente esa misma autonomía e independencia a otras instituciones del autogobierno - Consejo Consultivo, Consejo Audiovisual (artículos 129 y 131, respectivamente)- posiblemente más condicionados de hecho desde el punto de vista organizativo y funcional por una cierta “dependencia política”. Creemos que de esta forma no se ha valorado suficientemente la importancia que tiene su autonomía funcional. En efecto, la independencia es un elemento clave en el que se apoya su “autoridad moral” y la legitimación social de una institución de esta naturaleza. Por este motivo, el reconocimiento en el plano estatutario de estos principios no es una cuestión de simple “énfasis jurídico”. Su relevancia no es puramente teórica o conceptual, sino que, por el contrario, incide de manera exponencial en las relaciones inter-institucionales que despliega el omdusman con los órganos de la Administración autonómica. Lo mismo puede decirse de la relación de aquél con el propio Parlamento andaluz. En uno y otro caso, la autonomía no sólo es sinónimo de imparcialidad en el ejercicio de una función que afecta al ejercicio de derechos de la ciudadanía, sino también de independencia político-funcional de un poder legislativo, en nombre del cual actúa como Comisionado. La autonomía, como principio estatutario, tendría una efectividad jurídica indudable frente a posibles injerencias de los poderes políticos de la Comunidad, sin excluir tampoco aquellas intromisiones en su libertad de criterio que puedan provenir del mismo Parlamento autonómico; en este sentido, la *lotizzazione* partidista que se emplea ya habitualmente en el nombramiento de los Adjuntos es un ejemplo bien paradigmático del proceso de politización al que se enfrenta en ocasiones

el Defensor del Pueblo andaluz. Esta subordinación a criterios “ideológicos” viene apoyada por una regulación en la Ley de 1983, que condiciona el nombramiento y separación de esos Adjuntos a la “previa conformidad” de la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa (art. 8-2º).

4.- Los modelos autonómicos de los nuevos estatutos de aragon, valencia, baleares y castilla león.

Además de Cataluña y Andalucía, algunas otras Comunidades Autónomas han aprobado recientemente nuevos Estatutos de Autonomía, en los cuales se regula asimismo una institución propia de la naturaleza del Ombudsman. El análisis de estos otros modelos de referencia permite descubrir algunas aportaciones de interés, pero por lo general responden a un principio mimético en relación con los Estatutos que les preceden.

Una de esas particularidades se localiza, por ejemplo, en el nuevo Estatuto de Aragón, que sigue otorgando al Justicia –al igual que el texto originario- una competencia genérica (art. 59) para *“la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación”*, complementada con otra - *“la defensa de este Estatuto”*- que se encuentra en realidad comprendida en la función anterior. Estas atribuciones resultan un tanto extraña a una institución de esta naturaleza; suponen la concepción inédita del ombudsman autonómico como una especie “garante ordinario” del conjunto de normas generadas por la Comunidad Autónoma. Se pierde así la conexión con la finalidad propia y característica de aquel –la protección de los derechos de los aragoneses- al tiempo que se superpone erróneamente a la potestad “natural” de los órganos jurisdiccionales. Se trata, por otra parte, de competencias que no están dotadas después con los medios instrumentales necesarios para poder ser ejercitadas.

El Estatuto de Castilla León del Procurador del Común utiliza un formato tradicional, donde se exponen de forma con un notable grado de generalidad las características funcionales de la institución, y remitiendo al legislador autonómico su posterior concreción normativa. Quizás, sin embargo, el dato que destaca de esta propuesta regulativa sería la atribución, en un mismo plano de intensidad competencial, de las funciones de control sobre la Administración autonómica y la de los entes locales; junto a la de los organismos que dependan de ambas Administraciones. No existe, pues, una diferencia de graduación en la supervisión que ejercerá el comisionado, ni se puede deducir del Estatuto una limitación material basada en el tipo de competencias locales –propias o delegadas y transferidas- susceptibles de ese control.

En el Estatuto de Baleares destaca especialmente un ámbito competencial limitado a la defensa de las libertades y derechos fundamentales (art. 51), pero sin mencionar en ningún momento la posibilidad de intervenir en relación con el catálogo de derechos proclamados en el Título II del Estatuto aprobado en el 2007, donde se contiene un catálogo “regional” de derechos sociales, junto a principios rectores, libertades y derechos de participación.

Finalmente, el Estatuto valenciano va a reconocer esa doble dimensión material en la capacidad de supervisión del Sindic en la defensa de las declaraciones constitucional y estatutaria de derechos, y reconoce indirectamente un campo de actuación en el que quedarían comprendidas todas las Administraciones que operan en el territorio de la Comunidad (art. 43).

5.- La proyección de las declaraciones de derechos estatutarios en las funciones de los defensores del pueblo autonómicos

El análisis de los diferentes modelos de regulación estatutaria sobre los defensores autonómicos pone de manifiesto la escasa modificación que han recibido, por lo general, los diseños institucionales originarios. Siguiendo una tónica casi generalizada en las reformas de los Estatutos de Autonomía en materia organizativa, no se ha revisado en profundidad la concepción y naturaleza con que fueron incorporados a la dimensión estructural de las CCAA. Ahora bien, sí que se observa un reforzamiento o enfatización de su posición como instrumentos de tutela de los derechos no sólo constitucionales sino también y fundamentalmente estatutarios. Por ese motivo, la introducción de amplios catálogos de derechos –en su mayoría de naturaleza social o prestacional– en las normas estatutarias ofrece unos parámetros de referencia, inéditos en buena medida (a salvo de la declaración contenida en el Título Primero de la CE), que van a influir sin duda en la proyección metodológica de la actividad supervisora de los Comisionados parlamentarios autonómicos. Desde estos nuevos cánones normativos se estaría marcando implícitamente una especie de “indirizzo” funcional prioritario y vinculante para el conjunto de los poderes públicos de la Comunidad, incluido lógicamente el propio Ombudsman.

La consecuencia inmediata de esta ampliación dogmática de los Estatutos va a ser el incremento del número de *inputs* o demandas de la ciudadanía dirigidas hacia los Defensores autonómicos, como instituciones sobre las que recae la competencia de fiscalizar la Administración destinataria de aquellos nuevos

mandatos sociales ¹¹. Durante la etapa que se abre a continuación los Defensores van a desempeñar un papel clave en la canalización e impulso de las reformas legislativas que deben ser aprobadas para dar cumplimiento a esos compromisos estatutarios. De esta forma, una de sus principales funciones va a consistir en exigir que se cumplan las determinaciones normativas de las declaraciones de derechos y los objetivos marcados en los catálogos de principios rectores, actuando no sólo como comisionado del órgano que representa a los ciudadanos de la Comunidad, sino también como una especie de mandatario público de esos mismos ciudadanos frente al Parlamento encargado de desarrollar legislativamente sus derechos.

Los Estatutos de Autonomía estarían así elevando el grado de exigibilidad de los derechos reconocidos formalmente como derechos subjetivos. A partir de este reforzamiento de la virtualidad normativa de los preceptos estatutarios que los reconocen, el Defensor autonómico se encuentra en condiciones funcionales más óptimas para apremiar al poder político de la Comunidad en el logro de los fines sociales allí indicados. En este sentido, entonces, actuaría como una instancia efectiva en la inaugurada función de control de estatutoriedad. Evidentemente la operación de fiscalizar el cumplimiento de los dispositivos estatutarios de naturaleza dogmáticos no tiene carácter jurisdiccional; como tampoco parlamentario, ya que a partir de ahora no tiene por qué proyectarse únicamente sobre la actuación administrativa o las disposiciones reglamentarias del Gobierno y Administración autonómicas, repercutiendo igualmente en la eventual pasividad o concepción restrictiva del poder legislativo de la Comunidad a la hora de desplegar normativamente el régimen jurídico de los derechos estatutarios.

El marco jurídico de referencia de los Defensores autonómicos se caracteriza, no obstante, por una notable “inflación dogmática” de principios rectores, fines y derechos de contenido social-prestacional. En efecto, uno de los rasgos más sobresalientes de algunos de los Estatutos aprobados recientemente es la multiplicidad de formulaciones del principio social. Los métodos de presentación responden a diferentes gamas y formas de positivación: objetivos fundamentales, derechos subjetivos y colectivos, principios rectores de las políticas públicas, principios programáticos estatutarios. Ciertamente la variedad de formatos no contribuye demasiado a la determinación real de su eficacia normativa, y de alguna manera autoriza implícitamente graduaciones en el nivel de cumplimiento de los preceptos estatutarios; esto último puede dificultar por otro lado el éxito

11 Vid. A.Porras Nadales. *Retos del Defensor del Pueblo Andaluz ante el nuevo Estatuto de Autonomía*. Texto de la ponencia presentada en las *Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz ante los nuevos retos que plantea el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía en el ámbito de la protección de los derechos sociales*. Parlamento de Andalucía, Sevilla, Mayo 2007. Del mismo autor, *La posición estatutaria del Defensor del Pueblo Andaluz*. En AAVV., *Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz*. Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2002.

que tengan las recomendaciones y advertencias del Defensor a las autoridades competentes en materia social. La actuación de la Administración no quedaría deslegitimada del todo, desde el punto de vista estatutario, si cumple a medias con alguna de esas nuevas dimensiones finalistas, aunque sin alcanzar el nivel idóneo de vinculatoriedad que supondría su plasmación en forma de derechos individuales de configuración legal o reglamentaria.

Frente al riesgo de una posible “petrificación” del modelo de bienestar autonómico que conlleva la determinación, a veces con un considerable grado de precisión, de las medidas sociales previstas en el Estatuto, la parte positiva de esta “positivación estatutaria” es la posibilidad de consolidar de manera efectiva unos niveles prestacionales mínimos u óptimos. Estos últimos pueden servir a su vez de indicadores de referencia que facilitan la labor de los Defensores autonómicos, al marcar con claridad unos estándares sociales que en ningún caso deberían ser reducidos por el legislador y la Administración Pública.

Al analizar las garantías diseñadas por los Estatutos de Autonomía para asegurar el ejercicio de los derechos allí proclamados podemos comprobar, en primer lugar, la ausencia de novedades sustanciales en cuanto al tipo de instrumental que cabe activar frente a eventuales incumplimientos o vulneraciones de aquéllos. Se trata, pues, de mecanismos articulados para la defensa de los derechos constitucionales por la norma fundamental. No obstante, seguramente la diferencia cualitativa radica en el hecho de que se haya previsto su aplicabilidad a una categoría de derechos –los derechos sociales- que carecían en su mayoría (a salvo de la educación y la libertad sindical) de un nivel de protección adecuado en la esfera constitucional. El mimetismo entre los sistemas de tutela estatal y autonómicos se amplía por tanto al catálogo de derechos sociales estatutarios. De este modo, se repiten para éstos las garantías denominadas “genéricas”, entre las cuales cabe citar en primer lugar el carácter *vinculante*, explícitamente declarado como reforzamiento potencial de su virtualidad normativa ante el legislador encargado de establecer la regulación esencial del ejercicio de estos derechos. A continuación se menciona la existencia de *contenido* que, aunque no se adjetiva como “esencial” –quizás para evitar una identificación plena con lo dispuesto en el artículo 53-1º de la CE- debe comprender, no obstante, una esfera básica o mínima de satisfacción que queda fuera de la disponibilidad del poder político autonómico.

La principal dificultad de este sistema –inédito hasta este momento- de “garantías estatutarias” se centra en la falta de determinación o configuración de los recursos instrumentales con los cuales se llega a asegurar su cumplimiento, o bien es posible reaccionar contra posibles vulneraciones de los derechos estatutarios. En este punto fracasa la analogía con el modelo constitucional de protección de derechos, donde se implantaron métodos procesales para controlar

la adecuación de la producción normativa (legislativa y reglamentaria) a los dictados de la norma fundamental. Por el contrario no existe a nivel autonómico –después de las reformas estatutarias- un medio equiparable a los mecanismos (jurisdiccionales y *normativos*) que aquí se pueden emplear en el ejercicio de la función de control de constitucionalidad. El que ya se ha bautizado con el seudónimo de *control de estatutoriedad* todavía se encuentra en una etapa germinal, con escasas posibilidades de fructificar si no cuenta con la colaboración imprescindible del legislador orgánico estatal para instaurar algún *vehículo* o tratamiento procesal adaptado a la singularidad jurídica de la nueva categoría de derechos.

Es justamente en este ámbito jurisdiccional donde queda en evidencia la debilidad –como no podía ser de otro modo- de la fiscalización contra posibles lesiones e incumplimientos que afectan a los derechos estatutarios. Tanto en el Estatuto de Andalucía como en el de Cataluña –en el resto no se contienen este tipo de previsiones- la protección jurisdiccional se circunscribe a los “actos” de los poderes públicos de la Comunidad. La mención es lo suficientemente explícita como excluir forzosamente de su ámbito objetivo tanto a las normas legislativas, como también –e incomprensiblemente- a las reglamentarias o administrativas dictadas por la Administración autonómica

Además de estas limitaciones funcionales en el plano jurisdiccional para controlar al legislador y ejecutivo autonómicos, no parece que sea lógico atribuir a la justicia ordinaria la garantía esencial para el ejercicio de los derechos sociales. La decisión definitiva sobre su grado de satisfacción corresponde al poder político, el único que dispone de medios y capacidad normativa en la fijación del régimen jurídico de una serie de derechos que se miden “en positivo”. Sin embargo, esto no significa que la intervención jurisdiccional sea imposible o inoperativa; se pueden llegar a producir vulneraciones “en negativo” de estos derechos sociales o prestacionales, desde interpretaciones excesivamente restrictivas o reduccionistas que resultarían en todo caso susceptibles de un cierto control judicial.

Así pues, los DPA podrán encontrar en este nuevo marco estatutario posibilidades inéditas de actuación. La fiscalización, de un lado, de incumplimientos por omisión o pasividad de los poderes públicos, cuando se ha señalado unos objetivos o mínimos prestacionales que deben ser garantizados en todo momento. En segundo término, el control del Defensor se proyectaría no sólo sobre la materialización de un conjunto de prestaciones sociales, sino de igual modo sobre la “calidad” y eficiencia de aquéllas, de manera que se alcance el nivel óptimo previsto en el Estatuto; en este sentido, hay que recordar que muchos de los derechos sociales reconocidos en la esfera estatutaria suponen un avance significativo respecto de una formulación excesivamente abstracta que reciben en la norma fundamental del Estado.

Resulta significativo que en el Estatuto de Andalucía se imponga una condición suplementaria al ejercicio por el Parlamento autonómico de su potestad de desarrollo legislativo. De acuerdo con lo dispuesto en su artículo 38, el legislador tiene la obligación de determinar “*las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos*”. A esta exigencia sustancial para asegurar el cumplimiento de los mandatos sociales estatutarios se añadiría la que el artículo 40 ha previsto igualmente en materia de principios rectores, esto es, “*la garantía de una financiación suficiente*”, junto a “*la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas*”. El reconocimiento de una metodología concreta para desplegar normativamente el catálogo de derechos y principios sociales evita en buena medida el riesgo de dar por concluidos los objetivos estatutarios mediante leyes únicamente *declarativas*, privadas de mecanismos procesales y financieros con los que hacerlos exigibles por los ciudadanos como derechos subjetivos de configuración legal.

Las condiciones anteriormente referidas vienen a reforzar la operatividad de la actividad fiscalizatoria del Ombudsman en relación con el Parlamento autonómico, en la medida en que definen un canon de evaluación sobre la estatutoriedad de la ley inexistente anteriormente, con unas inevitables implicaciones políticas (Andalucía) o jurídicas (Cataluña). En todo caso, lo que resulta fácil deducir del catálogo y sistema de garantías de los derechos estatutarios es la idoneidad de una institución como ésta para hacer un seguimiento y control de la realización de las metas de contenido social. En efecto, una institución de esta naturaleza y funciones previsiblemente se va a convertir en un foco de atención de las emergentes demandas sociales que surgirán a raíz de ese amplio programa social y prestacional contenido en los Estatutos (A.Porrás). Ciertamente también que esta es una situación en la que ya tienen experiencia los Defensores autonómicos, verdaderos impulsores de reformas legislativas paralela o alternativamente a las que emergen desde instancias gubernamentales y parlamentarias. Sin embargo, con el incremento de esta acción *propositiva* en el plano legislativo se corre el riesgo de instrumentalizar o manipular al Ombudsman para alcanzar resultados que, de otro modo, se canalizarían a través de las iniciativas promovidas por los actores políticos legitimados para ello en la esfera parlamentaria.

La neutralidad ideológica y la autonomía funcional de esta institución representan un aval de legitimación añadido con el que aumentan las probabilidades de éxito para aprobar reformas legislativas, al eludir la tradicional confrontación dialéctica en el seno de la Asamblea entre mayoría gubernamental-oposición. Además, desde el punto de vista de su “*accesibilidad*”, el Defensor actúa como verdadero *mediador social* con las instituciones que detentan el poder político dentro de la Comunidad, y por esta razón corre el peligro de ser utilizado como el canal “*alternativo*” a los habituales y lógicos de cualquier democracia parlamentaria. No obstante, se trata

de una función que no tiene por que resultar incompatible con la participación de los ciudadanos en los circuitos institucionales tradicionales de aquélla, sea mediante la introducción de una etapa más en el procedimiento de elaboración de las leyes, o articulando fórmulas eficaces de colaboración administrativa¹².

Los Defensores autonómicos pueden contribuir en adelante a consolidar el recién inaugurado control de estatutoriedad. El modelo de garantías estatutarias carece de efectos jurídicos vinculantes para los sujetos obligados a la materialización de los objetivos sociales marcados en ese nivel superior del ordenamiento de la Comunidad; la única excepción a esta regla general se localiza en el sistema implantado en Cataluña con el Consejo de Garantías Estatutarias, cuyos dictámenes resultarán vinculantes en materia de derechos para el legislador autonómico (art. 76-4º). Frente a este modelo, la ley andaluza que regula la institución otorga por el momento al Defensor del Pueblo una tímida facultad para “sugerir” al órgano legislativo competente –o a la Administración- modificaciones de las normas que estén provocando situaciones injustas o perjudiciales para los administrados (art. 28-2º, Ley 9/1983). Pero la ausencia de ejecutividad o vinculatoriedad en las facultades del Comisionado no es un obstáculo insuperable para reconocer la implícita labor de *impulso parlamentario* que su intervención puede tener de cara a una posible “reprogramación legislativa” del Gobierno. Por otro lado, se cuenta ahora para realizar esta función con unos parámetros de referencia estatutarios –carácter vinculante y contenido (esencial)- que permiten delimitar la discrecionalidad del legislador a la hora de desarrollar normativamente el catálogo de derechos.

Dentro del “emergente” sistema de control de estatutoriedad, el Defensor se puede llegar a convertir en un intérprete esencial del Estatuto y en especial del catálogo de derechos que éste contiene. De una parte, porque su conexión directa con el sistema social le otorga una situación privilegiada como *espejo institucional* en el que se reflejan las prioridades que marca la ciudadanía en el proceso de realización de los objetivos estatutarios; pero esa condición resulta especialmente relevante además cuando se trata de controlar su implementación a través de la producción legislativa y administrativa elaborada por los poderes públicos de la Comunidad. El control de estatutoriedad podría eventualmente llevarse a cabo de forma indirecta, con la colaboración del Defensor nacional. Este último posee una prerrogativa que le permite impugnar ante la jurisdicción constitucional normas con rango de ley que vulneren los derechos consagrados por la CE. El mimetismo en lo sustancial entre las declaraciones de derechos constitucional y estatutarias es un indicio evidente de la derivación y conexión incuestionable que existe entre ambos catálogos; los derechos estatutarios se integran en el contenido esencial

12 Supuestos que ejemplifican bastante bien estos sistemas suplementarios de participación ciudadana serían los contenidos en los artículos 113 y 134 del nuevo Estatuto de Andalucía.

de los derechos constitucionales. De este modo, una restricción desproporcionada de cualquiera de los primeros puede considerarse al mismo tiempo como una potencial vulneración del derecho constitucional “homólogo”. Partiendo de esta premisa - la superposición de las nociones de ilegitimidad y antiestatutoriedad- los Omdusman autonómicos estarían en condiciones de impulsar –previa solicitud al Defensor el Pueblo estatal- un mecanismo de control de estatutoriedad ¹³.

Una de las novedades introducidas en materia de garantías consiste en la implantación –teóricamente ex novo- de un sistema de control judicial de las posibles *desviaciones estatutarias* del Gobierno y Administración autonómicos, prevista expresa y únicamente para impugnar aquellos actos que vulneren los derechos reconocidos por los Estatutos; precisamente los aprobados en Cataluña y Andalucía (artículos 95-1º y 140-1º, respectivamente) atribuyen a los Tribunales de Justicia que actúan en cada una de esas dos Comunidades la competencia –y a la vez obligación- de tutelar los derechos que allí se reconocen. La importancia que puede llegar a cobrar la futura implantación de un proceso específico –o una función jurisdiccional específica- para la tutela de los derechos estatuarios aconseja sin duda algún tipo de legitimación del defensor autonómico ante los tribunales de justicia. Se trataría con ello de atribuirle una facultad equivalente a la que se le concede a nivel estatal al Defensor del Pueblo nacional para incoar la actuación judicial frente a violaciones que sufran los derechos constitucionales (art. 162-1º-b, CE) ¹⁴.

-
- 13 Hasta el momento esa posibilidad de instar del Defensor estatal la presentación de recursos de inconstitucionalidad, contra disposiciones normativas emanadas del Parlamento y del Gobierno, quedaría circunscrita materialmente a las posibles vulneraciones por aquéllas de alguno de los derechos consagrados en la norma fundamental. La introducción de un catálogo complementario de la declaración constitucional de derechos abriría –a nuestro juicio- la dimensión normativa de la cooperación entre las instituciones -nacional y autonómicas-, hoy delimitada por los derechos y libertades reconocidos en el Título Primero de la Constitución (art. 2-1º, Ley 36/1985); y en consecuencia establecería un nuevo campo susceptible de control jurisdiccional por el TC al que no podrían ser ajenos ninguno de aquéllos.
- 14 De acuerdo con Anguita Susi, la utilización -o impulsión indirecta - del recurso de amparo, como vía alternativa para la tutela de derechos, debería tener en todo caso carácter residual, y se activaría únicamente en aquellos casos en que los afectados estuvieran en una especial situación de sujeción o indefensión. Vid. *La tutela de los derechos por los defensores del pueblo autonómicos en España*. Comunicación presentada al Convenio de la Universidad de Cassino *La tutela dei diritti fondamentali nello Stato delle autonomie*, Noviembre, 2007; del mismo autor, *Defensor del Pueblo Andaluz y la tutela de los derechos fundamentales: medios, mecanismos y procedimiento*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.

3.2 PONENCIA: “NUEVA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO FUNCIONAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. DERECHOS SOCIALES Y CONTROL DE DEMANDAS”. ANTONIO PORRAS NA DALES. CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE SEVILLA

1. El nuevo marco estatutario

La oleada de reformas estatutarias de la última legislatura parece haber contribuido indirectamente a reforzar la centralidad funcional de los defensores del pueblo; al menos en la medida en que una de sus principales innovaciones consiste en la introducción de amplias declaraciones de derechos que se sitúan de lleno dentro del espectro de los derechos sociales o de prestación, implicando en consecuencia considerables desafíos en orden a asegurar su vigencia efectiva.

Unos desafíos que se acrecientan si consideramos que, por ahora, las líneas jurisprudenciales marcadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 247/2007 sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana parecen incidir en afirmar la naturaleza programática o finalista de tales derechos, requiriendo de la posterior actividad legislativa de los parlamentos autonómicos para adquirir su auténtica dimensión subjetiva y su fuerza vinculante. Lo que significa en definitiva que la gran expansión declarativa de los nuevos textos estatutarios sigue dejando abierta una gran brecha problemática en lo que se refiere a los mecanismos de garantía de tales derechos; pues a diferencia de los tradicionales derechos individuales de libertad que pretenden restringir la presencia del poder público para asegurar esferas de autonomía de los ciudadanos, la propia naturaleza de los derechos sociales o de prestación determina un sistema complejo de garantías donde la dimensión estrictamente declarativa debe complementarse con la programática o finalista, que establece responsabilidades activas para los poderes públicos, hasta culminar en toda una estrategia de tipo instrumental donde las organizaciones públicas deben poner en marcha actuaciones intervencionistas eficaces capaces de asegurar el cumplimiento de tales objetivos. Todo lo cual implica un considerable

reforzamiento de las tareas de control sobre la actividad intervencionista de la esfera pública autonómica, de la que dependerá en última instancia la vigencia efectiva de los derechos sociales o de prestación.

De este modo los derechos sociales se interconectan necesariamente con la dimensión intervencionista propia del Estado social o *welfare state*, proyectada ahora sobre la escala territorial y afectando no sólo a la dimensión programática o finalista que debe orientar la actuación de los poderes públicos al servicio de todo un conjunto de valores declarados, sino igualmente a la proyección instrumental de los aparatos públicos en torno a determinadas actividades de prestación que deben alcanzar ciertas cuotas de eficacia.

Se trata pues de un marco problemático complejo, donde la exigencia de garantías formales se interconecta con el requisito de la eficacia de la actividad prestadora desarrollada por los poderes públicos, fundamentalmente por la administración intervencionista. En consecuencia los circuitos de control que operan en este ámbito tendrán igualmente una dimensión más compleja, en el sentido de que deben responder a claves de control positivo que implican, como un factor problemático, al fenómeno del intervencionismo público, sus cuotas de eficacia y los riesgos de no-acción.

2. ¿Una nueva posición de los defensores?

Con independencia del debate general sobre los mecanismos de garantía y sobre los instrumentos encargados de asegurar la eficacia prestadora de los poderes públicos al servicio de los derechos sociales o de prestación, parece evidente que el nuevo diseño estatutario trata de hacer recaer sobre la esfera autonómica el grueso de la acción intervencionista correspondiente, siguiendo en general una pauta histórica de desplazamiento del *welfare state* hacia los circuitos periféricos del sistema. Esto significa que, al menos en teoría, es posible por primera vez pensar en la ubicación del defensor del pueblo autonómico dentro del proceso global de la acción pública; o sea, dentro de un itinerario intervencionista que abarcaría desde los soportes dogmáticos o declarativos concretizados en forma de derechos hasta los resultados finales de la acción pública en forma de impacto sobre el tejido social; pasando lógicamente tanto por el diseño legal y estratégico como por la esfera organizativa y prestadora de la burocracia y el sector público.

Dejando por ahora de lado la duda acerca de si una dimensión tan autoreferencial de la acción, que refuerza la instancia territorial autonómica en detrimento de las restantes esferas institucionales, resulta ser o no la más adecuada para el contexto

abierto e interdependiente donde se supone que debe progresar la acción pública propia del presente -particularmente en el entorno multinivel europeo-, parece que el nuevo desarrollo estatutario nos permite en todo caso reconstruir un escenario intervencionista donde el defensor puede estar presente en todos o casi todos los momentos en que se descompone el diseño de la acción pública.

En este sentido debemos comenzar recordando que en primera instancia la dimensión funcional más estricta del DP suele ser la acumulación de quejas ciudadanas, entendidas como expresión elaborada de una “demanda social”: sólo en un segundo momento procesal el DP debe progresar en la investigación de la actuación administrativa, ponderando en su caso los soportes legales que le sirven de fundamento y operando así en el ámbito de la propia “oferta pública”. En consecuencia se trata de una figura que mantiene amplias posibilidades de actuación subsidiaria, tanto para la canalización de demandas sociales una vez formalizadas en forma de derechos sociales, como para el control de las correspondientes políticas públicas que deben diseñarse desde la esfera pública autonómica en respuesta a las mismas: una doble serie de ámbitos que parecen haber conquistado cuotas adicionales de desarrollo en el nuevo marco estatutario.

En teoría pues, el DP está presente prácticamente en todos y cada uno de los confines problemáticos en que se desenvuelve la actuación pública en el contexto intervencionista territorial propio de un estado social avanzado. En un *primer* ámbito, relacionado con la demanda ciudadana, la experiencia empírica parece demostrar la existencia de amplias capacidades no ya para la estricta canalización de quejas formalizadas por los ciudadanos, sino también para poner en marcha labores de investigación autónoma o de oficio que permiten detectar sectores problemáticos en ámbitos sociales caracterizados a veces por su escasa capacidad de autoorganización e interlocución: ya sean sectores que se corresponden con intereses difusos o bien sectores marginados o excluidos; o incluso sectores problemáticos emergentes con un alto potencial de incidencia futura. En un *segundo* ámbito, relacionado con la oferta pública, la agrupación de núcleos problemáticos le permite formular un diagnóstico negativo sobre la propia actuación pública, detectando aquellos ámbitos donde el intervencionismo público se demuestra insuficiente para el cumplimiento de los fines asignados por el ordenamiento, llegando incluso a aproximarse hasta una auténtica evaluación de políticas públicas.

Si formalmente la configuración institucional del DP no parece haber experimentado innovaciones sustanciales en los nuevos textos estatutarios ello significa que su actuación se sigue caracterizando por esta habitual dualidad funcional: por una parte, es una institución que opera en la esfera de la sociedad civil con el objetivo de proteger los derechos ciudadanos; y por otra, es un

instrumento que trata de incidir en la esfera pública mediante sus funciones de supervisión de la administración, operando genéricamente dentro del ámbito de los sistemas de control o “*accountability*” de los poderes públicos. En una teórica y simplificada visión inicial podría entenderse que entre ambos circuitos se opera una especie de ajuste automático: o sea, del mismo modo que se afirmaba en la antigua teoría económica que toda demanda genera su propia oferta o viceversa (según la llamada *Ley de Say*), cabría presumir que toda detección de un ámbito problemático por parte del defensor (o demanda social) genera la correspondiente respuesta correctora por parte de la esfera pública responsable (u oferta pública). Sin embargo, esta idílica concepción general según la cual todo núcleo problemático social donde se detectan situaciones lesivas para los derechos humanos acaba siendo resuelto de una forma eficiente y automática por la posterior intervención positiva de la administración, contando en su caso con la actuación mediadora del defensor, no parece una hipótesis suficientemente confirmada por los hechos.

Frente a esta visión idealista del proceso global de la acción pública, lo que emerge más bien es todo un conjunto de ámbitos problemáticos dentro de los cuales el defensor tendrá que desplegar distintos tipos de respuestas y estrategias, poniendo en marcha los recursos disponibles y movilizándolo su sistema de alianzas.

3. Dimensiones problemáticas

3.1. Primera dimensión: de la demanda social al diagnóstico de la realidad

En primera instancia parece claro que la tarea principal del defensor consiste en una labor de detección de problemas, ya sea mediante la rutina de la recepción de quejas, o bien poniendo en marcha labores de investigación desarrolladas de oficio. A partir de esta labor inicial se redactan los periódicos *Informes* al Parlamento que reflejan al cabo del tiempo uno de los mejores diagnósticos en negativo de la realidad social y su sistema de necesidades. En tales *Informes* se puede cuantificar y clasificar hasta el máximo detalle el tipo de derechos o valores sociales que resultan lesionados así como su evolución a lo largo del tiempo.

La interrogante consistirá en si más allá de la mera serie enumerativa, entendida a modo de simple tabla estadística, en realidad tras el Informe del DP se esconde algo mucho más decisivo y trascendental: una especie de radiografía en negativo de la realidad social que puede llegar a ser concebida, desde una visión estratégica de la acción, como un auténtico “diagnóstico problemático” de partida, desde el cual sería posible condicionar u orientar tanto la propia filosofía instrumental como

la estrategia finalista y el diseño mismo de la acción intervencionista que deben poner en marcha los poderes públicos.

Naturalmente tal visión debe inspirarse en la constatación de que en general, y particularmente en el contexto predominante de la “videopolítica” contemporánea, la percepción sobre la naturaleza problemática de los asuntos colectivos y la propia dimensión científico-objetiva de los *diagnósticos* sobre la realidad social ⁽¹⁾ parece experimentar un cierto declive al servicio de la dimensión competitiva de la política y su proyección virtual o cosmética sobre la arena de los *mass media*. Así, desde la perspectiva del gobierno, los diagnósticos tienden a montarse crecientemente sobre una visión virtual y superoptimista de la realidad ⁽²⁾ reflejando un imaginario hedonista e idílico que suele enfrentarse a la dimensión negativa e hipercrítica manejada normalmente por la oposición: la deriva bipolar en que viene decayendo nuestro sistema político se traduce finalmente en una progresiva reordenación maniqueísta de las visiones de la realidad, lo que a veces puede dificultar incluso la mera constatación de la existencia de momentos de crisis económica.

Las posibles voces autorizadas o neutrales, es decir, las procedentes del medio académico o científico, que teóricamente deberían ser uno de los sustratos fundamentales para tales diagnósticos de la realidad, parecen experimentar por su parte fenómenos de progresiva dependencia o colonización de los circuitos del gasto público, en una sorda y difusa renuncia a la libertad crítica que discurre en paralelo a la incomodidad que, por su parte, suele manifestar el poder establecido frente a toda perspectiva crítica. Téngase en cuenta que en general la investigación social desarrollada en centros académicos se financia con fondos públicos y responde en consecuencia a determinados criterios orientadores diseñados desde la propia esfera gubernamental.

En consecuencia, ante este relativo vacío de soportes científicos ¿dónde encontrar un diagnóstico objetivo, crítico, dotado de autoridad y suficientemente compartido de la realidad que sirva como base para un diseño congruente de la acción intervencionista? Una sugerente hipótesis que cabe plantear sería si tal diagnóstico problemático -o al menos determinados elementos del mismo- no podría encontrarse en los propios Informes del DP. Así, frente a las percepciones

1 Al respecto cfr. A. Porras Nadales, *Diagnosis y programación política en el estado autonómico*, Sevilla, 1996, IAAP

2 Que en algunos casos, como en Andalucía, se proyectan incluso en un auténtico horizonte utópico que parece más orientado a asegurar la adhesión de los “hooligans” que a reforzar su dimensión colectiva: Andalucía estaría “imparable”, “al máximo”, y prácticamente se configura casi como una auténtica “California” de Europa. Una visión que refleja la denominada “paradoja de la satisfacción” y que choca periódicamente con las series estadísticas comparadas que publican organismos investigadores neutrales. Sobre la noción de “paradoja de la satisfacción” cfr. M. Pérez Yruela, “Para una nueva teoría de Andalucía: cambio y modernización en la sociedad andaluza”, en E. Moyano Estrada, M. Pérez Yruela, (eds.) *La Sociedad Andaluza [2000]*, Córdoba, 2002, IESA.

idílicas de la realidad social, frente a la llamada “paradoja de la satisfacción” y la visión positiva de la actuación de las esferas públicas que maneja el discurso gobernante, y frente a los discursos apriorísticamente críticos que -con razón o sin ella- procura montar la oposición, los Informes del DP estarían suministrando en cambio una imagen o perspectiva crítica sustentada en datos objetivos que debería ser tenida en cuenta tanto para matizar los diagnósticos “oficialistas” como para apoyar la labor científica de los sectores investigadores o *think tanks* del sistema.

Debe recordarse que se trata de un conjunto de datos procedentes del circuito de retroalimentación del sistema; es decir, quejas emanadas desde el mismo seno de la ciudadanía a partir del entorno intervencionista en que se desarrollan las diversas políticas públicas y actuaciones burocráticas. Desde esta perspectiva, y por evidentes razones metodológicas, sería importante tratar de reclamar que los sucesivos Informes de los DP consiguieran como mínimo uniformizar u homogeneizar sus cuadros estadísticos así como el modo de procesar y ofrecer la información; tanto en sus series cronológicas como al nivel comparado. Porque si consideramos a estos Informes como elementos de un diagnóstico crítico de la realidad, estaríamos en realidad ante algo más importante que una mera serie de pinceladas descriptivas, a modo de instantánea estadística meramente coyuntural de la demanda social, o incluso simple justificación de la labor realizada por el DP. Por el contrario, desde esta nueva perspectiva estaríamos ante una preciosa información elaborada que debería constituir uno de los soportes fundamentales para todo diagnóstico crítico de la realidad a efectos de determinar cualquier estrategia de actuación frente a la misma; una información que merecería desplegarse en series homogéneas a lo largo del tiempo, como demostración reiterativa de los ámbitos de actuación pública que no consiguen realmente alcanzar cuotas suficientes de eficacia.

Podemos ensayar una comprobación elemental de este primer abordamiento del problema, por ejemplo mediante una serie estadística como la que reflejarían los Informes del DPA desde 2001 hasta 2007, o sea, en una primera serie del siglo XXI. En la agrupación final descubrimos que los apartados problemáticos reiterativamente mayoritarios durante esta etapa son, por este orden: justicia (incluyendo menores y centros penitenciarios); obras públicas, urbanismo y vivienda; salud; educación; medio ambiente; y trabajo y seguridad social.

En total, este bloque de seis materias integra cerca del setenta por ciento del número total de quejas presentadas durante el periodo 2001-2007, con la siguiente descripción (Tabla I):

Tabla I. Quejas presentadas al DPA, periodo 2001-2007

Materia	Numero de quejas Presentadas	Porcentaje
Justicia	6139	18%
Obras públicas	5080	15%
Salud	3834	11%
Educación	3647	10%
Medio Ambiente	3119	9%
Trabajo y SS	1518	4%

(Fuente: Defensor del Pueblo Andaluz)

Si tratamos de encarar estas cifras desde la perspectiva de un diagnóstico problemático de la realidad, resultaría que la Andalucía de la “*Segunda Modernización*” a comienzos del siglo XXI presenta ciertamente abundantes carencias procedentes de la que teóricamente podríamos denominar como la “primera”: los elementos físicos o territoriales (obras públicas, urbanismo, vivienda), asistenciales (salud) e inmateriales (educación) siguen constituyendo evidentes núcleos problemáticos reiteradamente apuntados por los ciudadanos andaluces a comienzos del siglo XXI.

Se trata ciertamente de una información que no siempre se corresponde con las prioridades reflejadas tanto en el discurso político como en el discurso mediático predominante. Incluso en su presentación a la cámara el propio DPA suele acompañar su Informe con una selección temática de segundo nivel, donde se incluyen asuntos que se consideran de mayor actualidad (por ejemplo, para el periodo analizado, aparecen materias como el acoso laboral, ruidos urbanos, violencia de género, hábitos de la “nueva adolescencia”, riesgos de inundaciones, “mobbing” inmobiliario, violencia escolar, etc.). Si, yendo más allá de los datos brutos, tratamos en efecto de avanzar en lo que sería un segundo nivel de elaboración de la información recopilada por el DPA, encontraremos seguramente algunos puntos de interés:

1. En primer lugar los Informes no sólo incluyen en rigor series de quejas formales (o sea, situaciones de lesión de derechos en ámbitos de la actuación de los poderes públicos), sino que a veces detectan más bien “carencias”, o sea,

ámbitos de no-acción de los poderes públicos, donde en consecuencia no existen respuestas ante determinados ámbitos problemáticos ⁽³⁾. Es posible incluso que la estrategia de detección de ámbitos problemáticos allí donde no existe actuación intervencionista pública previa constituya precisamente la línea de orientación que impulsa la mayoría de los Informes especiales, donde generalmente es posible profundizar de un modo más específico en los factores causales que están detrás de todo núcleo problemático sectorial, intensificando así la indagación en términos de diagnóstico de la realidad.

2. En segundo lugar puede constatarse que la “información destacada” que suele preocupar a los defensores en el momento de la presentación de sus Informes parece rendir un inevitable tributo a la actualidad. La comparación entre la serie estadística de quejas del Informe general frente a los datos seleccionados que se ofrecen en las presentaciones anuales, en pleno o Comisión, refleja con bastante claridad el intento de destacar temas emergentes que precisamente por su mayor novedad suelen tener un mayor grado de actualidad mediática; aunque no siempre se conforman como elementos de una futura serie estable de quejas mantenida a lo largo del tiempo. Ya hemos destacado algunos de los temas espigados en esta serie, como ruidos urbanos, violencia de género, hábitos de la “nueva adolescencia”, riesgos de inundaciones, “mobbing” inmobiliario, violencia escolar, etc.
3. Finalmente podríamos sugerir en tercer lugar la presencia emergente de un último estrato discursivo que trataría de avanzar en el sentido de auténtico diagnóstico “cualitativo” de la realidad, es decir, tratando de superar algunas de las falacias que la mera serie estadística puede presentar en primera instancia, para incidir en los aspectos más sustantivos que se deducen de los resultados del Informe. Seguramente hasta ahora tal enfoque analítico parece estar presente sobre todo en la esfera de los Informes especiales; pero cabría añadir que, más allá de las puras tablas iniciales de las quejas presentadas o de las carencias detectadas, el Informe anual del DP debería acaso tratar de avanzar en un análisis de dimensión cualitativa donde las series estadísticas iniciales o “brutas” se desbrozaran hasta conseguir un auténtico “perfil problemático” de la realidad. Se enfrenta aquí un problema metodológico similar al que suele afectar al tratamiento estadístico de las preguntas parlamentarias (instrumentos a los que también cabría atribuir, en

3 Así por ejemplo la presentación del Informe del año 2003 del DPA recoge, tras la referencia a Informes especiales, el siguiente apunte: *-Destacamos este año las carencias que persisten en dos sectores sociales: las políticas de género y la violencia contra las mujeres, así como los problemas de integración de discapacitados y accesibilidad en el ámbito escolar*”.

un sentido distinto, un carácter de diagnóstico problemático de la realidad), donde la existencia de las series de las llamadas “preguntas fotocopia” obliga frecuentemente a reconsiderar las cifras brutas. El objetivo sería pues si, en su presentación de Informes, el DP puede llegar a diseñar un *perfil* de los aspectos problemáticos más sustanciales que se deducen del balance anual de su actividad, o incluso de la serie de aspectos problemáticos que se reiteran y mantienen a lo largo del tiempo, desplazando a un segundo plano aquellos asuntos que se consideran de una relevancia secundaria. Lo que contribuiría a mejorar la significación de la información suministrada, hasta el punto de perfilarse como un auténtico diagnóstico problemático de la realidad presente.

En resumen, cabe entender que, tras la rutina de la presentación de Informes entendidos como meras series estadísticas de quejas tramitadas, puede esconderse en realidad un núcleo problemático del máximo interés tanto para la investigación social como para la propia filosofía orientadora de la acción pública. Lo que exigiría seguramente tratar de otorgar un tratamiento más cuidadoso a una preciosa información estadística asentada sobre una reiterada confirmación de cifras que se suceden año tras año, donde puede reflejarse un auténtico diagnóstico problemático de la situación real de los ciudadanos.

Se trata por otra parte de un tipo de información que, paradójicamente, suele ser a menudo bastante ignorada o relativamente olvidada en su manejo y utilización por los operadores del sistema: bien sea porque a veces puede ser una información “incómoda” para la clase gobernante o bien porque resulta escasamente espectacular para los creadores mediáticos. Incluso con frecuencia es lamentablemente ignorada por los investigadores sociales y escasamente tenida en cuenta por juristas y politólogos, a pesar de su trascendencia estratégica. Debemos insistir sin embargo en que se trata de una información generada desde dentro del propio sistema institucional y que, en consecuencia, debería servir como un instrumento de retroalimentación no sólo para el propio debate parlamentario sino para la tarea misma de diseño estratégico de la acción por parte del ejecutivo. Así por ejemplo, cuando en los periódicos debates sobre el estado de la comunidad tanto el presidente como los líderes de la oposición enfrentan sus visiones políticas de la realidad ¿no sería legítimo exigir que se expresara con claridad qué presencia o significación tiene en sus respectivos discursos la información suministrada por el último Informe del defensor del pueblo?

3.2. Segunda dimensión: el control de la burocracia

Si en su primera y originaria dimensión el defensor debe desplegar una labor de auténtico investigador o detector de problemas sociales, en cambio a la

hora de hacer frente a las complejas exigencias que impone el intervencionismo público, su actividad se tornará progresivamente más compleja al tiempo que se desplaza desde la arena de la sociedad hacia el ámbito del sector público. Aunque es cierto que en este ámbito el DP podrá manejar, en sus relaciones con las instituciones públicas, tanto el palo de la crítica o la denuncia como la zanahoria de la cordialidad o la cortesía institucional, sin embargo al final acabará enfrentado al auténtico núcleo problemático del que depende la vigencia de los derechos sociales: el de la capacidad efectiva de resolución de problemas por parte de las organizaciones públicas. Es decir, el núcleo estratégico de “*problem-solving*” al que deben enfrentarse las democracias contemporáneas.

Y naturalmente, salvo que decida inclinarse por la filosófica opción de esperar y ver, a la hora de hacer frente a tan ardua tarea no tendrá más remedio que desplazarse desde las procelosas aguas de la compleja realidad social hacia las no menos procelosas del propio sector público donde, como mínimo, tendrá que hacer frente a una larga serie de obstáculos que podríamos identificar con tres diferentes núcleos problemáticos: la burocracia, el derecho y la política.

Teóricamente su nivel más inmediato de acercamiento se situaría en clave estrictamente jurídica, o jurídico-burocrática: es decir, en la constatación de un deficiente cumplimiento por parte del funcionario o responsable público correspondiente de las rutinas burocráticas establecidas en base legal, dando lugar en su caso al correspondiente apercebimiento. Se trataría del nivel más elemental que, desde la perspectiva tradicional de un Estado de Derecho, suscita la hipótesis de la lesión de un derecho ciudadano por parte de la administración pública, y donde en consecuencia las previsiones legales que configuran el status funcional del DP tienen mejor acreditada su operatividad. Y es que, al menos en teoría, la mera corrección de un deficiente cumplimiento de las rutinas burocráticas constituye casi una pura anécdota dentro del tradicional orden jerárquico propio de la administración. Incluso, hasta cierto punto, cabría sugerir que, funcionalmente, el defensor se limitará aquí a operar como un mero auxiliar de la propia inspección de servicios de la correspondiente administración afectada.

Dos son como mínimo los ámbitos problemáticos que subyacen tras esta tarea de control burocrático.

- (A) El primero de ellos estaría relacionado con la propia transformación del modelo de administración sobre el que se supone debe operar el DP. Pues debe recordarse que en las democracias contemporáneas hay abierta desde hace algún tiempo una agenda de reformas en el sector público, ya sea a través de programas de modernización (que tienen su contenido estelar en la informatización administrativa y la posibilidad de realizar tramitaciones *on-line*) o bien sea a través de la introducción de

nuevos paradigmas como la nueva gestión pública o la *gobernanza*, que inciden en los núcleos más sustantivos del sector público. Son procesos de reforma que responden en parte a una auténtica pauta de aprendizaje histórico conectada con el desarrollo del intervencionismo público: y es que, de una u otra manera, parece haberse generalizado ya en los sistemas políticos contemporáneos la conciencia crítica de que la mera formulación de unas líneas de actuación intervencionista en soportes formales o informales no supone de un modo automático el logro de los objetivos formulados, implicando la realización efectiva del sistema de derechos o valores previstos en la normativa suprema, que se canalizarían de forma automática a través de una burocracia mecánica de tipo legal-racional. Lo que se va a traducir en consecuencia en la aparición de nuevos modos de organización y nuevas estrategias de acción, suscitando así el paralelo desarrollo de nuevos mecanismos de control, que implicarán en la práctica el desarrollo de nuevas iniciativas de actuación por parte de los defensores del pueblo.

Tales modificaciones de la burocracia suponen normalmente una evolución desde los modelos tradicionales preestablecidos hacia experiencias de innovación vinculadas al desarrollo del intervencionismo, lo que permite establecer una secuencia histórica que reflejaría los distintos estratos que se han ido superponiendo en las administraciones democráticas contemporáneas a lo largo del tiempo, distinguiendo en principio entre:

- (a) Una administración condicional o legal-burocrática ajustada a meras rutinas procedimentales cuyas coordenadas históricas proceden del contexto liberal y se definen en nuestro país a principios del siglo XX.
- (b) Una administración finalista o tecnocrática que pretende conseguir los objetivos fijados desde la esfera pública, que coincide con la fase histórica de expansión del estado social a mediados del siglo XX.
- (c) Una administración adecuada a consensos que debe asegurar cauces de participación ciudadana para determinar los contenidos y modos de su propia actuación, cuyo momento de surgimiento coincide con las décadas finales del siglo pasado.

La superposición de estos tres estratos generará en la práctica contenidos problemáticos diferenciados, incrementando normalmente el grado de complejidad de las organizaciones públicas y exigiendo labores distintas en las tareas de control que afectan al defensor del pueblo (*Cuadro I*).

Cuadro I

Modelo de Estado	Modelo de Administración	Tipos de derechos	Ámbitos Problemáticos	Función del Defensor
Estado de Derecho	Condicional	Individuales	Rutinas burocráticas Diseño Legal	Controlador
Estado Social	Finalista Instrumental	Sociales de Bienestar	Eficacia/ Eficiencia Cumplimiento de fines	Evaluador de políticas
Estado Democrático	Adecuada a consensos	De participación	Riesgos de captura Intereses difusos	Mediador Social

El riesgo adicional consistirá en que los posibles “modelos ideales” que subyacen tras estas tres categorías pueden igualmente adolecer de un desarrollo negativo, a modo de modelos perversos, suscitando así diversos tipos de riesgos: desde la opacidad formalista hasta la denominada “huida del derecho administrativo”, o la proyección meramente “adhocrática” que a veces está presente en el diseño de esferas institucionales autónomas, así como los riesgos de un participacionismo difuso que no consigue ser orquestado adecuadamente hacia horizontes estratégicos bien definidos o que puede ser manipulado desde las esferas públicas mediante mecanismos de tipo clientelar.

Todo lo cual exigirá seguramente del defensor del pueblo una perspectiva flexible para ponderar y valorar los distintos modelos organizativos existentes en cada caso, sus posibilidades y límites, así como sus resultados en términos de eficacia intervencionista.

- (B) Sin embargo, si la evolución del modelo de administración condiciona en gran parte la tarea del DP, hay un problema más sutil y seguramente más decisivo cuando se trata de operar sobre la compleja figura de los derechos sociales o de prestación: el modo de hacer frente a los riesgos de *no-acción* por parte de la esfera burocrática pública. Y es que, del mismo modo que habíamos presumido una especie de automatismo en las relaciones generales de “demanda/oferta” entre esfera social y esfera pública, igualmente cabe presumir la existencia de una falsa relación

automática entre la determinación de fines y objetivos en soportes estatutarios o legales y su desarrollo posterior por la burocracia; pues es un hecho comprobado en el análisis de políticas públicas que la mera existencia de soportes legales suficientes no siempre asegura el posterior desarrollo eficiente de la correspondientes acción intervencionista.

El problema ha sido claramente diagnosticado en algunos Informes del DPA en relación con el desarrollo normativo sublegal, como una esfera donde pueden producirse bloqueos que acaban afectando negativamente al desenvolvimiento de la actividad intervencionista. Así, en la presentación del Informe de 2004 se aludía a *“La falta de desarrollo normativo o reglamentario de prestaciones o planes de actuación aprobados pero que necesitan su concreción para ser ofrecidos a la ciudadanía.”* Y se insistía, en relación con las exigencias de desarrollo de soportes legales: *“En algunos de estos supuestos, la situación parte de normas de rango de Ley. Textos que se incorporan a nuestro ordenamiento y que suponen un meritorio avance en la plasmación de políticas de impacto social dirigidas a determinados colectivos como mayores, drogodependientes, menores o poblaciones con singulares dificultades de integración no ya social, sino educativa, o laboral. Sectores o colectivos que saludan con lógica satisfacción la plasmación legal de muchas líneas de intervención muy demandadas pero que, a la hora de concluir el lógico proceso para hacer reales y efectivas estas intervenciones, se encuentran con la traba de hacer depender la satisfacción de estas prestaciones o ayudas de un posterior desarrollo normativo reglamentario o de otro rango que no se ha acometido”*

Más allá de esta esfera específica, debe reiterarse que el riesgo de la no-acción constituye una de las amenazas generales más consistentes al desarrollo del estado intervencionista: bien sea por deficiencias propias de la esfera política (dimensión cosmética de la acción, estrategia de meros posicionamientos de proyección mediática, dependencia de decisiones que proceden “de Bruselas”, etc.) o bien por vicios o rutinas vinculadas a la más casposa tradición burocrática (una concepción de la acción pública basada en la estrategia de elusión de riesgos, donde normalmente quien no actúa no se equivoca y a menudo quien se mueve demasiado, al final no asciende).

Las amenazas de la no-acción desde la esfera burocrática intervencionista constituyen en efecto uno de los más graves ámbitos problemáticos a los que debe hacer frente del defensor del pueblo en el contexto de las

democracias contemporáneas exigiendo estrategias de control positivo en una labor de estímulo o de apoyo a la acción intervencionista.

3.3. Tercera dimensión: mejorar la calidad legislativa

La serie problemática experimentaría una complicación adicional cuando la “aparente” actuación deficiente de un determinado órgano administrativo no responde en realidad a un incumplimiento de las rutinas o de las previsiones legales sino más bien a un riguroso cumplimiento de las mismas. Es decir, cuando el problema resultante no consiste en una mala práctica sino en un deficiente diseño legal, a partir del cual se generan en última instancia actuaciones públicas lesivas para derechos ciudadanos. Es este el momento en que la actuación del DP debe proyectarse hacia el siguiente núcleo problemático, el que se refiere a la propia configuración del ordenamiento jurídico que debe aplicar la administración.

Cabría pensar que la privilegiada posición de diálogo del defensor con el propio Parlamento le debe permitir en este caso un fácil cauce de interlocución para presentar las correspondientes propuestas de reforma legal, en sus periódicos *Informes*. Y de hecho puede detectarse una práctica operativa en tal sentido. La inexistencia en Europa de una experiencia similar a la “*legislative oversight*” propia de la tradición norteamericana, provoca una relativa carencia de mecanismos de retroalimentación que operen como instrumentos correctores de los propios soportes legales generando así el riesgo difuso de una degradación del ordenamiento ante la ausencia de mecanismos de autocorrección. Parece evidente que, en este contexto, uno de los circuitos fundamentales que permitirían asegurar un adecuado *feed-back* del sistema legal a lo largo del tiempo puede recaer sobre las espaldas del defensor del pueblo.

En este caso el primer problema, de carácter procesal, consistirá en que las labores de saneamiento del ordenamiento implican en última instancia la puesta en marcha de la correspondiente iniciativa legislativa, potestad de la que formalmente carece el propio DP, exigiendo pues una movilización activa de los sujetos legitimados para ello (normalmente el propio gobierno). Lo que significa que del universo problemático del derecho la pelota comenzaría a pasar al de la política. Pero no se trata solamente de que el gobierno o los grupos parlamentarios consideren oportuno o no poner en marcha en un determinado momento la correspondiente capacidad de iniciativa legislativa a petición del defensor, sino de que adicionalmente tal iniciativa debe hacerse un hueco en la agenda parlamentaria que, como es bien sabido, en la práctica suele estar directamente condicionada a su vez por la propia agenda política. La noble concepción del defensor como un circuito impulsor de los procesos de autodepuración del ordenamiento jurídico, reproduciendo pautas similares a la “*legislative oversight*”, resultará pues

condicionada finalmente por todo un cúmulo de factores de oportunidad o de agenda desde los cuales se deciden en última instancia los impulsos causales que conducen al ejercicio efectivo de una iniciativa legislativa. La capacidad del defensor para hacerse un hueco en esta agenda dependerá ahora de claves de diálogo institucional, posibilidades de apoyo mediático a determinadas iniciativas y capacidad argumentativa ante el propio legislador. Es decir, el defensor deberá constituirse en un elemento activo al servicio de una mejor calidad legislativa.

Pero cuando el horizonte problemático se determina en términos de calidad legislativa, seguramente el problema sustantivo más importante consistirá en el modo de hacer frente desde esta perspectiva a la creciente tendencia a entender los desarrollos legales de derechos sociales como un nuevo tipo de *derecho declarativo*: es decir, se trataría de la idea implícita de que la misión de la ley debe reducirse a la mera invocación o “*proclamatio*” de los derechos, sin necesidad de establecer desarrollos instrumentales o adicionales específicos. Subyace en esta concepción, que ignora las exigencias propias del moderno derecho intervencionista, no sólo una clara inclinación instrumental hacia el camino más fácil para conseguir productos legales rápidos y brillantes sino también una imperceptible visión filosófica de tipo “neoliberal”, en el sentido de entender que la misión del legislador termina con la mera labor declarativa, corriendo a continuación a cargo de los restantes elementos del sistema la tarea de poner en marcha los adecuados mecanismos de garantía encaminados a asegurar la vigencia efectiva de tales derechos (unos mecanismos que operarían a la manera de la vieja concepción mágica de la “mano invisible” atribuida al mercado).

En términos generales puede aceptarse que este tipo de derecho declarativo reviste una cierta fuerza expansiva en el contexto contemporáneo en la medida en que opera en una dimensión cosmética o retórica proyectada de forma inmediata hacia la ciudadanía, aunque dejando en una esfera opaca y llena de incertidumbres tanto los mandatos normativos específicos que se conectan con tal dimensión declarativa como los elementos instrumentales y estratégicos que deben ponerse en marcha para asegurar la vigencia efectiva de los derechos regulados. Sería pues una suerte de deriva retórico-cosmética del derecho, que incide exclusivamente en su dimensión finalista o meramente declarativa, presentando textos legales de gran brillantez retórica pero escasa sustancia normativa, de grandes horizontes finalistas pero reducidos soportes instrumentales.

Pues bien, si el defensor carece en principio de iniciativa legislativa en sentido formal y si realmente existen ciertas tendencias degradativas en los soportes legales que regulan derechos, el problema final consistirá en deducir si en los nuevos Estatutos de autonomía aparecen algunos mecanismos de control, eventualmente en manos del defensor del pueblo autonómico, que permitan una

actuación específica en este sentido. En el caso catalán el artículo 78 del Estatuto establece que *“El Síndic de Greuges puede solicitar dictamen al Consejo de Garantías Estatutarias sobre los proyectos y las proposiciones de ley sometidos a debate y aprobación del Parlamento y de los decretos leyes sometidos a convalidación del Parlamento, cuando regulan derechos reconocidos por el presente Estatuto”*, en lo que parece un modelo de control previo “a la francesa”.

En el caso andaluz, el artículo 38 del Estatuto establece que la actividad parlamentaria de desarrollo legal de los derechos recogidos en el mismo deberá respetar el contenido establecido por el Estatuto, incluyendo específicamente la determinación de *“las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”*. Aunque no existe en este caso una cláusula específica de atribución al DPA, está claro que dentro del Capítulo IV del Título I dedicado a las garantías de los derechos la única institución recogida de forma explícita (en el artículo 41) es la del Defensor: en consecuencia es posible afirmar que será éste el encargado en primera instancia de elevar al Parlamento tanto los requerimientos por la inexistencia de desarrollo legal suficiente en ciertos ámbitos (en una difusa aproximación a lo que sería un cierto control por omisión), como en su caso la constatación de un control negativo por la eventual inexistencia de un respeto en tales leyes al contenido establecido en el Estatuto, particularmente en términos instrumentales o de fijación de las “prestaciones y servicios” vinculados de conformidad con lo establecido en el artículo 38.

Desde esta perspectiva parece pues que existen soportes suficientes para que la labor de control del ordenamiento y de la calidad legislativa por parte del DP desarrolle todas sus potencialidades en un doble sentido: (A) Por una parte operando a modo de circuito de retroalimentación del sistema, suscitando propuestas de reformas de determinadas leyes una vez que su funcionamiento efectivo a lo largo del tiempo ha puesto de manifiesto sus carencias, de tal modo que el DP se convierte en un instrumento operativo al servicio de un proceso general de “aprendizaje institucional” del sistema; (B) Por otra, poniendo en marcha instrumentos de control de las leyes de acuerdo con las exigencias intervencionistas propias de los derechos sociales establecidas en el Estatuto, operando así como un instrumento al servicio de la calidad normativa que debería conducir hacia un derecho intervencionista dotado de una mayor eficacia.

3.4. Cuarta dimensión: análisis de políticas públicas

Pero yendo incluso más allá de la pura instancia legislativa, el ámbito problemático se multiplicará adicionalmente cuando el tipo de núcleo social en cuya llaga pone el dedo el defensor no esté finalmente relacionado de un modo exclusivo ni con rutinas burocráticas ni con soportes legales predefinidos. sino

cuando, dentro de un contexto histórico propio del estado de bienestar o *welfare state*, el tipo de derechos cuya lesión se detecta (los derechos sociales o de prestación en su más amplio sentido) requieren más bien el desarrollo de todo un conjunto de políticas públicas intervencionistas; o sea, de actuaciones operativas y prestadoras llevadas a cabo por el sector público, de cuyo desarrollo efectivo dependerá la capacidad final de resolución de los problemas detectados; unos problemas que se ubican genéricamente dentro del amplio paquete de las políticas sociales o de bienestar.

En este caso el auténtico obstáculo al que deberá enfrentarse el defensor consiste nada menos que en el fenómeno global del *intervencionismo*: un ámbito donde, como viene constatando reiteradamente la doctrina, la mera existencia de soportes legales puede no ser suficiente si no va acompañada de una posterior actuación eficiente por parte de las organizaciones públicas responsables. Esa actuación positiva de las administraciones puede haber sido programada en normas de inferior rango (en cuyo caso, en alguna medida, sigue existiendo un cierto tipo de marco o soporte normativo formal) o bien en soportes informales que adoptan generalmente la forma de planes estratégicos o planes de actuación. Normalmente contará con una instrumentación organizativa y financiera determinada y exigirá de toda una movilización estratégica de recursos debiendo contar adicionalmente, para conseguir éxito, con claves de consenso social con el propio tejido social afectado. Es decir, toda una serie de ámbitos de movilización y orquestación estratégica que no siempre se ajustan al postulado de la automaticidad instrumental que cabía presumir de los tradicionales modelos de la burocracia de corte maxweberiano.

Al nivel operativo, el defensor podrá constatar pues que, aún aceptando la presencia de unos soportes legales suficientes, las organizaciones públicas correspondientes no llevan a cabo una actuación *eficiente* (en el sentido de que no canalizan adecuadamente los recursos disponibles hacia los objetivos marcados); o bien, que siendo una actuación eficiente, no es *eficaz* en el sentido de que no produce los resultados previstos sobre el propio tejido social; o incluso en supuestos aún más problemáticos, los sonidos que el defensor acabará percibiendo de la administración serán más bien los del silencio, en forma de *no-acción*.

¿Es posible en consecuencia afirmar que el defensor deberá entrar ahora en el terreno de un auténtico análisis y evaluación de políticas públicas? Si consideramos, como hacíamos al comienzo, que los nuevos Estatutos contienen un itinerario completo para el desarrollo de la acción intervencionista en este campo (soportes de derechos establecidos estatutariamente, desarrollo legal vinculado al contenido declarado de los mismos, capacidad instrumental en términos financieros y organizativos, así como un apartado de principios rectores de las políticas públicas), y si tenemos en cuenta que la labor del defensor se despliega en efecto

en todos y cada unos de los ítems que condicionan la acción pública (demanda social, diagnóstico problemático de la situación, control sobre los soportes legales y sobre la burocracia), parece deducirse en última instancia una capacidad de análisis y evaluación de las distintas políticas públicas.

Se trata de una competencia para la que se cuenta además con algunos instrumentos estatutarios específicos: como el artículo 37 del Estatuto de Andalucía dedicado a los principios rectores de las políticas públicas, cuya efectividad queda proclamada fundamentalmente en el apartado segundo del artículo 40 cuando establece que *“Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas”*; pues siendo el defensor uno de esos poderes públicos, le corresponderá el control de la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas, tanto en términos de asignación operativa de recursos organizativos como en el logro de resultados, contando adicionalmente con la gran proyección potencial del derecho a la buena administración del artículo 31 del Estatuto andaluz.

En realidad cabe afirmar que el camino para entrar en un análisis de políticas públicas estaba ya previamente abierto a través de la larga serie de Informes especiales, donde se vienen introduciendo elementos analíticos de carácter problemático así como argumentos propositivos de dimensión sectorial: es decir, todo un conjunto de parámetros de análisis de políticas públicas que superan ampliamente la mera serie enumerativa de quejas, que constituía originariamente el contenido de los tradicionales Informes al Parlamento.

Como es lógico, en este caso la cuadratura del círculo dependerá al final de la capacidad de respuesta por parte de las esferas públicas directamente interesadas: una respuesta que, más allá de la pura cortesía institucional, podría reducirse finalmente a meras claves de no-acción, considerando que el ejecutivo puede acabar por mostrarse inmune a los estímulos externos y operar desde un cierto autismo institucional. Ante este tipo de riesgos la única clave consistente para luchar contra estos obstáculos en el panorama general de las políticas intervencionistas contemporáneas parece ser el avance hacia mecanismos de monitorización de los programas públicos: es decir, sistemas de autocontrol periódico que permitan cuantificar el logro efectivo de resultados, donde el incumplimiento de los mismos lleve aparejada de forma inmediata la puesta en práctica de medidas de respuesta. Unos mecanismos frente a los cuales el sector público siempre tratará de oponer algún tipo de resistencias o pretenderá de eludir indirectamente condicionando a la baja los criterios de calidad o sus sistemas de control. Pero son también, al fin

y al cabo, instrumentos de control de los que podrá valerse el propio defensor del pueblo para exigir respuestas inmediatas del sector público.

4. Cuestiones finales

Esta amplia serie de ámbitos problemáticos permite reflejar algunos de los núcleos más significativos por los que discurre la acción pública en el contexto contemporáneo, con el horizonte de una plena vigencia de los valores y objetivos finalistas propios del Estado social conforme a una secuencia histórica de desplazamiento hacia la periferia territorial del sistema que se desenvuelve con mayor intensidad durante las décadas finales del siglo XX.

Frente a esta consolidada inercia histórica, la principal novedad a principios del siglo XXI parece residir en el desbordamiento de las fronteras territoriales y el avance hacia el paradigma de la denominada *gobernanza multinivel*, que tiene en Europa uno de sus principales campos de desarrollo; un paradigma tras el que se suscita el desafío de proyectar la acción pública en el entorno complejo de “sistemas de red” donde se comprometen diferentes esferas institucionales dotadas de sus respectivos ámbitos de autonomía. El avance hacia este modelo complejo de acción, dotado de una mayor dimensión cosmopolita y de una mejor capacidad de adecuación al entorno de un universo globalizado, exige como mínimo dos tipos de parámetros para asegurar un rendimiento eficaz: por un lado un cierto grado de independencia institucional y por otro una amplia capacidad intercomunicativa para progresar en sistemas en red.

Por desgracia la considerable brillantez retórica de estas nuevas categorías y el alto potencial de futuro que cabe atribuir a la noción de *gobernanza multinivel* tienen su reverso negativo en las dificultades empíricas que en la práctica experimentan los programas de acción pública cuando tienen que canalizarse a través de diversas esferas institucionales dotadas de autonomía decisional: incluso aunque teóricamente quepa presumir la presencia del postulado de la lealtad federal la experiencia parece indicar que la superposición de distintos ámbitos competenciales sobre un mismo programa o ámbito de acción suele ser con frecuencia el mejor prelude para la no-acción. La experiencia española no parece ofrecer en principio perspectivas muy brillantes en este campo: las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas se vienen orquestando en la práctica siguiendo una proyección bipolarizada, donde determinadas CCAA cooperan con el estado central cuando coinciden sus respectivas mayorías de gobierno, y entran en cauces inevitables de conflicto cuando se trata de mayorías distintas. Del mismo modo, en la escala territorial autonómica las relaciones de cooperación con la esfera local operan favorablemente cuando los ayuntamientos responden a mayorías similares a las del respectivo gobierno regional, y entran

en procesos de conflicto y enfrentamiento en caso contrario. Introducir en este contexto complejo y lleno de ruido la noción de *gobernanza multinivel* no pasa de ser una especie de huida hacia el plano teórico donde los nobles postulados de la coordinación y la cooperación dibujan un imaginario ideal muy alejado por desgracia de la prosaica realidad.

Salvo en aquellos supuestos en que se trata de programas europeos apoyados en recursos financieros suficientes, el ideal de la cooperación sigue constituyendo todavía a principios del siglo XXI un horizonte idílico de referencia en cuyo reverso se esconde una reiterada conflictividad y un “ruido” institucional que impide el desarrollo de agendas de actuación concertadas induciendo más bien hacia la fragmentación compartimentalizada de la realidad. Y sin embargo, debe aceptarse que es precisamente dentro de esta esfera multinivel donde se juegan los principales desafíos de futuro para la acción pública y donde, de la mano del impulso europeo procedente de Bruselas, se están produciendo algunas de las principales innovaciones y procesos de aprendizaje que nos recorren el velo del futuro.

La apuesta de los procesos de reforma estatutaria puestos en marcha en España durante la última legislatura parece responder de forma ambivalente a estos nuevos desafíos: es evidente que la introducción en los nuevos Estatutos de un marco normativo referido a la proyección “exterior” de las CCAA preludia de entrada una clarificación normativa cuyas posibilidades de futuro dependerán en la práctica de su desarrollo efectivo. Pero al mismo tiempo resulta evidente que el reforzamiento competencial de las CCAA contribuye a la inevitable decadencia de las esferas locales, que constituyen la frontera periférica más próxima a los ciudadanos, y donde reposan algunas de las principales alternativas de futuro en la evolución del estado social.

Plantearse qué papel pueden desempeñar los defensores del pueblo en este entorno complejo supone adentrarse en un terreno lleno de incógnitas. Desde la perspectiva de la estricta labor de protección y defensa de los derechos sociales o de prestación, parece evidente que la dinámica de los “sistemas de red” puede permitir a los defensores autonómicos progresar en claves de homogeneización en los niveles de cobertura efectivos de los distintos derechos sociales, asegurando así una cierta adecuación a estándares establecidos y permitiendo al mismo tiempo un mejor conocimiento de experiencias ajenas. En cambio desde la perspectiva de la capacidad de respuesta a los riesgos de no-acción, es decir, al bloqueo de programas o planes de actuación debido a la superposición de distintos ámbitos competenciales, los instrumentos potenciales para estimular la cooperación interinstitucional no parecen que por ahora puedan rebasar los horizontes del mero apercebimiento o los llamamientos a la opinión pública.

Naturalmente en la medida en que los propios defensores del pueblo sean capaces por su parte de coordinar sus propias actuaciones y diseñar sus propias redes, estarán entrando en un terreno idóneo para intercambiar experiencias y asegurar un abordamiento coordinado a este emergente tipo de problemas. Lo que nos permite concluir afirmando que la innovación institucional y la experimentabilidad con que suele operar el defensor del pueblo le convierten en una institución especialmente adecuada para hacer frente a algunas de estas tendencias de futuro, con posibilidades de asegurar una proyección en red hacia el exterior y permitiendo al mismo tiempo que sus labores de suministrador de información crítica sobre el funcionamiento del intervencionismo ofrezcan una radiografía o diagnóstico crítico permanente al servicio de los derechos sociales o de bienestar.

Referencias:

- ANGUITA, A. (2006), *El Defensor del pueblo andaluz y la tutela de los derechos fundamentales*, Valencia, Defensor del Pueblo Andaluz, Tirant lo Blanc.
- BARTLETT, E. (2005), *El Síndic de Greuges (Síndico de Agravios de Cataluña)*. Valencia, Tirant lo Blanch, Institut d'Estudis Autònòmics
- BARZELAY M. (2001) *The New Public Management. Improving Research and Policy Dialogue*, Univ. California Press.
- CASCAJO, J. L. (1989), "Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica", *Revista Vasca de Administración Pública*, Num. 24.
- DIEZ, L. (1999), *Los defensores del pueblo en las Comunidades Autónomas*, Madrid, Senado.
- <http://defensorpueblo.blogspot.com/>
- LOPEZ BASAGUREN A., y G. MAESTRO BUELGA (1993), *El ararteko*, Oñate, IVAP.
- OEHLING RUIZ, H. (1991) "El Defensor del pueblo: algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional", *Revista de Estudios Políticos*, Num. 72.
- PORRAS A. (2002), "La posición estatutaria del Defensor del Pueblo Andaluz", en *I Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz*, Sevilla, ed. Oficina Defensor del Pueblo Andaluz.

- PORRAS, A. (2003) “La calidad normativa y los desafíos de la gobernanza”, en L. Pegoraro, Antonio Porras Nadales (a cura di), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali*, Bologna, Bonomo.
- PORRAS, A. (2005) “La reforma de la Administración andaluza y los desafíos de la Segunda Modernización”, *Revista de Fomento Social* Num. 239.
- PORRAS A. (2006), “El defensor del pueblo frente a las administraciones públicas”, en Jornadas sobre *El Ararteko: un ombudsman para el siglo XXI*, Universidad del País Vasco, Julio 2006 (en prensa).
- RUIZ-RICO, J.J. (1990), “El Defensor del Pueblo andaluz”, en Porras Nadales, A., Ruiz-Rico, J.J. (dir.), *El Estatuto de Andalucía*, Barcelona, Ariel.
- SUBIRATS, J. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Madrid, 1987, MAP.
- TEUBNER, G, (ed.) (1986), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin, W. de Gruyter.
- (ed.) (1987) *Juridification of Social Spheres*, Berlin, W. de Gruyter
- www.defensor-and.es
- www.defensordelpueblo.es

3.3 PONENCIA: RELACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. VÍAS PARA REFORZAR LA COLABORACIÓN Y APLICACIÓN DE SUS DECISIONES. ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO. CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA.

Sumario

- I.- Las disfuncionalidades del modelo organizativo y procedimental administrativo, y la emergencia del defensor del pueblo como modelo de supervisión de las administraciones y generador de un nuevo modelo prestacional.
- II.- Análisis valorativo de la ley del Defensor del Pueblo Andaluz de 1983 en clave de su adecuación al estatuto de Andalucía de 2007.
 - 1º.- Ámbito de proyección institucional del Defensor del Pueblo Andaluz.
 - 2º.- Aspectos organizativos y operativos del Defensor del Pueblo Andaluz.
 - 3º.- Los promotores de la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz.
 - 4º.- Las actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz en el ámbito de la Administración de la Administración de Justicia.
 - 5º.- Efectos de la actuación del defensor del pueblo andaluz.
 - A.- Los casos de negativas, negligencia, hostilidad, entorpecimiento, abuso arbitrariedad, discriminación, negligencia, inacción de empleado público o de autoridad administrativa a las solicitudes del Defensor del Pueblo Andaluz.
 - B.- *La revocación de actuaciones administrativas lesivas para los derechos de las personas a instancia del Defensor del Pueblo Andaluz*

- III. La necesidad de otorgar directa eficacia a la auditoria institucional de las administraciones públicas de andalucía, expresada en el informe anual del Defensor del Pueblo Andaluz.

I. Las disfuncionalidades del modelo organizativo y procedimental administrativo, y la emergencia del defensor del pueblo como modelo de supervision de las administraciones y generador de un nuevo modelo prestacional.

La incorporación en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa del Derecho a una Buena Administración¹, y su generosa recepción por el Estatuto de Autonomía de Andalucía² cuyos contenidos enriquecen los expresados en la Carta de Derechos³, requiere ser contrastado con los niveles de eficacia en la gestión de los procedimientos administrativos y en las prestaciones de servicios y con el control de la actividad administrativa por el Poder Judicial para verificar la adecuación de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho.

En el específico ámbito autonómico andaluz, el Informe del Defensor del Pueblo del año 2007⁴ es muy explícito en la particularización de los déficits organizativos y operativos de las Administraciones de Andalucía.

Con referencia en el modulado índice de los puntos singularizados en la presentación del Informe del Defensor del Pueblo Andaluz a los medios de comunicación por no poder realizar en este lugar el análisis completo del Informe, destacan las preocupantes disfunciones que se sintetizan:

- La precariedad de los propios empleados públicos, que relativiza el ejercicio de la función pública, con especial crudeza en los ámbitos de la docencia y sanitario, y con trascendente incidencia en estas importante áreas de

1 Capítulo V, Ciudadanía, Artículo 41 (2000/C 364/01) DOCE 18.12.2000.

2 Artículo 31, Ley Orgánica 2/2007.

3 El artículo 41 de la Carta incorpora los principios de imparcialidad, equidad y plazo razonable a los que agrega los derechos de ser oído, de acceso a expediente con respeto a la confidencialidad, secreto profesional y comercial, motivación de la decisión administrativa y derecho a la reparación de los daños causados, contenidos a los que, el artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, agrega la proporcionalidad de la actuación administrativa a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, la obtención de información veraz de las Administraciones y el acceso a los Archivos y registros de las Instituciones, Corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía.

4 Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz. Año 2007.

actividad de la Junta de Andalucía, al tiempo que ejemplifica sobre la carencia de autoevaluación administrativa.

- Los Ayuntamientos siguen mostrando incuria ante la agresión del ruido para la convivencia ciudadana y sus autoridades se infantilizan mediante la convivencia con los vecinos más jóvenes que practican en el dominio público municipal la “movida” y el “botellón”.

El reduccionismo y la minimización de las políticas municipales tienen secuencia en la carencia de sentido prospectivo de las autoridades municipales para ordenar las telecomunicaciones, mediante la simple copia del esquema centro europeo de la construcción de torres de telecomunicaciones, en calidad de expresión inteligente de la arquitectura y urbanismo institucional y no especulativo, carencia de imaginación municipal que contrasta con la potente imaginación utilizada en la ingeniería financiera de los convenios urbanísticos, metodología cuyos resultados se expresan en el acusado contraste entre el nivel de los salarios y los precios de las viviendas, exponencialmente incrementados con la activa colaboración de alcaldes y concejales de urbanismo, que incumplen el mandato constitucional de recuperar las plusvalías generadas por la actividad urbanística neutralizando la materialización del derecho a la vivienda, y que requiere reflexionar sobre si puede seguir operativo el factor, anárquico y desestabilizador, de 800 alcaldes, en Andalucía, o 3.500 alcaldes en el conjunto del Estado, calificando suelo urbanizable o alterando suelo urbano de modo incondicionado, o, si este acto, con evidente trascendencia comunitaria, tiene que ser integrado en un procedimiento de decisión que requiere ser resuelto por órganos colegiados comarcales o metropolitanos.

- La carencia de seguridad en el específico ámbito público de las prisiones constituye otro significativo dato de la ineficacia administrativas y jurisdiccional, que obliga a plantear el interrogante clásico de quien custodia a los custodios y, con voluntad, menos retórica, cuestionar como se supera esta insatisfactoria situación que, con el referente vinculante del Derecho Ciudadano a una Buena Administración requiere, en clave Europea, Estatal y Andaluza, adecuar las estructuras administrativas a la obviedad de que las Administraciones están al estricto servicio de los ciudadanos, que justifican la existencia de sus medios materiales, personales (autoridades y empleados públicos) y presupuestarios.

El Defensor del Pueblo Europeo, en el marco del Parlamento Europeo y de las Instituciones y Administración Comunitaria Europea; El Defensor del Pueblo, en el marco de las Cortes Generales, de las Instituciones Centrales del Estado y de la Administración General del Estado; el Defensor del Pueblo Andaluz, en

el marco del Parlamento de Andalucía, de las Instituciones Autonómicas y de la Administración Autónoma de Andalucía, y los Defensores del Ciudadano, en el marco de los Plenos de Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos, con sus correlativas Administraciones locales, constituyen la cualificada referencia para contribuir a articular las respuestas necesarias a una situación insatisfactoria y condicionada por contradicciones que, en el contexto del treinta aniversario de la Constitución, cumplidos los veinticinco años de proceso estatutario autonómico, y en el veinticinco aniversario de la Ley del Defensor del Pueblo andaluz, requiere reflexión institucional.

Los Defensores del Pueblo, armónicamente articulados en sus relaciones institucionales –en contraste con la acusada desarmonías que es constatable en las relaciones interadministrativas, constituyen el referente institucional para configurar las alternativas que requiere la efectiva materialización del Derecho a la Buena Administración⁵.

Contribuyen a este objetivo: su vinculación institucional al Parlamento, con la directa conexión a la legitimidad ciudadana del conjunto de las instituciones públicas mediante la convalidación electoral; su actuación se realiza sin el vínculo de los condicionantes procedimentales formales que condicionan la efectividad de las actuaciones públicas mediante prácticas neocorporativas, que perviven, a pesar de no resistir el menor argumento realizado desde la racionalidad del común de los sentidos, y presentan la bondad de que las actuaciones del Defensor del Pueblo están regidas por el principio de gratuidad, exonerando de costes y costas a todas las personas en situación de indefensión ante actuaciones de las administraciones públicas.

La carencia de requisitos formales en las actuaciones del Defensor del Pueblo contrasta con los principios y privilegios que definen la actuación de las Administraciones: estructura jerárquica, recursos administrativos previos, presunción de legalidad y legitimidad de las actuaciones administrativas que habilitan para la ejecución de los actos administrativos sin previa supervisión de su adecuación a Derecho ..., y permite apreciar la coexistencia de dos modelos en su configuración estructural y en su proyección operativa: el censitario y obsolecente modelo administrativo, y el emergente modelo de control configurado por el nuevo marco jurídico propiciado por la figura institucional del Defensor del Pueblo, que relega la potestas para operar con el principio ético de la auctoritas y que agrega, como práctica metodológica el acceso electrónico, aun pendiente de incorporar por las Administraciones territoriales, con la excepción de sus ramificaciones recaudatorias.

5 Para apreciar sus implicaciones conceptuales, remito a la afortunada síntesis contenida en el precitado Informe del Defensor del Pueblo Andaluz 2007, “El Derecho a una “Buena Administración” ”.

El Defensor del Pueblo, ante la dicotomía en la que opera la Ley 30/1992 – 4/1999, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que trata de integrar el modelo heredado de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1858 y, al tiempo, abre la vía a las alternativas convencionales y a fórmulas de conciliación, mediación y arbitraje, se integra en la opción alternativa y aporta completo desarrollo a las fórmulas de mediación.

El Defensor del Pueblo aporta opciones institucionales a las líneas de evolución de las actividades administrativas expresadas por la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, al expresar las contradicciones del sistema procedimental administrativo, y afirmar que “el régimen jurídico no es neutral en una dinámica de modernización del Estado”, o provocar la perplejidad de los juristas formales, al afirmar que “las técnicas jurídico formales, presuntamente garantistas han caducado” y ofrecer el prediseño contenido en la afirmación: “El régimen jurídico de las Administraciones públicas ... debe trascender las reglas de funcionamiento interno para integrarse en la sociedad a la que sirve con instrumento que promueve las condiciones para que los Derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos”, propuesta que admite ser identificada como la metodología de la actividad del Defensor del Pueblo, en su condición de promotor de los derechos de los ciudadanos, como simultáneo promotor de los contenidos singularizado en el Derecho a una Buena Administración, en calidad de concepción global de la queja particularizada por las personas que se sienten lesionadas en sus Derechos, y como agente para el cambio en las malas prácticas administrativas.

Los principios rectores de la política social y económica, han significado un revulsivo para las estructuras administrativas clásicas y sus procedimientos de actuación, con resultados tan contrapuestos a las previsiones constitucionales como las que registra el urbanismo y la vivienda, en menoscabo de la materialización del derecho a la vivienda de los ciudadanos, o la renuencia administrativa la ejecución de las sentencias judiciales, después de superar el colapso crónico de los órganos jurisdiccionales con el crónico efecto de las dilaciones indebidas⁶ y, en este inicial contexto, las previsiones del Estatuto de Andalucía de 2007, con los contenidos que incorpora en el ámbito de los “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”, artículos 12 a 41, en unión de las previsiones sobre los ámbitos competenciales, con la especificación de ámbitos materiales que agregan la determinación de finalidades y objetivos para las políticas públicas artículos 42-88, incrementan, de modo exponencial, las dificultades del modelo administrativo preexistente para poder asumir la coherente materialización de las previsiones estatutarias.

La configuración estatutaria del ciudadano como sujeto activo que, en ejercicio de sus derechos participa en el procedimiento legislativo, artículo 113, y en el

6 Sección 2ª, epígrafe VI del Informe del defensor del Pueblo 2007, cit.

procedimiento administrativo, conforme al artículo 134, en la elaboración de las disposiciones que le puedan afectar, y al que se garantiza el acceso a los archivos y registros con la previsión de la específica contribución instrumental de los medios tecnológicos, artículo 114, expresa cierto conflicto con la administración protocolizada por la documentación escrita articulada por la exclusiva referencia de la estructura jerárquica de cada unidad administrativa sin mas referente objetivos en la organización y gestión que el principio de jerarquía, escindido entre el cargo político de libre designación con su gabinete y el titular del nivel funcional más elevado, en conflictiva relativización con las fórmulas privadas de gestión pública, cuya inicial flexibilidad en la gestión no excluye la conservación de la dependencia de la estructura organizativa de la Administración territorial.

La carencia de un título específico dedicado por el Estatuto a las Administraciones de Andalucía, con el desglose, según hemos apreciado parcialmente, entre el Título III, dedicado a la “Organización territorial de la Comunidad Autónoma”, dedicado a la Administración local, artículos 89 a 98, y el Título IV “Organización Institucional de la Comunidad Autónoma” con el desarrollo del Parlamento, la Presidencia de la Junta, el Consejo de Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía, artículos 99 a 139, se inscribe en el ámbito de las dificultades de integración conceptual de las Administraciones públicas del Estado descentralizado, con proyección en el ámbito de la articulación de sus relaciones interadministrativas y en el control de sus acciones o inactividades.

Una referencia, simplificada, de la dificultad de la adecuación de las estructuras administrativas a los ambiciosos objetivos estatutarios, está expresada en el reducido ámbito de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior⁷, en la que para la materialización de sus previsiones, agrega, en su articulado⁸, como obligaciones impuestas a los Estados miembros: la “Simplificación de los procedimientos”, la “Ventanilla única” en calidad de unívoca referencia procedimental y de información, y los “Procedimientos por vía electrónica”.

En este complejo y comprometido contexto se sitúa la figura institucional del Defensor del Pueblo, en su compleja misión de supervisión de las actuación de las Administraciones en garantía de los derechos ciudadanos y con esta perspectiva analizo la Ley 9/1983, del Defensor del Pueblo Andaluz y sus sucesivas modificaciones.

7 Directiva 2006/123, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, DOCE 27.12.2006.

8 Artículos 5-7.

II. Análisis valorativo de la ley del Defensor del Pueblo Andaluz de 1983 en clave de su adecuación al estatuto de Andalucía de 2007.

La Ley del Defensor del Pueblo se enmarca en el ámbito de los primeros desarrollos legislativos del Estatuto de 1981 y sus sucesivas modificaciones han estado afectadas por aspectos de tono menor, en relación con su transcendencia institucional, como alternativa recondutora de los parámetros clásicos de control jurídico de la actividad de las Administraciones a los requerimientos, que imponen los compromisos estatutarios en el ámbito de la materialización de los derechos ciudadanos en el omnicompreensivo espectro de políticas autonómicas que diseñan.

Las reformas parciales del texto de 1983 por las leyes de 1996 y 2001 han estado limitadas a la regulación de los supuestos de cese del Defensor del Pueblo, con modificación de la previsión inicial contenida en el artículo 5 de la Ley, y las sucesivas reformas de 1996, 1998 y 2001, han tenido por objeto la estructura organizativa de los Adjuntos al Defensor del Pueblo, elevado a cuatro, artículo 8, y que incorpora el encargo a uno de ellos de la actividad correspondiente al Defensor del Menor de Andalucía.

Las modificaciones de la Ley tienen reducida transcendencia y muestran, como efecto inducido, mantener la limitada estructura de los inicios autonómicos y no contribuir a valorar el significado institucional del Defensor del Pueblo, expresado en hacer objeto del cambio legal los supuestos de su “cese” en los primeros preceptos del texto legal, en detrimento de la síntesis funcional de sus competencias en la supervisión de la actividad de las Administraciones de Andalucía para contribuir a materializar los derechos de las personas en Andalucía.

Las modificaciones de que ha sido objeto la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz permiten incorporar una primera sugerencia al deseable texto legal que adecue la singular institución del Defensor del Pueblo Andaluz a los nuevos parámetros políticos y administrativos del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007, en los que el “cese” del Defensor y la estructura organizativa de apoyo tienen que estar precedidas de la concreción de las misiones institucionales que le han sido confiadas y de la concreción de los necesarios instrumentos operativos para desarrollarlas —en línea con la sistemática que aporta el propio Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz⁹- y, con ello,

9 Aprobado por la Mesa del Parlamento, en sesión 20 de noviembre de 1985, con modificaciones incorporadas por Acuerdos de 14 de abril de 1988, 18 de febrero de 1997 y 30 de julio de 2002, Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz.

contribuir a la perfectibilidad de las Administraciones autonómicas y a la efectiva materialización de los derechos de los ciudadanos de Andalucía.

Las modificaciones que se proponen en adecuación a los nuevos requerimientos estatutarios y a los cambios socioinstitucionales sobrevenidos desde 1983 tienen los siguientes puntos de atención:

1º.- Ámbito de proyección institucional del Defensor del Pueblo Andaluz.

La conceptualización del Defensor del Pueblo Andaluz, objeto del artículo 1º de la Ley, como Comisionado del Parlamento para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título Primero de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta al Parlamento, requiere la expresa mención del Estatuto de 2007 con un doble referente: la atención de que hace objeto el catálogo de derechos de los andaluces y la necesidad de incorporar al ámbito de la supervisión de la actividad de las Administraciones Andaluzas, comprensivas de la Administración de la Junta de Andalucía y de la Administración Local de Andalucía¹⁰, los objetivos expresados por las políticas públicas que precisan los preceptos estatutarios y que, como parte de los contenidos de los derechos de los andaluces a materializar sus objetivos, requiere la supervisión de la inactividad administrativa y la supervisión de las actuaciones administrativas que estén en contradicción con esos objetivos.

El carácter servicial de la actividad administrativa y el vínculo positivo como Poder Público para con el desarrollo de las actuaciones que contribuyan a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, justifica la ampliación de las misiones institucionales del Defensor del Pueblo Andaluz, carácter servicial que, en la misma línea de remover los obstáculos institucionales, con recepción del preciso mandato expresado en el artículo 9.2 de la Constitución, requiere trascender

10 El Defensor del Pueblo Andaluz proyecta su actividad sobre todas las Administraciones de la Organización Territorial de la Comunidad Autónoma: municipios, provincial, y las entidades territoriales que puedan crearse por ley, conforme a la redacción del artículo 89 del Estatuto, y sobre la Administración de la Junta de Andalucía y sus servicios centrales y periféricos, conforme a la dicción del artículo 132.2, conjunto institucional que tiene síntesis en las Administraciones Públicas de Andalucía, en los precisos términos que utiliza el artículo 128 del Estatuto para especificar el ámbito de su supervisión en garantía de la defensa de los derechos y libertades de las personas radicadas en Andalucía, precisión conceptual de base estatutaria que requiere corregir o reinterpretar los preceptos de la Ley de Defensor del Pueblo Andaluz que utilizan términos que restringen, como el artículo 10.1 y 11.2, a la “Administración Autonómica” la actividad de supervisión de las Administraciones. La precisión terminológica sobre el ámbito de la supervisión del Defensor del Pueblo Andaluz tiene trascendencia por efecto de la creación de Defensores del Ciudadano por Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos, generadas para coadyuvar con el Defensor del Pueblo en el ámbito local, sin menoscabo de que donde no existan opera la supervisión de la Administración Local por el Defensor del Pueblo Andaluz.

el limitado criterio de dar cuenta al Parlamento de la supervisión realizada para, en explícita expresión de la función parlamentaria de verificar el control de las desviaciones a los textos legales por él aprobados, aprobar las propuestas de resolución presentadas por el Defensor del Pueblo con el explícito objetivo de corregir las desviaciones administrativas apreciadas, capacidad de propuesta ante el Parlamento que es coherente con la proyección de éste mediante el Defensor del Pueblo como su Comisionado y que parece requerir el retorno de la actividad del Defensor hacia el Parlamento, con la multiplicidad de propuestas que le pueden aportar la elocuente base de datos, personales e institucionales, sobre los que actúa y que, apreciado un problema y delimitada una solución, requiere, por coherencia institucional, eficacia y eficiencia organizativa, proyectar la aplicación de la solución, con sus implicaciones procedimentales y administrativas, incluidas las carencias institucionales u organizativas, apreciadas como problema subyacente en la lesión de los derechos de las personas, de modo que no generen ante el Defensor del Pueblo el retorno temporal de las mismas causas vinculadas a precedentes quejas, opción que está contenida en la reforma del Contencioso Administrativo por la Ley 29/1998, con la ampliación del limitado efecto de las Sentencias a las partes procesales, mediante la concesión de efectos generales a las Sentencias en materia tributaria y de personal al servicio de las Administraciones públicas¹¹.

En correspondencia con las carencias expresadas un posible texto alternativo podría incorporar como posible literal: “El Defensor del Pueblo Andaluz es el Comisionado del Parlamento, designado por este para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución, y de los Derechos Sociales, Deberes y objetivos de las Políticas Públicas establecidos en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administraciones de Andalucía, dando cuenta al Parlamento y presentando las propuestas de resolución que corrijan las correspondientes desviaciones”¹².

La coordinación prevista por el párrafo 2 del mismo artículo 1^a, con la exclusiva referencia del Defensor del Pueblo designado por las Cortes Generales, requiere ser integrada en el éxito institucional de la figura del Defensor del Pueblo en el ámbito de la Administración Local y de las Administraciones que, con carácter sectorial, han articulado figuras de supervisión de sus actuaciones mediante la acogida del Defensor de los colectivos ciudadanos sobre los que proyectan su actividad sectorial y por ello, la redacción del actual precepto -que requiere no

11 Artículos 72.3 y 110 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

12 En línea de dar contenido a las verificaciones de infracción, el punto 9 de la Comunicación al Parlamento Europeo y al Defensor del Pueblo Europeo, relativa a las relaciones con el denunciante en materia de infracciones de Derecho Comunitario, como “Resultado de la instrucción de las denuncias”, establece: “Tras la instrucción de una denuncia, los Servicios de la Comisión podrán presentar, para que esta decida, bien una propuesta de requerimiento que incoe el procedimiento de infracción contra el Estado miembro imputado, bien una propuesta de archivo del asunto”.

olvidar la coordinación con el Defensor del Pueblo Europeo, conforme muestran referentes prácticos tan significativos para Andalucía como la inmigración o las emergencias de contaminación marítima¹³. parece aconsejar un nuevo texto, que pudiera incorporar el siguiente contenido: “Ejercerá las funciones que le encomienda el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la presente Ley, y coordinará sus funciones con la del Defensor del Pueblo Europeo, el Defensor del Pueblo designado por las Cortes Generales y con los Defensores comisionados por los Plenarios de la Administración Local o por los órganos de representación de las Administraciones Corporativas o Universitarias”.

2º.- Aspectos organizativos y operativos del Defensor del Pueblo Andaluz.

La necesaria reconducción de los supuestos de cese y de las determinaciones de los Adjuntos al Defensor, conforme ha sido anticipado, al ámbito de las disposiciones adicionales de la Ley reguladora del Defensor del Pueblo, debe contribuir a enfatizar el carácter de Comisionado del Parlamento Andaluz y su relevancia institucional en el ámbito parlamentario.

La dependencia establecida por el artículo 2º.2 para las relaciones del Defensor del Pueblo Andaluz con la Comisión de Gobierno Interior y Peticiones, requiere observar que la recepción cívica a la figura y misión del Defensor del Pueblo, lo erigen en una Institución cuya intervención es demandada con preferente atención a la instancia jurisdiccional y cuya proyección, sobre todos los ámbitos administrativos con intervenciones en crecimiento exponencial, demanda también la específica atención de una comisión propia en el Parlamento de Andalucía, cuyos miembros, en colaboración con el Defensor, sus Adjuntos y sus Asesores tienen que contribuir a ir más allá del simple trámite de relación y presentación del informe anual, para realizar la necesaria analítica de las disfunciones que las quejas e informes del Defensor del Pueblo constatan y aportar, con la autoridad del Parlamento, las oportunas soluciones.

También es de apreciar que la previsión, conforme a la última reforma legal, de cuatro adjuntos, con la polarización de uno de los Adjuntos en la proyección operativa de la Ley del Menor está afectada por coyunturas que no deben mostrar la disfunción del hecho imprevisto y sobrevenido y, mediante la figura de los Asesores, deben ofrecerse soluciones flexibles con la interacción y supervisión de la Comisión del Defensor del Pueblo del Parlamento¹⁴.

13 En este sentido, la comunicación presentada a estas Jornadas por la profesora Remedios Zamora Roselló: El Defensor del Pueblo Andaluz como figura de coordinación interadministrativa a nivel autonómico, estatal y comunitario.

14 Una precisa analítica sobre el tiempo y las formas de presentación de los Informes ante el Parlamento, en el estudio del profesor Alberto Anguita Susi: Algunas notas en torno a la presentación parlamentaria

En coherencia con lo expuesto la redacción al actual Artículo 2.2 pudiera tener un literal con este posible contenido: “La Comisión del Defensor del Pueblo del Parlamento de Andalucía asumirá las relaciones con el Defensor del Pueblo y elaborará las propuestas de resolución que los informes del Defensor del Pueblo proponga al Pleno y elevará a la Comisión de Presupuestos las previsiones para las dotaciones de los Adjuntos y Asesores que demande la función institucional del Defensor del Pueblo”.

3º.- Los promotores de la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz.

La persona, como referencia conceptual singularizadora de derechos, sin los condicionantes de los parámetros administrativos de nacionalidad, residencia, vecindad, sexo, edad, o de relación especial de sujeción y dependencia, y con la sola invocación de un interés legítimo, es la habilitada para promover la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz e instar la supervisión de la actividad de las Administraciones autonómicas en defensa de los derechos y libertades de las personas.

La complementaria habilitación de los Diputados, de las Comisiones de Investigación y de la Comisión de Gobierno Interior y Peticiones, con su deseable transformación en Comisión de Defensor del Pueblo, para promover las actuaciones de éste, registra la excepción del artículo 11.3 de que no podrá presentar queja ante el Defensor del Pueblo Andaluz ninguna autoridad administrativa en asuntos de su competencia.

La referida exclusión de autoridades requiere reparar en que, asunto de competencia de cualquier autoridad administrativa, es la articulación competencial con otras Administraciones en la práctica de las relaciones interadministrativas, como habitual metodología de los procedimientos y actuaciones administrativas de las Administraciones descentralizadas y, entre las desviaciones de las actuaciones administrativas lesivas para los derechos de las personas, no puede ser excluida los requerimientos al Defensor del Pueblo para que, en exigencia del cumplimiento del principio de lealtad institucional enunciado por la Ley 30/1992-4/1999, Reguladora de las Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puedan formalizar petición de mediación del Defensor del Pueblo para evitar los efectos negativos sobre los derechos de los ciudadanos por el bloqueo en el ejercicio de sus ámbitos competenciales, como consecuencia de renuencia, inactividad o manifiesto propósito de obstruir

del Informe anual por los Defensores del Pueblo, en Revista de Derecho Político, UNED nº 63 (2005), págs. 205-215.

los procedimientos interadministrativos condicionados por la necesaria articulación de relaciones entre las Administraciones descentralizadas.

Como ejemplo de lo expuesto, no parece coherente el impedir a un Alcalde, cuyos proyectos municipales se puedan ver afectados por la inactividad de una Delegación de una Consejería o de la Propia Consejería, reivindicar el ejercicio de sus competencias bloqueadas por órganos administrativos de la Administración autonómica y, por supuesto, sin excluir la posibilidad inversa, no es razonable bloquear la competencia de una Consejería cuya programación y ejecución requiere de la activa colaboración interadministrativa municipal mediante la técnica de posponer trámites procedimentales responsabilidad del correspondiente ayuntamiento.

El ejemplo admite reproducción en el ámbito universitario: no es asimilable que un Rector de Universidad no pueda instar la intervención del Defensor del Pueblo por la acumulación de cursos académicos en condiciones antagónicas con el coherente desarrollo de las actividades docentes y, en sentido inverso, no sería sensato impedir a un Consejero autonómico requerir la intervención del Defensor del Pueblo en un eventual bloqueo por una Universidad de la adecuación de sus enseñanzas a los requerimientos impuestos por la reforma de los planes de estudio, con fácil justificación en la lesión de los derechos de los alumnos a una formación adecuada a los requerimientos que demanda la correspondiente titulación profesional.

El ámbito de la interrelación interadministrativa, se proyecta en el ámbito de las institucionales con relevancia estatutaria y, por ello, la Cámara de Cuentas, el Consejo Consultivo, el Consejo Audiovisual, y el Consejo Económico y Social, pueden y deben interaccionar con el Defensor del Pueblo por el simple efecto de apreciar en sus actuaciones lesión de derechos a personas o a colectivos sociales.

Con las consideraciones que anteceden el texto que se propone como alternativa pudiera contener un literal parecido al siguiente contenido: “No podrá presentar queja ante el Defensor del Pueblo Andaluz ninguna autoridad administrativa en asuntos de su competencia, salvo en los casos de desatención u obstrucción de otra Administración o Entidad pública en el desarrollo de las relaciones interadministrativas. La Cámara de Cuentas, el Consejo Consultivo, el Consejo Audiovisual y el Consejo Económico y Social podrán instar la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz en los supuestos en que aprecien lesión de las Administraciones en los derechos de las personas o colectivos sociales”.

4º.- Las actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz en el ámbito de la Administración de la Administración de Justicia.

La sustracción por el artículo 15 de de la Ley de las quejas relativas al funcionamiento de la Administración de Justicia en Andalucía al conocimiento del Defensor del Pueblo, mediante la previsión de que deberá remitirlas al Ministerio Fiscal o al Consejo General del Poder Judicial, con la previsión de que las quejas presentadas en este ámbito serán objeto de referencia expresa en el Informe general que deberá elevar al Parlamento de Andalucía, requieren adecuar estas previsiones a la articulación de competencias en el ámbito de la Justicia.

El mantenimiento, en el ámbito de las competencias de las Instituciones Centrales del Estado, de las competencias correspondientes a Carrera Judicial, Fiscal y Secretarías Judiciales, y las transferencias a la Junta de Andalucía de las unidades de tramitación procesal y los bienes materiales muebles e inmuebles, expresado por la jurisprudencia constitucional en la distinción entre Administración de Justicia y Administración de la Administración de Justicia¹⁵, obliga a incorporar a las posibles actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz la supervisión de la Administración de la Administración de Justicia.

El Defensor del Pueblo, en colaboración con los Secretarios Judiciales responsables de las Oficinas Judiciales, podrá actuar sobre las insuficiencias estructurales o sobre las desviaciones que puedan producirse en el ámbito de la estructura de la Administración de la Administración de Justicia, focalizada en los funcionarios de los cuerpos de tramitación procesal en la prestación de servicios realizada en las correlativas unidades administrativas, en las que la posible implicación de Jueces, Magistrados o Secretarios, generaran la necesaria vertebración de actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz con el Defensor del Pueblo Español.

La demorada aplicación y desarrollo de la Oficina Judicial, objeto de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003, ha tenido como consecuencia

15 Distinción suscitada por los letrados de las Comunidades Autónomas que recurrieron la Ley de Demarcación Judicial de 1988, STC 62/1990, Pte. Mg. Sr. Díaz Eimil y recepcionada por la jurisprudencia constitucional en sucesivas Sentencias, como ejemplo, STC 158/1992. Pte. Mg. Sr. López Guerra, y STC 105/2000, Pte. Mg. Sr. Jiménez Sánchez, en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 16/1994, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en los preceptos relativos al régimen de horario y jornada de trabajo en las Secretarías, Oficinas Judiciales, y Servicios Comunes, que determina: "...no puede negarse que frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente no se integran en ese núcleo, sino que se colocan como dice expresamente el artículo 122.1 al referirse al personal "al servicio de la Administración de Justicia", esto es no estrictamente integrado en ella. En cuanto no resultan elemento esencial en la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre medios materiales y personales...".

incrementar las consolidadas disfunciones observables en la tramitación procesal de las causas en Juzgados y Salas de todos los órdenes jurisdiccionales y con consecuencia de de especial gravedad en el ámbito de la jurisdicción penal, donde la proyección de los maleficios de la incoherente estructura organizativa de la plantilla judicial y de la estructura organizativa y operativa de la Administración de la Administración de Justicia han proyectado sobre las personas en minoría de edad las más dramáticas consecuencias.

La coherente creación de la figura del Adjunto al Defensor del Menor, objeto de la más reciente reforma de la Ley del Defensor del Pueblo, en aras de la neutralización de las ramificaciones mas graves de la desestructuración judicial como consecuencia de la obsolescencia de la Administración de la Administración de Justicia, el Adjunto del Defensor del Menor está en condiciones de polarizar la gestación de la alternativa que la Administración de la Administración de Justicia puede tener como respuesta a los luctuosos acontecimientos que se han proyectado sobre menores pero que afectan a todas las personas, en inasimilable minoración de sus derechos, por la ya inasimilable y perturbadora desestructuración de nuestro sistema jurisdiccional.

En este preocupante marco, en el que radica el ser o no ser de nuestro Estado de Derecho, la redacción del artículo 15 pudiera incorporar un contenido como el que sigue: “Cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas relativas al funcionamiento de la Administración de Justicia en Andalucía, si afectan a Jueces, Magistrados o Secretarios Judiciales, deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal, al Consejo General del Poder Judicial o al Ministro de Justicia y, si afectan a las unidades de tramitación procesal o a sus funcionarios, iniciará las oportunas actuaciones con el apoyo de la correspondiente Secretaría Judicial y de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Justicia y Administración Pública”.

La posición del Defensor del Pueblo ante la Administración de Justicia tiene el condicionante de la actual prohibición de que el Defensor del Pueblo no entrará en el examen individual de aquellas quejas con pendencia ante los Tribunales ordinarios o con recurso ante el Tribunal Constitucional, conforme al enunciado del art. 17.2, neutralización de la acción del Defensor que no impide la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas.

La incompatibilidad de vías entre la opción de la queja ante el Defensor y la opción ante los Tribunales ordinarios o Constitucional, no implica más que una limitación que opera con la preocupación de soslayar las contradicciones entre las instituciones en detrimento de la materialización de los derechos de las personas, y que requiere reparar en que, las distintas perspectivas de análisis y la distinta tramitación, es parte de la división de poderes y de la fragmentación del poder en inteligente utilidad de la preservación de los derechos de las personas, como bien

muestra la satisfacción obtenida por los ciudadanos comunitarios que han obtenido satisfacción ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo mediante la sencilla apreciación de incompatibilidad con el principio de competitividad en los procedimientos de contratación pública, ante la neutralización operativa de los Tribunales españoles, en el caso de la perturbadora figura del agente urbanizador valenciano¹⁶.

El adecuado enfoque de la neutralización de la posible actuación del Defensor por efecto de haber iniciado actuaciones antes los Tribunales, requiere reflexionar desde la perspectiva de la efectiva proyección operativa de sus actuaciones en la necesidad de control de las situaciones de agravio de derechos de las personas producidos por las Administraciones, y que requiere ir mas allá de la inoperativa decisión de seguir investigando sobre los problemas generales planteados por las quejas presentadas si se produce la inhibición por actuación de los Tribunales, y expresar la plena compatibilidad de actuaciones.

Conforme con lo expuesto, se propone la eliminación del párrafo segundo del artículo 17, con la consecuente eliminación de la incompatibilidad en el ámbito operativo del Defensor del Pueblo Andaluz¹⁷.

5º.-Efectos de la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz.

A.- Los casos de negativas, negligencia, hostilidad, entorpecimiento, abuso arbitrariedad, discriminación, negligencia, inacción de empleado público o de autoridad administrativa a las solicitudes del Defensor del Pueblo Andaluz.

-
- 16 Resolución del Parlamento Europeo 07/12/2005, Ponente: Janelly Fourtou - A6-0382/2005 y la posterior Resolución 21/06/2007, Ponentes Marcin Libicki y Maichael Cashman, con denuncia por la Comisión de la Ley Urbanística Valenciana ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y alerta de los eurodiputados sobre la “codicia” del urbanismo español, incidencia supranacional que tiene complemento en la misión oficial en España del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Vivienda Adecuada, Miloon Kothari, para verificar la situación del derecho a la vivienda en el país, visita realizada en noviembre de 2006, con presentación de recomendaciones al Gobierno de España sobre precio de vivienda, previsible crisis inmobiliaria y consecuencias sobre estructura y vida familiar, y con presentación de informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, visita, recomendaciones e informe que muestran la atípica situación del urbanismo y de la vivienda en España.
- 17 Una lucida exposición de esta problemática en la Comunicación a estas Jornadas de la profesora Carmen Ávila Rodríguez: La anhelada reforma del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, precepto de la Ley estatal que coincide en numeral y contenido literal con el precepto de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz.

La admisión de queja por el Defensor del Pueblo, tiene secuencia, conforme al artículo 18 de la Ley en que promoverá la oportuna investigación sumarial e informal para el esclarecimiento de los supuestos de la misma, y está acompañada de la previsión de que pueda haber “negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables al envío del informe inicial solicitado”, lo que podrá ser considerado por el Defensor del Pueblo “como hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su informe anual o especial, en su caso, ante el Parlamento de Andalucía”.

Las actitudes de “negativa”, “negligencia”, “hostil”, “entorpecedora” se contraponen a la obligación, establecida por el artículo 19, e impuesta a todos los poderes públicos y organismos de la Comunidad Autónoma de “auxiliar con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones”. Obligación que tiene secuencia en la habilitación al Defensor del Pueblo, a sus Adjuntos, Asesores y personas en las que deleguen, en la fase de comprobación e investigación de una queja o en expediente iniciado de oficio, para “personarse en cualquier centro de la Administración Autonómica, dependiente de la misma o afecto 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”, previsión que se completa con el mandato de que “no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación”.

Los supuestos reseñados, singularizados por el conflicto con la corrección en la gestión administrativa, tienen complemento las situaciones previstas en el artículo 22 al disponer que “Cuando las actuaciones practicadas revelen que la queja ha sido originada por el abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión de un funcionario, el Defensor del Pueblo Andaluz, podrá dirigirse al afectado haciéndole constar su criterio al respecto. Con la misma fecha dará traslado de dicho escrito al superior jerárquico, formulando las sugerencias que considere oportunas”, sorprendente criterio que tiene, no menos sorprendente continuidad, en el artículo 23, al prever que “La persistencia en una actitud hostil o entorpecedoras de la labor investigadora del Defensor del Pueblo Andaluz por parte de cualquier Organismo, funcionarios o personas al servicio de la Administración Autonómica, podrá ser objeto de un informe especial, además de destacarlo en la sección correspondiente de un informe anual”.

La trascripción de estos sorprendentes artículos, permite apreciar la inexplicable descompensación que existe entre las actitudes de funcionarios o de autoridades calificadas con los términos de “negativa”, “negligencia”, “hostil”, “entorpecedora”, “la persistencia en una actitud hostil o entorpecedora”, o con

los términos de “abuso”, “arbitrariedad”, “discriminación”, “error”, “negligencia” u “omisión”- todas ellas en manifiesto contraste con los parámetros constitucionales requeridos a la actividad administrativa por el artículo 103 de la Constitución y con las premisas, comunitarias y estatutarias, de la Buena Administración, - y las alternativas del Defensor del Pueblo Andaluz, limitadas a “dirigirse al afectado haciéndole constar su criterio al respecto”, el “traslado de dicho escrito al superior jerárquico, formulando las sugerencias que considere oportunas”, y la elaboración de “un informe especial, además de destacarlo en la sección correspondiente de su informe anual”.

Las situaciones objeto de los artículos transcritos, delimitan tipos incursos en el régimen disciplinario, que abocan a las necesarias sanciones, en función del autocontrol de la actividad administrativa en estricta adecuación a los principios de eficacia y eficiencia, y en función de las técnicas de autocontrol y autoevaluación de la calidad del nivel de los servicios prestados por los empleados públicos, con referencia subjetiva en los derechos de las personas y en el principio de mérito y capacidad, que demanda discriminar a los eficientes de los ineficientes, y con mayor nitidez, diferenciar a los incursos en las tipologías que obligan a aplicar el régimen jurídico disciplinario.

La negativa, sin motivación, en la entrega de la documentación requerida por el Defensor del Pueblo en el desarrollo de las misiones de supervisión administrativa en garantía de los derechos de la persona, la negligencia en inasimilable contraste con los requerimientos a la organización administrativa y a sus empleados de eficacia y eficiencia, la hostilidad expresada ante quien desarrolla funciones de control de actuaciones por directo mandato del Parlamento, el abuso desde la condición de empleado público o autoridad pública con inversión de la situación servicial que preconditiona el ejercicio de la función administrativa, la arbitrariedad y la discriminación con la quiebra del principio de igualdad de las personas como base de todo el sistema democrático, la negligencia en contraposición al deber de diligencia inherente a la condición de empleado público, y la omisión en contraste con el deber de actuación positiva, del empleado público o de la autoridad, en un Estado condicionado en su actuar por el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, de “remover los obstáculos” para que la libertad e igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, solo cabe situarlo en el ámbito de las tipificaciones de supuestos de irregular actuación administrativa que requieren de la oportuna tramitación del correspondiente expediente sancionador, con todas las garantías procedimentales para el empleado público y con la reprobación de quien ostente la condición de autoridad, determinante de su cese.

El Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, y con aplicación supletoria

en todos los ámbitos administrativos, ofreció cobertura tipológica a las anómalas situaciones que anteceden, y la Ley 7/2007, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007, las sigue ofreciendo, mediante la reproducción en su artículo 95 de la precedente tipología.

El artículo 6 del Reglamento, en su punto a) tipifica, como faltas muy graves, el deber de fidelidad a la Constitución en el Ejercicio de la Función Pública, tipo que reproduce el punto 2. a) del citado artículo 95 del Estatuto Básico del Empleado Público, con la novedad de agregar la fidelidad a los Estatutos de Autonomía. Es obligado afirmar que el Bloque de Constitucionalidad, es infringido a su máximo nivel si las actuaciones funcionariales menoscaban los derechos de las personas, con muestra de hostilidad o renuencia a los requerimientos del Comisionado Parlamentario que tiene la encomienda específica de la supervisión de la actividad administrativa en garantía de los derechos de la persona.

El punto b) del mismo artículo 6 tipifica, en el ámbito de las faltas muy graves, toda actuación que suponga discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social, y los supuestos de arbitrariedad o discriminación expuestos admiten ser incardinados en esta tipología. El punto 2. b) del artículo 95 del Estatuto Básico del Empleado Público enriquece los supuestos que pueden incurrir en discriminación o arbitrariedad con los referentes étnicos, de convicción u orientación sexual.

En la misma línea y en el mismo ámbito de las faltas muy graves, se sitúan los tipos de notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas, y la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas, objeto de los puntos f) y j) del mismo precepto, y objeto de los puntos 2. g) y k) del artículo 95 del Estatuto Básico, en conflicto con las situaciones de negligencia, omisión o error, con efecto lesivo para la materialización de los derechos de las personas.

En el ámbito de las faltas graves, los puntos i) y o) del artículo 7 del Reglamento, tipifica la falta de rendimiento y la graves falta de consideración a los administrados, que puede y debe ser objeto de la oportuna integración de los hechos concurrentes en estos tipos sancionadores, en concurrencia, con la tipificación, como faltas leves, de la incorrección con el público, y el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones, objeto de los puntos c) y d) del artículo 8 del Reglamento, criterios que modifica el punto 3 del artículo 95 del Estatuto Básico, al establecer que los contenidos de las faltas graves y leves remiten a los desarrollos legales de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en función del grado de vulneración de la legalidad, la gravedad de los daños y el descrédito causado a la imagen de la Administración o, con referencia en el principio jurídico indeterminado, pero determinable por la

conurrencia de los hechos, del descrédito de la Administración, el Estatuto Básico integra la “Evaluación del Desempeño” de los Empleados Públicos, aportación objeto del artículo 20, que ofrece, de modo implícito, al Defensor del Pueblo la proyección de la tramitación de las quejas y de sus resoluciones como referente para la evaluación del empleo público y, en su caso, de la dirección y gestión de las autoridades.

Necesario es recuperar el relativizado ámbito administrativo del derecho disciplinario, en coherente y necesaria aplicación del principio constitucional de jerarquía expresado por el referido artículo 103 de la Constitución, sin la metodología elusoria de ignorar los instrumentos administrativos y apuntar, sin convicción, en los artículos 24 y 25, a la comunicación al Ministerio Fiscal de conductas o hechos presumiblemente delictivos, o al ejercicio de la acción de responsabilidad.

Conforme a los datos que anteceden, la redacción sustitutiva que se propone para los artículos 18.2 y 23, podría incorporar un contenido parecido al que se transcribe: “La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores al envío del informe inicial solicitado, podrá ser considerada por el Defensor del Pueblo como hostil y entorpecedora de sus funciones, y sin perjuicio de su publicidad inmediata y de su constancia en el Informe anual o especial al Parlamento de Andalucía, podrá instar de la correspondiente Inspección de Servicios la apertura de expediente disciplinario para el empleado público causante y, si el causante tuviera rango de autoridad, el Defensor del Pueblo podrá instar de la Comisión del Defensor del Pueblo del Parlamento de Andalucía su reprobación parlamentaria. La persistencia en una actitud hostil o entorpecedora de la labor investigadora del Defensor del Pueblo por parte de cualquier empleado público o autoridad, sin perjuicio de su publicidad inmediata y de su constancia en el Informe anual o especial al Parlamento de Andalucía, será comunicada a la correspondiente Inspección de Servicios, de quien podrá instar la apertura del correspondiente expediente disciplinario para el empleado público causante y, si el causante tuviera rango de autoridad, el Defensor del Pueblo podrá instar de la Comisión del Defensor del Pueblo del Parlamento de Andalucía su reprobación parlamentaria”.

En la misma línea de control efectivo de las desviaciones administrativas producidas en el ámbito de las actividades institucionales del Defensor del Pueblo, en correspondencia con las propuestas que anteceden, en el primer párrafo del artículo 29, podría incorporarse el siguiente addenda al final del párrafo: “informando de la adopción de las correspondientes medidas correctoras” y, en el segundo párrafo del mismo artículo 29 pudiera añadirse: “y podrá instar de la Comisión del Defensor del Pueblo del Parlamento de Andalucía la reprobación parlamentaria de la correspondiente autoridad administrativa”.

B.- La revocación de actuaciones administrativas lesivas para los derechos de las personas a instancia del Defensor del Pueblo Andaluz.

La redacción del artículo 28 de la Ley opera con el criterio de que el Defensor del Pueblo no es competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Autonómica y que, sin embargo, podrá sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquellos.

Constatada por el Defensor del Pueblo la lesión de derechos de la persona como consecuencia de la supervisión de actuaciones administrativas, de oficio o instada por la persona o personas afectadas, el ordenamiento jurídico no puede amparar la permanencia de actuaciones lesivas de derechos constitucionales o estatutarios y la actuación administrativa requiere ser expulsada del ordenamiento y, por ello, el texto del artículo 28.2 pudiera tener el siguiente contenido: “Si como consecuencia de sus investigaciones el Defensor del Pueblo llegase al convencimiento de que el cumplimiento de normas, actos o resoluciones administrativas provocan o puedan provocar situaciones injustas o perjudiciales para los derechos de las personas, instará de las autoridades administrativas la derogación de la norma o la revocación de los actos o de las resoluciones administrativas”.

III. La necesidad de otorgar directa eficacia a la auditoria institucional de las administraciones públicas de andalucía, expresada en el informe anual del defensor del pueblo andaluz.

La legalidad, la seguridad jurídica, la obligación, constitucional y estatutaria de preservar a las personas en Andalucía de actuaciones administrativas conceptuadas como de “Mala Administración”, requieren que el valor que las Instituciones Públicas de Andalucía otorgan a las Auditorias como síntesis de corrección organizativa y operativa de las empresas, se apliquen, con igual o mayor prelación, a las Resoluciones de las Quejas y a los Informes del Defensor del Pueblo Andaluz como expresión de la Evaluación Institucional de las Administraciones Públicas de Andalucía, por directo efecto de la legitimidad que le otorga el Parlamento de Andalucía y por la activa contribución que prestan a la corrección objetiva de las disfunciones organizativas y operativas que aprecian.

La Comisión del Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo puede y debe ser el nexo de integración del triángulo institucional Defensor del Pueblo Andaluz-Parlamento de Andalucía-Administraciones Públicas de Andalucía, para la extracción de las consecuencias organizativas y operativas que las Resoluciones

de las Quejas y los Informes del Defensor del Pueblo de Andalucía tienen que proyectar en la consecución, de hecho y de Derecho, de la materialización del resultado de una Buena Administración en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3.4 MESA REDONDA: “REFORMAS DE LAS LEYES REGULADORAS DE LAS INSTITUCIONES AUTONÓMICAS DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO. NUEVAS PERSPECTIVAS”. INTERVIENCIÓN DE D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ, VALEDOR DO POBO.

Mi agradecimiento a la Universidad Internacional de Andalucía “Antonio Machado”, y al Defensor del Pueblo Andaluz, mi querido compañero y amigo Pepe Chamizo, al que quiero felicitar por el vigésimo quinto aniversario de la Ley reguladora de su Institución, por haberme invitado a tomar parte en estas Jornadas y permitirme aportar mi visión, como Valedor do Pobo de Galicia, acerca de las

DEFENSORÍAS DEL PUEBLO Y REFORMAS AUTONÓMICAS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Referencia a la regulación actual del Valedor do Pobo. 3. Las insuficiencias de la regulación. 4. Ante las insuficiencias y la desactualización de la normativa: plan estratégico. 5. Una cuestión específica: los derechos sociales. 6. La pluralidad de defensores. 7. Conclusiones.

1. Introducción

La necesidad de diversificar los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales dio lugar, en su momento, a la aparición de instituciones de índole jurídica que no desempeñaban funciones jurisdiccionales. En esta línea se sitúa la figura del Valedor do Pobo y las afines que en el Estado central y en las comunidades autónomas presentan similar naturaleza. Su fuerza y su desarrollo fueron afianzándose con el paso del tiempo. Hoy en día, ya nadie duda cabalmente de la positiva labor que pueden realizar. La consolidación y desarrollo del Estado

Autonómico en nuestro país ha contribuido a esta convicción acerca del buen papel que desempeñan las defensorías.

Los últimos años han originado nuevos retos y desafíos para los derechos fundamentales que los defensores tienen que afrontar insoslayablemente para responder, así, a la confianza que los ciudadanos tienen depositada en nosotros. Han cambiado cosas, tal vez muchas, pero seguimos teniendo plena legitimidad para efectuar nuestra labor. Y no sólo eso sino que quizá tal legitimidad haya aumentado ante las exigencias que atenazan a la sociedad del presente. La globalización, los problemas de la inmigración, las nuevas tecnologías, la redimensión de algunos derechos (derechos sociales, derechos de tercera y cuarta generación) son pruebas de esta situación a la que debemos responder con eficacia. Es la dinámica que nos impone la creciente complejidad de las sociedades actuales.

En esta línea de novedades también se sitúan algunas de las últimas reformas estatutarias que realizan ciertos cambios de relevancia en el escenario en el que se mueven las defensorías. No obstante, esta oleada de modificaciones estatutarias aún no se ha aplicado a Galicia, por lo que la institución del Valedor do Pobo mantiene el mismo perfil normativo. Ello es una situación criticable (lo decimos ya en estas ideas introductorias) porque cualquier regulación jurídica se resiente con el paso de dos décadas. “Las cambiantes necesidades de los ciudadanos” y las novedosas formas que ha adoptado la Administración en su actividad reclaman la pertinente adaptación de las defensorías.

Sea como fuere, pese a los cambios, debemos tratar de mantener operativa y actualizar la importante labor desarrollada durante estos años. Una labor que ha permitido ayudar a la vigencia de los principios de legalidad, eficacia y objetividad de las administraciones en el servicio de los intereses generales.

2. Referencia a la regulación actual del Valedor do Pobo

Como acabamos de decir, Galicia no ha entrado en el último proceso de reformas estatutarias, a pesar de que el Parlamento autonómico había casi ultimado un proyecto de reforma. Finalmente, el acuerdo político no llegó por lo que el tema sigue pendiente. La propia Institución del Valedor tuvo la oportunidad de intervenir en ese proceso a través de una comparecencia en la comisión parlamentaria que estudiaba esta cuestión. Es de suponer que el proceso se retomará en un futuro próximo, pero no nos corresponde a nosotros hacer ninguna valoración al respecto en este momento.

Así las cosas, la regulación del Valedor do Pobo no ha cambiado en sus ejes principales. El art. 14 del Estatuto de Autonomía de Galicia establece que

“corresponde a la Comunidad Autónoma la creación y organización mediante Ley de su Parlamento y con respeto a la institución del Defensor del Pueblo establecida en el artículo 54 de la Constitución, de un órgano similar que en coordinación con aquélla, ejerza las funciones a las que se refiere el mencionado artículo y cualesquiera otras que el Parlamento de Galicia pueda encomendarle”. Los ejes de esta previsión son dos: por un lado, la creación de un órgano de ámbito autonómico equivalente al Defensor estatal; y, por otro, el ejercicio de competencias similares a las que ejerce éste, más aquellas otras que quiera encomendarle el Parlamento gallego. Sin duda, como diremos más adelante, se trata de una regulación obsoleta.

En desarrollo de previsión estatutaria se dictó en Galicia la Ley 4/1984, del 5 de junio, del Valedor do Pobo, la cual fue a su vez ejecutada en 1997 por el Reglamento de Organización y Funcionamiento. La Ley ha sido reformada dos veces: una, a través de la Ley 3/1994, de 18 de julio; y otra, por medio de la Ley 1/2002, de 26 de marzo.

Hay que tener en cuenta que entre la elaboración del Estatuto gallego y el dictado de la Ley del Valedor do Pobo de 1984 se publicó la Ley del Defensor del Pueblo. Ello explica que la Ley 4/1984 perfile mejor la Institución que el propio Estatuto (no hay que olvidar que la previsión constitucional del art. 54 también resulta ciertamente escueta).

Con arreglo a Ley del Valedor do Pobo, este aparece como un alto comisionado del Parlamento para realizar determinadas tareas: en primer lugar, para defender los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución y en el Título Preliminar del Estatuto de Autonomía de Galicia, supervisando la actividad de la Administración autonómica, de sus empresas públicas, y de la Administración local en las materias que son competencia de la Comunidad (art. 16 Ley Valedor); y, en segundo lugar, para realizar cualquier investigación sobre la regularidad de la acción de la Administración Pública Autonómica (incluso si esa actividad no afecta directamente a los derechos de la ciudadanía) (art. 13 Ley Valedor).

3. Las insuficiencias de la regulación

La regulación estatutaria del Valedor do Pobo es una regulación que acabamos de calificar de obsoleta. Permanece la regulación original, de 1981, sobre la que el paso del tiempo ha dejado demasiadas huellas. Ya en 2004 la Junta de Coordinación y Régimen Interior de la Institución, en su reunión de 21 de septiembre de dicho año, aprobó una propuesta de reforma de la previsión estatutaria que se remitió al Presidente de la Xunta de Galicia, al Presidente del

Parlamento de Galicia y a los portavoces de los grupos parlamentarios. Estas ideas iniciales de reforma posteriormente se han ido enriqueciendo con la reflexión interna del propio órgano.

El Estatuto de Autonomía de Galicia fue elaborado antes de la aprobación de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, por lo que sólo tuvo como referencia la exigua previsión constitucional del art. 54. La Carta Magna no señala nada con relación a la posible creación de figuras autonómicas en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, ocho estatutos sí incorporan la figura en su versión originaria (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Valencia, Aragón, Canarias, Baleares). Algunas de estas previsiones definieron estas instituciones autonómicas por comparación con la institución estatal haciendo mención expresa a la salvaguarda de las funciones constitucionalmente atribuidas al Defensor del Pueblo. Es lo que hace el referido art. 14 del Estatuto de Autonomía de Galicia, que fue redactado en el periodo que va desde la aprobación de la Constitución hasta la publicación de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo. Esta circunstancia temporal es la que explica las carencias.

Los Estatutos aprobados con posterioridad a esta Ley Orgánica 3/1981 contaron con la referencia más exhaustiva que suponía tal norma en cuanto a las características de este tipo de órganos. Por ello, pudieron incorporar una previsión más detallada en sus estatutos, con la consiguiente protección reforzada que eso supuso. También sucedió lo mismo con algunos de los estatutos reformados con posterioridad (en los años 98 y 99), como Cantabria, Castilla y León, Extremadura y la Rioja.

Por lo tanto, la previsión estatutaria es insuficiente: falta la denominación de la Institución, no se perfila detalladamente su naturaleza parlamentaria, no se alude a su carácter independiente ni se impone un procedimiento de elección por mayoría reforzada. La Ley del Valedor do Pobo entra en estas cuestiones pero lo hace (permítasenos la palabra) con una “fuerza” menor dado que se trata de una ley ordinaria, carente del significado político-jurídico de un Estatuto de Autonomía.

Por todo ello, resulta más que aconsejable actualizar el art. 14 del Estatuto, que es el precepto que regula la Institución. Esta actualización debería servir para definir de manera más adecuada la figura y sus funciones. Tras más de 15 años de actividad hemos reunido el bagaje suficiente para reclamar tal reforma. Así las cosas, es aconsejable que en una próxima reforma del Estatuto de Galicia se recoja la denominación del órgano, su función básica de defensa de los derechos, la condición parlamentaria de la Institución, y la obligación de rendir cuentas al Parlamento. También parece procedente prescindir de la referencia al Defensor del Pueblo para construir la Institución autonómica. Como mucho, puede hacerse constar la necesaria coordinación con la figura estatal y cómo actuar en

caso de concurrencia. Para ello habrá que tener en cuenta la coordinación que establece la Ley estatal 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas. Esta definición por comparación con el Defensor del Pueblo pudo tener sentido en su momento, al principio del actual período constitucional, pero ahora parece más oportuno construir las defensorías por referencia a sus bases teóricas, no por comparación. Igualmente, tal vez resultara conveniente reforzar el aspecto obligatorio de las recomendaciones emitidas, o sea, explicitar con mayor rotundidad la índole coactiva de determinadas actuaciones del Valedor.

Como hemos dicho, en Galicia todavía no ha habido acuerdo político que permita la reforma de su Estatuto a pesar de que realmente existió hace poco más de un año un proyecto muy avanzado. El Valedor do Pobo intervino en la Comisión parlamentaria que estaba estudiando dicha reforma el 27 de junio de 2005 para hacer las sugerencias que acabamos de señalar en cuanto a la mejora en la definición de la Institución.

4. Ante las insuficiencias y la desactualización de la normativa: plan estratégico

Ante la falta de reformas normativas que hayan servido para actualizar el papel del Valedor do Pobo, hemos aprobado en el mes de abril un Plan Estratégico para el período 2008-2012. Dicho Plan se enmarca en el compromiso del órgano en la construcción de una sociedad democrática avanzada, reforzándose así, la legitimidad y eficacia del sistema democrático, al tiempo que se busca aumentar la eficacia del servicio público ofrecido.

Esta Plan Estratégico pivota sobre seis puntos: el servicio a las personas, los derechos de la infancia y de la adolescencia, las relaciones institucionales, la valoración externa del funcionamiento de la Administración Pública gallega, el establecimiento de una estrategia ambiental, y el impulso de la Sociedad de la Información.

Con relación al primer punto, el servicio a las personas que presta el Valedor do Pobo, estamos implementando un plan para fomentar el conocimiento de la Institución y de sus cometidos. Para ello, entre otras medidas, ya se ha renovado la imagen institucional con la adopción de un nuevo logotipo. Asimismo, se recogen los principios que fundamentan la relación de las personas, a saber: el principio de transparencia, el principio de rapidez, el principio de proximidad y el principio de

participación. De esta forma, se persigue prestar un servicio ágil, actual, completo, cercano al ciudadano y en continua adaptación a estos fines.

El Plan Estratégico pretende ser un vehículo de modernidad, que sitúe a la Institución en la sociedad democrática avanzada que entre todos debemos construir. Por ello, se insiste en cuestiones estratégicas para nuestro futuro inmediato, como el medio ambiente o las nuevas tecnologías. En este ámbito, – y como se dice en el propio Plan Estratégico- el Valedor do Pobo quiere ser un impulsor “de la Sociedad de la Información en Galicia para que la ciudadanía obtenga los adecuados beneficios de las nuevas tecnologías y pueda fortalecer sus derechos. Es más, una nueva generación de derechos (los llamados derechos de cuarta generación) se suma a los esquemas tradicionales teniendo como característica unificadora su ejercicio a través de las nuevas tecnologías en general y de Internet en particular. Corresponde al Valedor supervisar e impulsar esta nueva realidad, que incluso alumbra nuevos derechos.”

5. Una cuestión específica: los derechos sociales

La práctica de la Institución a lo largo de más de 15 años revela que el principal objeto de las reclamaciones de los ciudadanos son los derechos sociales. Entre ellos destacan los temas de salud, educación, servicios sociales y vivienda.

La relevancia jurídico-política que dichos derechos han adquirido en las evolucionadas sociedades occidentales ha abierto nuevas exigencias tanto para los responsables públicos en general como para las defensorías en particular. Es indubitado que los derechos sociales recogidos en el ordenamiento jurídico son verdaderas normas vinculantes, no principios de carácter programático, aunque tengan una virtualidad diferente habida cuenta de su dependencia de cuestiones presupuestarias. Estos derechos imponen a los poderes públicos una serie de obligaciones relativas a la consecución de los fines perseguidos. La reciente renovación de determinados Estatutos de Autonomía abre una nueva etapa para la aplicación y el entendimiento de los mismos en el ámbito de la descentralización territorial.

En Galicia, la ausencia de reforma estatutaria ha impedido de momento que se produzca la situación de otras comunidades, en las que las reformas de sus respectivos estatutos han incidido de manera especial en los derechos sociales al aparecer un nuevo catálogo de especificaciones autonómicas en este sentido. Cuando ello ha sido así, el defensor autonómico correspondiente asume un papel que antes no tenía de manera tan nítida. El Valedor do Pobo, en cambio,

se encuentra en un contexto similar al anterior pues, como hemos dicho, no ha existido reforma estatutaria.

En la comparecencia antes relatada, de 27 de junio de 2005, en la que el Valedor do Pobo expuso su posición sobre la reforma del Estatuto gallego ante la Comisión parlamentaria que estudiaba el tema, también aconsejamos que la modificación estatutaria permitiera la introducción de un catálogo de derechos sociales.

Al margen de ello, el tema de los derechos sociales también se complica porque se ve poderosamente afectado por nuevas modalidades de actuación administrativa, que suponen una gestión diferente de ciertos servicios públicos para atender a sus obligaciones en el orden social. Esto, a veces, va acompañado de opacidad y de huidas del Derecho Administrativo que dificultan la labor de las defensorías.

Con relación a esta cuestión, hay que tener en cuenta que en Galicia está abierto un proceso, de final todavía incierto, para elaborar lo que se ha denominado “Carta de derechos ciudadanos de Galicia”, en la que se incide en el tema de los derechos sociales, aunque el núcleo básico del texto es la posición genérica del ciudadano frente a la Administración autonómica. “El proceso incluye la participación del Valedor do Pobo en el proceso de elaboración y aprobación de la Carta; se prevé que la institución informe de lo adecuado de su contenido y de las garantías de su efectividad. Este proceso de sistematización debiera desembocar en un establecimiento de compromisos por sectores para el mantenimiento de un nivel adecuado de los servicios, el de estándares de servicios. Este instrumento sería muy útil para la realización del trabajo de la institución, como ha sido puesto de manifiesto por todos los defensores del pueblo en muchos foros comunes. Pero el objetivo final y de mayor relevancia institucional del proyecto de Carta de derechos ciudadanos será la posición de garante que atribuya al Valedor do Pobo, convirtiendo a la institución a partir de entonces en el observatorio permanente de la calidad de los servicios públicos. De materializarse el proyecto, la institución llevaría a cabo valoraciones generales periódicas sobre el estado de los diferentes sectores de los servicios públicos, como el sistema sanitario, la educación, los diferentes servicios sociales o la atención al medio ambiente”.

6. La pluralidad de defensores

Otra cuestión que se nos presenta como problemática, y que aún está por aclarar tanto a nivel teórico como práctico, es la concurrencia de distintos órganos de similares características a un Ombudsman. No nos referimos a la concurrencia

del Defensor estatal y los defensores autonómicos, cuya relación ya está asentada y prevista legalmente. Estamos aludiendo a otro tipo de instituciones, los que se pueden denominar defensores impropios.

Por un lado, tendríamos a los defensores sectoriales de ámbito general. En Galicia se habla desde ciertos sectores de la conveniencia de establecer un Valedor del Paciente y de un Valedor del Emigrante. Incluso se ha hablado de un Valedor del Menor. El proyecto más avanzado es del Valedor del Paciente, que ya ha sido recogido en la reforma normativa de la sanidad autonómica. La intervención directa del Valedor do Pobo en este proceso ha dado lugar que dicha Institución se integre en el propio Valedor do Pobo (uno de los vicevaledores ya existentes se encargaría de sus funciones). La política del Valedor do Pobo se encamina en la dirección de incorporar a estos defensores sectoriales. De hecho, en la actualidad, los tres vicevaledores están perfilados en sus funciones (Sociedad de la Información, Infancia, Sanidad).

Además, en Galicia tenemos un órgano que ocupa una pequeña parcela territorial. Nos referimos al Valedor do Cidadán del Ayuntamiento del Vigo. Este órgano es un comisionado del Pleno del Ayuntamiento de Vigo para la defensa de los derechos e intereses de los vecinos de Vigo, que podrá supervisar la actuación de la Administración municipal y el resto de los organismos y entidades dependientes de ella. Admitida la queja, el Valedor do Cidadán promoverá la oportuna investigación sumaria e informal, para el esclarecimiento de sus presupuestos e informará al interesado de sus resultados. Este Valedor do Cidadán rendirá cuentas anualmente al Pleno del Ayuntamiento de Vigo de la gestión realizada y los informes estarán a disposición de los vecinos.

Igualmente, en el seno de cada una de las tres universidades gallegas existen figuras similares. En la Universidad de Santiago de Compostela tenemos un Valedor de la Comunidad Universitaria, en Coruña un Valedor Universitario, y en Vigo un Tribunal de Garantías. En los tres casos estamos ante un comisionado del Claustro de la Universidad para la defensa de los derechos de los miembros de la Comunidad Universitaria (alumnos, personal docente e investigador, personal de administración y servicios). Tal vez estos casos de defensores universitarios sean menos problemáticos que el resto pues se pueden justificar sin incardinarlos en la autonomía universitaria constitucionalmente reconocida (art. 27.10 Constitución española).

Otro ámbito diferente vendría constituido por los defensores privados, que tienen una problemática específica (a veces se crean para captar clientela, otras, en cambio, son muestra de loables intenciones). Estos serían manifestación de la autonomía de los particulares y de la libertad empresarial.

No es este el momento para analizar con un poco de detalle esta diversidad de defensores porque nos llevaría un tiempo del que carecemos en la presente intervención. Sólo emitiremos una reflexión de tono genérico. Así las cosas, no cabe duda de que una “inflación” de Ombudsmen no implica necesariamente una mejor garantía de los derechos de la ciudadanía. La efectividad de los mecanismos de garantía viene dada por la correcta construcción de los mismos no por su número. El entramado formado por el Defensor del Pueblo y las defensorías autonómicas debería ser suficiente para cubrir esta parcela no jurisdiccional, pero sí jurídica, de protección de los derechos. Una confusión en este campo puede aportar más perjuicios que beneficios por el coste presupuestario, la falta de efectividad, los problemas de coordinación y el riesgo de inseguridad jurídica.

Ya en 1999, un documento aprobado por los defensores españoles (“Reflexiones de los comisionados parlamentario en torno a la creación de defensores sectoriales y locales”) se advertía que la “proliferación de Ombudsman a la que venimos asistiendo en los más variados ámbitos, a la vez que pone de manifiesto la eficacia de este modelo institucional, no deja de arrojar alguna sombra de duda sobre tal fenómeno, ya que la indiscriminada multiplicidad de instituciones con similar denominación puede terminar diluyendo del propio concepto de Ombudsman, que, de difuminarse, pudiera ver afectada su finalidad de garantizar los derechos y libertades”.

7. Conclusiones

Desde el punto de vista de Galicia, resulta necesario reformar su Estatuto de Autonomía en lo relativo a la previsión del Valedor do Pobo para mejorar la definición estatutaria de la institución en cuanto a su naturaleza y funciones. Además, sería conveniente dotarse de nuevos elementos de actuación para abordar las exigencias de los derechos sociales. El arsenal tradicional tal vez quede escaso a estas alturas. En esta labor debe tenerse presente, como criterio interpretativo, el principio *favor libertatis* o su *alter ego*, criterio *pro ciudadano*, que somete la actividad cotidiana de la Institución a una exigencia jurídica diferente al ordinario control de legalidad (propio de los tribunales de justicia, cuya labor es diferente a la de una defensoría).

De igual forma, es necesario que las defensorías estén en permanente movimiento, hagan un diario esfuerzo de actualización y dinamismo que permita respuestas ágiles y eficientes ante las quejas de la ciudadanía. Además, tampoco hay que perder de vista la tarea de evaluación de los servicios públicos y el fomento de la buena administración. Es decir, hay que tener también una visión que vaya más allá de la simple respuesta a las concretas quejas de la ciudadanía, trascender

los supuestos particulares. De este modo, “se pueden sugerir las soluciones adecuadas a los problemas recurrentes, así como poner en general conocimiento las mejores prácticas y fomentar la cultura de servicio”, corrigiendo “demoras injustificadas, el incumplimiento de los procedimientos establecidos, la falta de imparcialidad, la transmisión de información incorrecta o errónea, la incoherencia” o, incluso, la falta de cortesía.

En fin, la labor que han venido desempeñando los defensores autonómicos evidencia la importancia que ya poseen en el marco de nuestra actual forma de estado como garantía complementaria. Socialmente, se trata de instituciones plenamente consolidadas que, por ello, deben encontrar la mejor manera de responder a los retos que ha abierto el siglo XXI para los derechos fundamentales.

Muchas gracias a todos por su atención.

3.5. PONENCIA CONCLUSIVA: “PROPUESTAS DE REFORMA DE LA LEY DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ TRAS 25 AÑOS DE VIGENCIA”. GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, UNIVERSIDAD DE JAÉN. ALBERTO ANGUITA SUSI, PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL, UNIVERSIDAD DE JAÉN.

I. Premisa

La conmemoración del vigésimo quinto aniversario de la aprobación de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz (LDPA) constituye, sin lugar a dudas, una ocasión idónea para reflexionar sobre la posible reforma de la misma, teniendo en cuenta, no obstante, que cualquier propuesta de modificación requiere, como tarea previa e inexcusable, una comparativa entre el perfil teórico-normativo y el funcionamiento práctico del Defensor del Pueblo Andaluz (DPA), al objeto de mejorar la operatividad y funcionalidad de esta Institución¹.

En este sentido convendría tener presente, como punto de partida, las palabras del prof. Juan José Ruiz-Rico, para quien la configuración estatutaria del DPA como un mecanismo independiente y externo de garantía de los derechos lo convierten en una figura “competencialmente abierta”, cuyo mayor o menor grado de eficacia a la hora de cumplir su cometido dependerá de su capacidad para utilizar aquellas vías e instrumentos que sin estarle expresamente conferidos por ley tampoco le están vedados².

Frente a lo que pudiera parecer, las palabras del autor citado no suponen, en modo alguno, un alegato en favor de la desregulación del DPA, sino tan sólo una defensa de sus peculiaridades como magistratura de persuasión, lo cual significa

-
- 1 Es obvio que para la consecución de este objetivo no es suficiente con reformar la LDPA sino que resulta asimismo necesario un cambio de actitud de los actores políticos y sociales, así como también de los organismos y entes supervisados.
 - 2 “El Defensor del Pueblo Andaluz”, en AAW (Dir. Porrás Nadales A. y Ruiz-Rico J.J.), El Estatuto de Andalucía, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 200.

que pese a sus potencialidades no dejamos de estar ante una figura cuya actividad debe estar regulada por un marco jurídico concreto.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objeto del presente trabajo no es otro que el de plantear, desde una perspectiva doctrinal y científica, algunas propuestas de reforma con el fin de contribuir, tras la reciente oleada de reformas estatutarias³, al debate parlamentario que debe servir para acomodar la LDPa a las nuevas demandas y exigencias sociales, mejorando su efectividad práctica.

II. La configuración estatutaria de los comisionados parlamentarios autonómicos como referencia para una posterior reforma legal

1. Los Comisionados parlamentarios autonómicos como garantes de los derechos estatutarios

Las reformas operadas en algunos Estatutos de Autonomía han supuesto la introducción de una serie de catálogos estatutarios de derechos y principios que si bien se limitan, en gran medida, a reiterar y actualizar el contenido de los previstos en el Título I de la Constitución Española, han dado lugar a un proceso de “subjetivización de los derechos sociales”.

Con independencia del valor jurídico y del alcance de estas declaraciones estatutarias de derechos⁴, cuyo análisis desbordaría el objeto de este trabajo, entendemos que frente a la mayor abstracción que presentaban las anteriores cláusulas sociales estatutarias, un catálogo de derechos, en su mayoría de prestación, puede propiciar un mayor nivel de compromiso institucional y de exigencia ciudadana. Esto explica que en los nuevos Estatutos de Autonomía se haya consagrado la definitiva consolidación de los Comisionados parlamentarios autonómicos (CPAs) como mecanismos de garantía de los derechos tanto constitucionales como estatutarios⁵.

3 Hasta el momento, han sido objeto de reforma los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana (Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril), Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio), Islas Baleares (Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero), Andalucía (Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo), Aragón (Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril) y Castilla y León (Ley orgánica 14/2007, de 30 de noviembre). En relación a estas reformas convendría precisar que si bien éstas han supuesto, en cierto sentido, un cambio de escenario autonómico, no han repercutido sustancialmente en la configuración estatutaria de los Comisionados parlamentarios.

4 Sobre este aspecto véase la STC 247/2007, así como los votos particulares formulados a la misma.

5 El art. 59.1 del Estatuto de Aragón encomienda al Justicia de Aragón “la protección y defensa de los individuales y colectivos reconocidos en este Estatuto”; el art. 78.1 del Estatuto de Cataluña hace lo propio cuando atribuye al Síndic de Greuges “la función de proteger y defender los derechos

2. Los Comisionados parlamentarios autonómicos como controladores de la Administración

Pese a que el Defensor del Pueblo estatal es el único habilitado para supervisar los tres niveles administrativos, los nuevos Estatutos de Autonomía han extendido el ámbito de supervisión de los CPAs más allá de la Administración autonómica y de los organismos autónomos, sociedades, entidades, corporaciones y empresas que gestionan servicios públicos en régimen de concesión o autorización dependientes de dicha Administración.

Al respecto puede afirmarse que algunos de dichos Estatutos no someten a condicionante alguno la supervisión de la Administración local⁶, a diferencia de las leyes reguladoras de los CPAs, las cuales exigen que se trate de materias asumidas estatutariamente (criterio amplio), o que hayan sido delegadas o transferidas por la Comunidad Autónoma respectiva al ente local supervisado (criterio restrictivo)⁷.

En cuanto a la Administración periférica del Estado se refiere, hay que tener en cuenta que en la sentencia 142/1988, de 12 de julio, el Tribunal Constitucional mantuvo que a pesar de que este ámbito no es, en sentido estricto, objeto de

y libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto”; el art. 128.1 del Estatuto de Andalucía dispone que corresponde al Defensor del Pueblo Andaluz “la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución y en el Título I del presente Estatuto”; y, por último, el art. 18 del Estatuto de Castilla y León afirma que el Procurador del Común actúa “para la protección y defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos y de los derechos y principios reconocidos en el presente Estatuto”. A esto hay que unir que en los nuevos Estatutos de Autonomía los CPAs ya no figuran dentro del Título dedicado al Parlamento o al Consejo de Gobierno autonómico respectivo, sino que aparecen configurados como otros órganos de relevancia estatutaria, lo cual supone un reforzamiento de su autonomía.

6 El art. 18.1 del Estatuto de Castilla y León encomienda al Procurador del Común la supervisión “de la Administración de la Comunidad, la de sus entes locales y la de los diferentes organismos que de éstas dependan”. En el mismo sentido, el art. 78.1 del Estatuto de Cataluña afirma que el Síndic de Greuges “también supervisa la actividad de la Administración local de Cataluña y la de los organismos públicos o privados vinculados o que dependen de la misma”.

7 Dentro del primer grupo se encontrarían la inmensa mayoría de leyes autonómicas, como la Ley del Síndic de Greuges catalán (art. 1.1), del Valedor del Pueblo gallego (art. 1.3), del Defensor del Pueblo navarro (art. 1.3), del Justicia aragonés (art. 2.2), del Ararteko vasco (art. 9.1 c), del Diputado del Común canario (art. 17.1), del Síndic de Greuges balear (art. 1.2), del Procurador del Común de Castilla y León (art. 1.2) y del Procurador General de Asturias (art. 13.1 c). En el segundo grupo, en cambio, cabe citar el art. 1.2 de las Leyes del Defensor del Pueblo castellano-manchego, lo que viene a poner de relieve que el contenido del art. 2.1 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas, ha quedado obsoleto.

Para mayor abundamiento, véanse los trabajos de GARCÍA ÁLVAREZ M., “El control de la Administración local por los Comisionados parlamentarios autonómicos”, en AAVV., XI Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, celebradas en León los días 25 y 26 de septiembre de 1996, Servicio de Publicaciones del Procurador del Común, León, 1997; y EMBID IRUJO A., El control de la Administración Pública por los Comisionados parlamentarios autonómicos, MAP, Madrid, 1991, págs. 106 y ss. y “Los Comisionados parlamentarios autonómicos y el control de la Administración local”, en Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 238, 1988.

supervisión por los CPAs, éstos pueden dirigirse a dicha Administración para solicitarle la información que precisen en el desempeño de sus funciones, lo que en la práctica ha servido en algunos casos para que los órganos dependientes de la Administración estatal resuelvan quejas de los ciudadanos que se han visto afectados por su acción. Es más, en ocasiones ha sido el propio Defensor del Pueblo quien ha delegado en los CPAs la investigación de estas quejas, correspondiendo al primero la resolución definitiva de las mismas.

Pese a ello, el art. 128.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA) podría generar un cierto margen de duda, dado que habilita al DPA para “supervisar la actividad de las Administraciones públicas de Andalucía”⁸. Con el fin de evitar cualquier tipo de suspicacia, y teniendo cuenta lo dicho más arriba, entendemos que en virtud de esta previsión corresponde al DPA supervisar formalmente la actividad de la Administración autonómica y de los entes locales cuando éstos actúen sobre una materia asumida estatutariamente por la Comunidad Autónoma (“esfera de actuación”), de forma que aquél sólo podrá dirigirse a los órganos de la Administración central en términos de colaboración y en el desarrollo de las funciones que tiene encomendadas estatutaria y legalmente (“esfera de influencia”)⁹.

3. Los nuevos parámetros de tutela y control al servicio de los Comisionados parlamentarios autonómicos

Por lo que se refiere a la función de *control del legislativo* se abren nuevas perspectivas para los CPAs, toda vez que les corresponderá controlar la adecuación de las leyes autonómicas tanto al catálogo de derechos, tomando como base la vinculación del legislador al contenido estatutario de los mismos¹⁰, como a los objetivos y principios rectores autonómicos, que en el caso andaluz se encuentran previstos, respectivamente, en los arts. 9.4 y 40 del EAA.

En cuanto al *control del ejecutivo*, convendría señalar que en el art. 37.1 del EAA se hace referencia al desarrollo de políticas públicas, las cuales deben estar encaminadas a poner en valor el contenido de los derechos, objetivos y

8 Este precepto se asimila claramente al art. 14 del Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982, modificado por la Ley 4/1996, de 30 de diciembre.

9 Dicho de otra forma: cuando el art. 128.1 del EAA habla de Administraciones públicas “de” Andalucía no se está refiriendo a las Administraciones públicas que operan “en” Andalucía.

10 El art. 78.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece al respecto: “El Síndic de Greuges puede solicitar dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias sobre los proyectos y las proposiciones de ley sometidos a debate y aprobación del Parlamento y de los decretos leyes sometidos a convalidación del Parlamento, cuando regulan derechos reconocidos por el presente Estatuto”. Por su parte, recordemos que el art. 38 del EAA afirma: “El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos (derechos) establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”.

principios estatutarios a través de acuerdos o consensos sociales que, más allá de su concreción legal y normativa¹¹, requieren una serie de recursos materiales, financieros y organizativos que deberán ser sometidos a procesos externos de evaluación. En esta línea, por tanto, corresponderá a los CPAs, y en especial al DPA, evaluar la eficacia de dichas políticas en términos de resultados, constatando las carencias en la prestación de ciertos servicios públicos y velando por el incumplimiento de los objetivos sociales marcados. En todo caso, la consecución de esta tarea plantea como principal problema la búsqueda de los parámetros más óptimos para lograr una fiscalización verdaderamente efectiva en este ámbito.

Por otra parte, si bien la introducción del derecho estatutario a una buena administración y a la calidad de los servicios públicos ha supuesto el reconocimiento al máximo nivel normativo de los clásicos principios aplicables al funcionamiento de la Administración autonómica¹², hay que señalar que en la práctica los CPAs siempre se han caracterizado no sólo por ejercer un control de legalidad sobre la Administración, sino también por promover que la actuación de ésta se ajuste a parámetros éticos y a normas de buena conducta.

Finalmente, y dado que las demandas sociales se han subjetivado en forma de derechos estatutarios protegibles jurisdiccionalmente¹³, quizás cabría preguntarse si no debería otorgarse a los CPAs una serie de potestades legales que le permitieran funcionar como una “garantía efectiva” a la hora de reparar las vulneraciones de dichos derechos¹⁴. La posibilidad, en definitiva, de dotar a los

-
- 11 Como ha señalado AGUDO ZAMORA: “si tradicionalmente ha existido una cierta tendencia a concebir el espacio de las políticas públicas como un campo directamente vinculado al ámbito orgánico de la Administración, debe aclararse que se trata en realidad de una concepción dotada igualmente de una fuerte proyección transversal que afecta tanto a las pautas de actuación del legislador como al papel de la esfera político-gubernamental, así como al propio tejido social organizado”. (*Estado social y felicidad*, Ed. Laberinto, Madrid, 2007, p. 154).
 - 12 Arts. 31 y 133.1 del Estatuto de Andalucía, 30 del Estatuto de Cataluña, 9 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, 14 del Estatuto de Islas Baleares, 16 del Estatuto de Aragón y 12 del Estatuto de Castilla y León. El concepto de buena administración surgió en el ámbito de la Unión Europea; véase a COBREROS MENDAZONA E., “Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa”, en *Rev. Vasca de Administración Pública*, nº 64, 2002; y SÖDERMAN J., “El derecho fundamental a la buena administración”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 214, 2000. A nivel de la doctrina española destacamos a PONCE SOLÉ J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
 - 13 El art. 39 del EAA afirma: “Los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado”.
 - 14 En este sentido algún autor ha llegado a afirmar que el Defensor del Pueblo “aprieta, pero no defiende, si por defender quiere entenderse algo más amplio que el mero cuestionamiento, es decir, dar satisfacción a los derechos vulnerados” (Vid. SORIANO DÍAZ R., “Los puntos negros de la institución del Defensor del Pueblo”, en *Rev. Jueces para la Democracia*, nº 35). La posibilidad de dotar a los CPAs de legitimación ante los tribunales plantea la problemática de las vías para ello. Ante todo sería necesario modificar las leyes procesales correspondientes con el fin de otorgar a dichas figuras legitimación bien directa, bien indirecta, a través de otros órganos como el Ministerio Fiscal, cuando

CPAs de legitimación para activar los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos sería una opción que, *prima facie*, debería ser tomada con cierta cautela ya que la idiosincrasia de este tipo de figuras se sustenta, precisamente, en la *auctoritas* y en la persuasión.

No obstante, convendría reforzar legalmente la posición de los CPAs como instituciones promotoras e impulsoras de la actuación de los *tribunales de justicia* permitiéndoles controlar tanto el desarrollo de los procesos judiciales como la posterior ejecución de las sentencias, al objeto de garantizar una adecuada y efectiva tutela de los derechos de los ciudadanos. Es más, creemos que debería reconocerse a los CPAs la potestad, análoga a la que dispone el Defensor del Pueblo estatal en relación con los derechos constitucionales del Título Primero, de plantear una suerte de “recurso de amparo autonómico” que culminara el sistema estatutario de tutela de los derechos¹⁵.

III. Propuestas de reforma de la ley del defensor del pueblo andaluz

La reforma de la LDPA se presenta como una tarea prioritaria, no tanto por el impacto que las reformas estatutarias aprobadas han tenido sobre el perfil institucional y las atribuciones sustantivas de los CPAs, sino por las perspectivas de actuación que se abren para estas figuras en el escenario autonómico; pero, sobre todo, porque las reformas producidas hasta el momento en la ley andaluza han supuesto una merma de la independencia y autonomía del DPA respecto a las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, lo que no beneficia, precisamente, la labor de tutela de los derechos que esta Institución tiene atribuida. Con el fin de sistematizar los distintos aspectos susceptibles de reforma, seguiremos en nuestra exposición la estructura de la propia LDPA.

1. Función y ámbito de supervisión

La caracterización estatutaria del DPA como un mecanismo de garantía y tutela de los derechos fundamentales constituye, sin duda, la referencia inexcusable a la hora de abordar el análisis de la configuración legal de esta figura. Atendiendo a ese perfil estatutario nos encontramos, sin embargo, que en la Exposición de

esté en juego la protección de los derechos del ciudadano por una actuación de los órganos y funcionarios dependientes de la Administración.

15 Para ello, como es obvio, habría que delimitar con precisión el objeto y alcance de esta hipotética legitimación, cuya implantación requeriría una reforma de la legislación del Estado. En todo caso, con este nuevo mecanismo de produciría una homologación entre los CPAs y el Defensor del Pueblo estatal en cuanto a los mecanismos de tutela se refiere.

motivos de la LDPA se establece que su finalidad radica en “el esclarecimiento de los actos y resoluciones de las Administraciones que integran la Comunidad Autónoma en relación con los ciudadanos a la luz de lo dispuesto en el art. 103 de la Constitución y el respeto a los derechos y libertades proclamados en el Título I”. A lo que seguidamente se añade que el DPA “constituye un nuevo control externo sobre la Administración, ordenado tanto a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos como al funcionamiento de la Administración Pública”.

Esta declaración, concretada en el art. 10.1 LDPA, pone de relieve, al menos desde un punto de vista teórico, que el DPA estaría habilitado para supervisar la actividad de la Administración pública sin que esté en juego la vulneración de un derecho, lo que implicaría una vuelta a la concepción clásica de esta Institución y, de paso, una clara contradicción con la letra y el espíritu del Estatuto de Autonomía. La correcta interpretación de dichas previsiones legales pasaría por entender que la protección de los derechos va a condicionar insoslayablemente la labor de supervisión de la Administración, de forma que la finalidad básica para la que fue diseñada estatutariamente el DPA hace difícil pensar, en la práctica, en un control administrativo desvinculado de la defensa de los derechos, tal y como se encarga de recordar, parafraseando al Estatuto, el propio art. 1 LDPA¹⁶.

Al respecto, este precepto debería hacer mención expresa a la tutela de los derechos estatutarios, a cuyo efecto el DPA podrá supervisar la actividad de las Administraciones públicas, así como de los organismos públicos y privados vinculados o dependientes de las mismas y de las empresas que gestionan servicios públicos de forma concertada¹⁷, en consonancia con el art. 10.2 LDPA.

16 En el art. 1 de la Carta de Servicios y Buena Conducta del Síndic de Greuges de Cataluña, aprobada el 4 de marzo de 2008, puede leerse: “El Síndic de Greuges de Cataluña tiene la función de proteger y defender, con independencia y objetividad, los derechos fundamentales y las libertades públicas de las personas ante la Administración, de acuerdo con los derechos que recoge el Título I de la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña”.

17 Véase el documento: “Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el régimen de actuación de los entes instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía” (www.defensor-and.es). En los debates parlamentarios de elaboración de la LDPA ya salió a relucir la problemática relativa al ámbito de supervisión. Al respecto hay que recordar que el art. 1.1 del texto del proyecto de Ley afirmaba que el DPA podrá supervisar “la actividad de la Administración autonómica y local”. Tras el debate parlamentario correspondiente, y pese a que en la redacción final de dicho precepto sólo se hablaba de Administración autonómica, el portavoz socialista apostillaba: “...en el bien entendido de que para nosotros Administración autonómica también comprende ahí la Administración local, en la medida en que haya transferencia o delegación”. Por otro lado, el portavoz del Grupo Andalucista, Sr. Uruñuela Fernández, iba más allá cuando proponía que el ámbito de actuación del DPA no sólo debe abarcar la Administración autonómica y local, sino también la Administración central o periférica del Estado con sede en la Comunidad Andaluza. Frente a la polémica planteada, resultan ilustrativas las palabras del portavoz socialista, Sr. López y López, quien afirmaba: “pretender decir que (...) Administración autonómica es Administración en Andalucía, es pretender cambiar un adjetivo que se refiere al aspecto funcional por un aspecto territorial”. Extraemos el contenido de estas intervenciones del *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, nº 34, 1983. Asimismo, puede verse a CANO

Pese a que en la actualidad el legislador hable de actividad de la Administración pública, no hay que olvidar que el DPA es competente para supervisar también la inactividad de la misma, máxime si se tiene en cuenta que la tutela de los derechos sociales exige un control de la no intervención de los poderes públicos, como se establece, en relación al funcionamiento de la Administración de Justicia, en el art. 17.2 *in fine* de la LDPA.

En cualquier caso, a los efectos de evitar cualquier tipo de duplicidad y actuación concurrente en cuanto a la supervisión de los distintos niveles administrativos, sería necesario prever legalmente mecanismos de cooperación y coordinación (arts. 13 y 14 LDPA), como la posibilidad de firmar acuerdos o convenios bilaterales tanto con el Defensor del Pueblo como con el resto de CPAs¹⁸.

Otro importante aspecto que debería ser abordado en una futura reforma legal se refiere a los parámetros del DPA a la hora de supervisar los distintos niveles administrativos. En este sentido, sería oportuno actualizar el art. 10.1 LDPA, en el que se prevé que la supervisión de la Administración se llevará a cabo a la luz de lo dispuesto en el art. 103 CE, de conformidad con el contenido de los arts. 31 y 133 del EAA, los cuales obligan a que las distintas Administraciones públicas no sólo actúen con arreglo a la ley sino atendiendo a una determinada ética de funcionamiento eficiente, participativo y transparente.

2. Nombramiento, cese y sustitución

En cuanto al sistema de nombramiento respecta, convendría introducir en el procedimiento legal de designación del titular una cláusula en virtud de la cual se obligue al/los candidato/s al cargo a presentar ante la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos del Parlamento de Andalucía una declaración de bienes y actividades¹⁹. La exigencia legal de este requisito, que se viene observando en la práctica parlamentaria, no sólo contribuiría a despejar cualquier duda relacionada con las incompatibilidades del candidato, sino que serviría también para dotar de mayor transparencia al proceso de elección, reforzándose, de paso, la legitimidad de origen del titular.

BUESO J., *El Defensor del Pueblo Andaluz. Génesis y contenido de la Institución*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 1986, pp. 18 a 47.

18 La firma de acuerdos de este tipo fue introducida por el art. 2.2 de la Ley 36/1985, lo que justifica que tanto el art. 6 de la Ley del Justicia de Aragón como el art. 6 de la Ley del Defensor del Pueblo de la Rioja hayan previsto esta posibilidad. En el caso de Andalucía, el art. 24 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del DPA se refiere a este tema.

19 Véanse al respecto los arts. 11.5 de la Ley del Defensor del Pueblo de la Rioja y 3.2 de la Ley del Procurador General de Asturias. Esta exigencia legal está previsto para los Diputados en el art. 16 del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

Las causas de cese y sustitución en el cargo, por su parte, tienen una especial significación dado que trascienden el campo de la mera organización institucional u orgánica para adentrarse en el ámbito de la autonomía e independencia funcional del DPA.

Por lo que a los motivos de cese respecta, el relativo a la actuación negligente del titular puede prestarse, al menos en un plano teórico o potencial, a ciertos problemas, sobre todo porque se trata de un supuesto en cuya apreciación el Parlamento, y las fuerzas políticas que lo integran, podrían poner en entredicho la independencia del DPA. Como es sabido, la relación que une al Parlamento con el DPA es de mero auxilio técnico, no de subordinación, de forma que éste no depende, fiduciariamente hablando, de la mayoría parlamentaria que lo eligió²⁰.

Frente a la notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo, otras leyes autonómicas, con mejor criterio, hablan de incumplimiento reiterado y grave de sus obligaciones. Y para garantizar la destitución por este motivo, se establece legalmente la necesidad de convocar un debate parlamentario específico para tal fin, al que el titular tendrá derecho a asistir y hacer uso de la palabra²¹. La regulación legal en los términos expuestos, tanto del supuesto de cese como del procedimiento para llevarlo a efecto, podría evitar el planteamiento, sobre todo por los grupos de la oposición, de peticiones infundadas de cese del titular atendiendo a razones de mera oportunidad política. Dicho en otras palabras, el cese por negligencia deberá activarse solamente cuando el titular incumpla de manera notoria, pública y reiterada sus funciones o las ejerza de forma irresponsable.

Otro de los motivos de cese que debería ser objeto de reforma se refiere a la condena por la comisión de un delito. Si partimos de que el DPA es una magistratura de persuasión sustentando en la *auctoritas* del titular, tendremos que llegar inevitablemente a la conclusión de que cualquier circunstancia que afecte a su buen nombre debe dar lugar a la dimisión voluntaria, sin esperar a que el Parlamento se pronuncie. Es más, la existencia de una condena judicial es un título legal suficiente para que el cese del titular se produzca de forma automática, de aquí que no se entienda muy bien que el art. 5.2 de la LDPA establezca que el cese por la comisión de un delito doloso debe ser “decidido” por una mayoría parlamentaria de tres quintos.

Finalmente, queda por ver el sistema de sustitución previsto en los arts. 5.3 y 5.4 LDPA. En virtud del primer precepto, en el caso de expiración del mandato

20 Cuando el art. 6 LDPA establece que esta figura no recibirá instrucciones de ninguna autoridad no sólo se está refiriendo a las administrativas sino también a los parlamentarios.

21 Véanse la Ley del Justicia de Aragón (art. 11.1 g. y 11.2) o la Ley del Procurador General de Asturias (art. 6.1 e. y 6.2).

se mantendría al titular en el ejercicio de sus funciones en tanto no se proceda al nombramiento parlamentario de un nuevo titular o a la renovación del actual, en lugar de nombrar a un Adjunto para que lo sustituya temporalmente. Pese a lo acertado de esta previsión, el precepto que comentamos no resuelve en realidad el problema, dado que no adopta ninguna medida que obligue al Parlamento a pronunciarse sobre la reelección o el nombramiento de un nuevo titular al término del período de mandato²².

En cuanto al segundo precepto citado, si el cargo de DPA quedara vacante ocupará el cargo interinamente el Adjunto que determine la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos, que en virtud del art. 50.1 del Reglamento del Parlamento de Andalucía adopta sus decisiones atendiendo al criterio del voto ponderado. La introducción de este sistema de sustitución tiene su lógica si se parte del hecho de que el DPA cuenta, inexplicablemente, con cuatro Adjuntos (art. 8.1 LDPA), de ahí que el legislador no haya previsto la sustitución automática del titular por el Adjunto correspondiente atendiendo a un orden de prelación fijado previamente, como hubiera sido deseable²³, optando en cambio por dejar en manos de las fuerzas políticas con representación en la citada Comisión la capacidad para decidir cuál debe ser el Adjunto más “idóneo” para ocupar interinamente el cargo, lo que responde claramente al paulatino proceso de “subordinación política” al que se ve sometido el DPA.

En consecuencia, resulta evidente que una de las reformas más acuciantes que convendría abordar sería la del sistema de nombramiento de los adjuntos, previsto en el art. 8.1 LDPA, cuya desafortunada redacción final, pero sobre todo su interpretación y utilización en clave política-parlamentaria, supone un flagrante atentado contra la independencia y autonomía de esta Institución. Y es que la implantación de un sistema en el que las fuerzas políticas con representación parlamentaria “imponen al titular” las personas que deben ocupar el cargo de Adjunto, aparte de generar importantes disfunciones internas, constituye una buena muestra de la “politización” que acompaña la elección de ciertos cargos²⁴,

22 El art. 10.3 de la Ley del Defensor del Pueblo de la Rioja, establece que el período en funciones finaliza, en todo caso, a los seis meses de concluir el mandato, lo que obliga al Parlamento a tener que pronunciarse durante este intervalo de tiempo. Más explícito aún se muestra el art. 9.4 de la Ley del Diputado del Común de Canarias, en virtud del cual “tres meses antes de la expiración del plazo de su nombramiento, el Diputado del Común comunicará tal circunstancia, a través del Presidente del Parlamento, a la Comisión parlamentaria encargada de las relaciones con la Institución, a efectos de que ésta inicie el correspondiente procedimiento de elección”.

23 Curiosamente, el art. 10 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del DPA dispone que el titular “cesará en el desempeño de sus funciones por las causas y en los términos establecidos en los artículos 5 y 7 de su Ley, siendo en tales supuestos sustituido en las mismas, interinamente y por su propio orden, por los Adjuntos”.

24 En los debates parlamentarios de elaboración de la LDPA, el Sr. Uruñuela Fernández ya advertía que la existencia de Adjuntos no deja de ser un “sistema ideado con el fin de poder hacer juegos, juegos políticos, cuando la designación de una persona arroja determinada dificultad y se quiere dar la imagen

por más que el legislador se empeñe en justificar la existencia de cuatro adjuntos con el argumento, un tanto ingenuo, de proteger a los menores. En este contexto, aparte de las reformas legales procedentes, la mejor forma de atajar el conocido fenómeno de la “lotizzazione” radicaría en la instauración, en sede parlamentaria, de prácticas o normas convencionales que salvaguarden la necesaria independencia del DPA.

Es más, la creación por vía legal de estructuras de funcionamiento rígidas, y que además responden a intereses políticos, cae por su propio peso cuando cambia el mapa político, tal y como ha sucedido en las últimas elecciones autonómicas, celebradas en marzo de 2008, en las que la Coalición Andaluista no ha logrado representación parlamentaria. En estas circunstancias convendría preguntarse si no sería conveniente implantar un sistema en el que el titular proponga y nombre libremente a uno o dos Adjuntos, como máximo, y que lo sustituyan cuando legalmente corresponda de acuerdo con un orden de prelación fijado de antemano²⁵.

3. Prerrogativas e incompatibilidades

Pese a su título, el Capítulo III del Título I de la LDPA sólo se refiere al régimen de incompatibilidades del titular. Desde un punto de vista teórico y en aras de preservar la independencia del titular, parece obvio defender que el DPA goce de una serie de prerrogativas. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico hay que recordar que la competencia para regular el ámbito penal y procesal corresponde, en exclusiva, al legislador estatal en virtud del art. 149.1.6ª CE²⁶.

de pluralidad y, sobre todo, se quiere llegar a pactos con determinados grupos políticos de la Cámara” (*Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, nº 34, p. 1437).

- 25 Sería conveniente reflexionar también en torno al verdadero papel que debería corresponder a aquéllos dentro del organigrama y el funcionamiento interno de la Oficina del DPA. En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que, con independencia del número y de las funciones de los Adjuntos, sea el titular quien proponga y elija a los candidatos al cargo y que el Parlamento se limite a dar su conformidad. En el contexto autonómico no es esta, precisamente, la línea que han seguido algunas leyes. Al respecto destaca el art. 9.1 de la Ley del Valedor del Pueblo gallego, reformado en 2002, el cual establece: “La Comisión de Peticiones, a iniciativa de los grupos parlamentarios, propondrá al Valedor del Pueblo el nombramiento de los Vicevaledores. Corresponde al Valedor del Pueblo su nombramiento y cese”. Más allá de esta previsión, destaca la propuesta de modificación de la Ley del Ararteko llevada a cabo por la Comisión de Instituciones e Interior del Parlamento en mayo de 2008, en virtud de la cual el art. 8.2 debería decir lo siguiente: “La persona titular de la Adjuntía será designada por el Parlamento de la misma forma que el Ararteko”. Es indudable que con esta fórmula se está otorgando una mayor legitimidad y respaldo parlamentario a la figura del Adjunto, pero también lo es que lo sitúa al mismo nivel que el titular, desvirtuándose la naturaleza unipersonal de la Institución en favor de la “bicefalia”.
- 26 Vid. ARAGÓN REYES M., “La Ley del Procurador del Común de Castilla y León”, en AAW., *El Procurador del Común*, Cortes de Castilla y León-Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995, pp. 44 a 47. Esto explica que algunas leyes autonómicas reguladoras de los CPAs, como la de Canarias, Comunidad Valenciana y la Rioja, por ejemplo, regulen esta materia; mientras que otras, como la de Navarra, se

Pese ello, y dado que el art. 1 de la Ley 36/1985 carece del rango y de la idoneidad necesaria para extender a los CPAs el sistema de prerrogativas del que gozan los parlamentarios autonómicos, entendemos que la aprobación de una ley autonómica por mayoría absoluta del Pleno del Parlamento, tal y como se prevé por el art. 108 del EAA, en cuyo ámbito de reserva material quedaría incluida la “organización de las instituciones básicas” de la Comunidad, otorgaría la suficiente y necesaria cobertura para regular las prerrogativas del DPA.

En cuanto a las incompatibilidades respecta, destaca el notable protagonismo que el art. 7.1 LDPA concede a las de tipo político²⁷. Es cierto que la actuación y el desempeño de las funciones que el DPA tiene encomendadas deben quedar al margen de los intereses políticos con el fin de preservar, al menos potencialmente, su independencia, pero también lo es que no sólo las “influencias políticas” pueden perturbar la recta actuación de esta Institución. Todo ello sin olvidar que las incompatibilidades no dejan de ser una ficción jurídica, cuyo fin no es otro que “aparentar” un cierto grado de independencia, pero sabiendo que el titular va a seguir comulgando con ciertos ideales.

Esta suerte de recelo hacia la actividad política resulta cuando menos paradójica en el caso andaluz si tenemos en cuenta que el legislador autonómico se muestra, como vimos más arriba, “permisivo a la politización” en cuanto al sistema de designación de los Adjuntos se refiere, pese que el art. 8.2 LDPA pretenda dar a entender lo contrario²⁸. Es decir, por un lado se exige al titular una total asepsia política desde un punto de vista funcional, mientras que orgánicamente queda sometido a los intereses políticos representados en el Parlamento.

Por otra parte, resulta contradictorio que el legislador incluya entre las causas de incompatibilidad cualquier “actividad de propaganda política”, desconociendo que la figura de la incompatibilidad persigue evitar cualquier clase de interferencia que en el ejercicio de un determinado cargo público puede ejercer el desarrollo paralelo o simultáneo de otra función, pero no afecta a la manifestación de opiniones por el titular. Por no hablar de la extraordinaria ambigüedad y ductilidad interpretativa que encierra dicha expresión, lo que, aparte de ser incompatible

muestren cautas y se remitan a la legislación vigente y al Estatuto de Autonomía. A este segundo grupo se adscribe el art. 2.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del DPA.

27 El precepto de referencia habla de incompatibilidad con todo mandato representativo, con un cargo político o actividad de propaganda política, con la afiliación a un partido político o con el empleo activo al servicio de los mismos. En cambio, otras regulaciones autonómicas se muestran más flexibles. Al respecto destaca el art. 7.1 c) de la Ley del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana, el cual establece como causa de incompatibilidad “la afiliación a partidos políticos”.

28 Recordemos que en virtud de este precepto “el Defensor del Pueblo nombrará y separará a sus Adjuntos, previa conformidad de la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos”.

con el principio de seguridad jurídica, puede afectar a la autonomía funcional y del ejercicio de ciertos derechos fundamentales por el titular²⁹.

Por último, resulta asimismo criticable la excesiva amplitud con la que se expresa el art. 7.1 LDPA cuando afirma que el cargo de titular es incompatible con la afiliación a toda asociación o fundación³⁰. En una futura reforma legal de este precepto cabría matizar que depende del tipo de asociación o fundación de la que se trate, dado que no parece que se merme la independencia si el titular pertenece, por ejemplo, a una asociación defensora de los derechos humanos³¹. En consecuencia, debería incluirse una cláusula legal en la que se especificara que el cargo será incompatible con la pertenencia a cualquier asociación contraria a los fines y funciones que el DPA tiene atribuidas.

Tal y como puede apreciarse, el legislador andaluz se expresa en unos términos muy imprecisos a la hora de regular el régimen de las incompatibilidades, lo que convendría corregir de cara a garantizar su independencia. Por ello, la solución prevista por el art. 7.4 LDPA, consistente en atribuir a la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos la potestad para pronunciarse sobre cualquier duda o controversia en torno a las situaciones de incompatibilidad, no parece la vía más adecuada debido a los intereses políticos representados en dicha Comisión, de aquí la conveniencia de que sea el legislador quien defina y concrete jurídicamente dichas situaciones al objeto de evitar la “utilización partidista” de las mismas.

4. Tramitación de las quejas

El art. 16.1 de la LDPA establece, entre otros requisitos³², que la queja debe ser presentada por el interesado en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma. A primera vista, resulta indudable que la finalidad de este requisito no es otra que evitar que lleguen al DPA quejas desfasadas en el tiempo; no obstante, resulta

29 En consecuencia entendemos que el cargo de DPA resulta incompatible con la afiliación a un determinado partido político, pero no, por ejemplo, con la actividad de propaganda política. Otra cosa es que su posicionamiento político pueda incidir en la imagen de imparcialidad que requiere un cargo de estas características, pero ello no tiene porqué repercutir en la efectividad en el ejercicio de éste. Véase como ejemplo el art. 11 de la Ley del Defensor del Pueblo de la Rioja, en el que se separa nítidamente entre las incompatibilidades (párrafo 1 b) y las prohibiciones inherentes al ejercicio del cargo (párrafo 2).

30 El término “afiliación” empleado por el art. 7.1 LDPA parece estar pensando, más bien, para partidos políticos o sindicatos, pero no para la “pertenencia” a asociaciones o fundaciones.

31 Vid. DÍEZ BUESO L., *Los Defensores del Pueblo (Ombudsmen) de las Comunidades Autónomas*, Temas del Senado, Madrid, 1999, p. 83.

32 Entre los requisitos previstos dicho precepto habla de la presentación por el interesado de un “escrito razonado, en papel común”. Como es sabido, el uso de las nuevas tecnologías convierten dichos términos en obsoletos, de ahí que con independencia de que en la práctica se utilicen habitualmente medios tecnológicos avanzados, no estaría de más que el legislador hiciera una expresa mención a los mismos.

paradójico que la tutela de los derechos fundamentales se someta a término, sin olvidar que el cómputo dicho plazo puede convertirse en una tarea difícil, ya que el inicio del mismo se hace depender de un parámetro subjetivo de difícil prueba: el efectivo conocimiento de los hechos por el interesado. Es más, la fijación de un plazo para interponer la queja contradice y desvirtúa, en cierto sentido, la naturaleza y la flexibilidad que caracteriza el funcionamiento del DPA, asimilándolo a la actuación de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, se podría adoptar como criterio alternativo el de la duración de los efectos de la vulneración de los derechos, al efecto de establecer el margen de tiempo en que se podría presentar la queja.

El art. 17.2 LDPA, por su parte, establece la obligación de no examinar las quejas que se encuentren *sub-iudice*, así como la suspensión de sus actuaciones cuando el contenido de una queja sea objeto de impugnación ante los tribunales. La introducción estatutaria de un catálogo de derechos plantea la necesidad de agilizar los mecanismos jurisdiccionales de tutela, tal y como prevé el art. 39 del EAA. En este sentido, el DPA podría, como viene haciéndolo, jugar un importante papel a la hora de contribuir y coadyuvar a que los órganos jurisdiccionales desempeñen correctamente dicho cometido. Por este motivo, sería necesario flexibilizar, en la línea de otras regulaciones autonómicas³³, los términos en los que se expresa el art. 17.2 LDPA³⁴.

Por otra parte, art. 17.3 LDPA distingue entre las quejas anónimas, que deben ser rechazadas, y otro grupo de quejas que pueden serlo. En relación a las primeras conviene matizar que pese a la regulación legal, la práctica ha venido demostrando que si bien el DPA rechaza las quejas anónimas, por motivos obvios, ello no obsta para que en ocasiones se haya iniciado una investigación de oficio partiendo del supuesto planteado en las mismas. En cuanto a las segundas, hay que señalar que

33 El art. 16.2 de la Ley del Síndic de Greuges catalán afirma: "(...) no podrá investigar las quejas cuyo objeto se encuentre pendiente de resolución judicial, y podrá suspender su actuación si, habiéndola iniciado, una persona interesada interpone demanda o recurso ante los tribunales; deberá suspenderla, sin embargo, cuando el procedimiento sólo se encuentre pendiente de sentencia". En parecidos términos se expresa también el art. 18.2 de la Ley del Procurador General de Asturias.

34 Hay que recordar que el objetivo de este precepto no es otro que evitar duplicidades y resoluciones sustantivas contradictorias a la hora de tutelar un derecho concreto, así como evitar posibles intromisiones en el principio de independencia judicial, pero nada impide que el DPA vele, en pro de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, porque la Administración de Justicia resuelva eficazmente los asuntos de su competencia. A esta idea responde la parte final del art. 17.2 LDPA cuando se afirma que "ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas. En cualquier caso velará porque la Administración Autonómica resuelva, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados". Por lo que respecta a la primera parte de dicho precepto, hay que tener presente la eventualidad de que se haya trasladado a la esfera jurisdiccional un problema "general" planteado ante el DPA. Por ello, habría que diferenciar si se trata de recursos individuales, que no obstan para que el Defensor pueda seguir investigando cuando exista un colectivo amplio que haya preferido agotar con carácter previo la solución del caso ante éste.

las causas de rechazo no son taxativas, entre otros motivos porque en la práctica se suelen rechazar algunas quejas por otras causas no previstas legalmente³⁵. En consecuencia, y pese que *a priori* parezca un tanto absurdo intentar regular normativamente este extremo, dada la flexibilidad que rige la actuación del DPA, entendemos que de esta forma se evitaría cualquier atisbo de arbitrariedad a la hora de proteger los intereses del ciudadano que interpone la queja³⁶.

Para finalizar este apartado convendría apuntar que la forma en la que aparece redactado el art. 18 LDPA, así como otros muchos preceptos de la misma, estaría dando a entender que esta Institución sólo es competente para supervisar los organismos oficiales de las distintas Administraciones públicas, olvidando que su ámbito de actuación se extiende, asimismo, a los organismos, empresas y entidades privadas que ejercen, en régimen de autorización o concesión, potestades públicas (art. 10.2 LDPA).

5. Obligación de colaboración por parte de la Administración

El aspecto más problemático que se suscita en torno a este punto se refiere al hecho de determinar si esta “obligación”, prevista en el art. 19.1 LDPA, es aplicable sólo a los órganos de la Administración autonómica y local, o si también se extendería a los organismos dependientes de la Administración central, que escaparían al ámbito de supervisión formal del DPA. En principio, parece lógico pensar que las Administraciones que no entran la esfera de supervisión legal estarían exentas del cumplimiento del deber de colaborar, con independencia de que el DPA pudiera dirigirse a ellas con el fin de requerirles la información y los documentos oportunos a los efectos de resolver algún asunto de su competencia³⁷.

Aparte del ámbito subjetivo de aplicación, el art. 19.1 LDPA plantea asimismo el problema relativo a la naturaleza del deber de colaboración por parte de las Administraciones supervisadas. Si admitimos que el DPA funciona como una magistratura de persuasión, parece obvio defender que el legislador se estaría refiriendo a una suerte de deber moral de colaboración y no a una obligación jurídicamente exigible y sancionable en caso de incumplimiento, lo que explica que

-
- 35 Al respecto pueden citarse como motivos de rechazo no previstos expresamente por el legislador: la ausencia de interés legítimo, la no utilización previa de la vía administrativa, la duplicidad en el objeto de la queja, la falta de documentos y datos necesarios para la investigación y la incompetencia del DPA.
 - 36 En este sentido resulta ilustrativa la posibilidad de rechazar una queja por carencia de fundamento o por inexistencia de pretensión, habida cuenta de que se trata de causas que encierran un importante componente interpretativo a la hora de apreciar su aplicación práctica. En cualquier caso, el art. 17.1 LDPA se encarga de garantizar que el rechazo de la queja debe notificarse al interesado en escrito motivado.
 - 37 En este sentido puede verse la STC 142/1988, en la que se afirmaba que el deber de colaboración de las Administraciones no sometidas al control de los CPAs se limitará a proporcionales la información y el auxilio necesarios.

en ocasiones los órganos administrativos no atiendan, aun cuando se comprometen a ello, a los requerimientos que formula el DPA tanto en los expedientes de queja como en los Informes³⁸. A ello se une la inexistencia de mecanismos o vías legales tendentes a controlar el efectivo cumplimiento de las resoluciones por parte de las Administraciones, sin perjuicio de que en la práctica se hayan venido utilizando por el DPA distintos instrumentos para lograr dicho objetivo, como la reapertura de quejas a instancia del ciudadano.

En resumidas cuentas, cabe afirmar que el cumplimiento y el respeto de las medidas propuestas por el DPA van a depender, en primera instancia, de la voluntad y responsabilidad del órgano o autoridad administrativa afectada, pero también del talante y del prestigio social de esta Institución. A ello puede contribuir la difusión pública, como prevé el art. 23 LDPA, de aquellas actitudes entorpecedoras o no colaboradoras de las Administraciones públicas. Pero sería deseable que en una futura reforma legal se estableciera asimismo la posibilidad de hacer públicos los casos de buenas prácticas administrativas detectadas en la tramitación de las quejas³⁹, ya que ello generaría un indudable “efecto pedagógico” en cuanto al comportamiento exigible a los poderes públicos en el futuro, pues no debe olvidarse que el DPA debe perseguir, además de la resolución concreta de un asunto, que los órganos supervisados no vuelvan a incidir en los mismos errores.

6. Resoluciones

En relación a este punto el art. 28.2 LDPA establece que el DPA podrá proponer la modificación de aquellas normas cuyo cumplimiento puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados; previsión que debe ponerse en relación con el art. 26 LDPA, en virtud del cual el Comisionado Andaluz podrá dirigirse al Defensor del Pueblo estatal para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones normativas emanadas tanto del Parlamento como del Consejo de Gobierno de Andalucía⁴⁰.

38 Hay que señalar que el art. 502.2 del Código Penal se tipifica como delito de desobediencia la obstaculización, la negación o la dilación indebida de informes a los Defensores del Pueblo cuando éstos lo solicitaren. La finalidad de esta norma no es otra que preservar, en última instancia la operatividad y autonomía de los Defensores, sin bien es cierto que su naturaleza persuasiva convierten la posibilidad de incoar la vía penal en una posibilidad un tanto remota. Al respecto resulta ilustrativo el contenido del art. 27 de la Ley del Procurador General de Asturias.

39 Esta medida ha sido prevista por el art. 26.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del DPA en los siguientes términos: “(...) podrá incorporar al Informe anual que debe presentar al Parlamento de Andalucía una mención específica de aquellas entidades sociales que hubieran colaborado con esta Institución y se hubieran destacado en la promoción y defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título Primero de la Constitución”.

40 La referencia a la actuación normativa emanada del Gobierno adquiere una significación singular tras la entrada en vigor de los arts. 109 y 110 del EAA, en los que se reconoce la posibilidad de que el Consejo de Gobierno andaluz pueda dictar tanto Decretos-Legislativos como Decretos-Leyes.

En una futura reforma de la LDPA debería incluirse la posibilidad, prevista en Aragón, Castilla y León y la Rioja, de que el DPA pudiera dirigirse, en primera instancia, al Gobierno o al Parlamento autonómico instándole la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra aquellas disposiciones del Estado o de otra Comunidad que no respeten el ámbito de competencias estatutariamente atribuido a la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en segunda, de forma subsidiaria, al Defensor del Pueblo⁴¹. Asimismo, parece del todo punto lógico y consustancial con la configuración del DPA que éste pudiera dirigirse al Defensor del Pueblo a fin de instar la interposición de un recurso de amparo.

En todo caso, resulta evidente que el DPA no sólo estaría habilitado para plantear la modificación de una norma sino también la elaboración de la misma (“Iniciativa legislativa indirecta o impropia”). Esta idea se refuerza, aún más si cabe, si tenemos en cuenta que el grueso de la actuación del DPA se desenvuelve en el ámbito de los derechos sociales, los cuales requieren para ser efectivos del concurso tanto del Gobierno, a través de sus potestades normativas y de la previsión de los medios financieros necesarios, como del Parlamento autonómico, mediante la elaboración de las leyes y la previsión de las prestaciones y los servicios vinculados al ejercicio de dichos derechos (arts. 38 y 40.2 del EAA)⁴².

Por último, destaca el hecho de que el art. 29.1 LDPA prevea una serie de medidas -recordatorios, advertencias, recomendaciones y sugerencias- pero sin definir las legalmente. En favor de esta regulación marco cabría argüir la flexibilidad que caracteriza la actuación del DPA; sin embargo, la práctica seguida por la Institución ha puesto de relieve que en ocasiones se ha hecho un uso inadecuado, contradictorio y confuso de dichas resoluciones, de aquí la necesidad de que en un futuro se estableciera una mínima definición legal con el objeto de lograr una aplicación más eficaz de las mismas.

7. Informes al Parlamento

La presentación de los Informes anuales es el conducto a través del cual el DPA traslada al Parlamento el resultado de sus investigaciones. El estudio de las propuestas de reformas en torno a los Informes puede ser abordado desde una doble perspectiva.

41 Tal y como ha recordado la STC 247/2007: “la defensa del ámbito propio de autonomía que es condición de la legitimación institucional reservada en el art. 32.2 LOTC a las Comunidades Autónomas”. Y como se recuerda en la STC 194/2004, “no resulta exigible para la promoción de los recursos de inconstitucionalidad por las Comunidades Autónomas que dichos preceptos se refieran a supuestos que tengan materialización concreta en el momento de la promoción, bastando con que pueda tenerla y ello afecte a su acervo competencial”.

42 Sobre este punto consúltese a PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

Desde un punto de vista formal, destaca el procedimiento de presentación del Informe ante el Parlamento, aspecto sobre el cual se pronuncia el art. 13 LDPA. Con arreglo al párrafo primero, los Informes anuales deben ser presentados en el período ordinario de sesiones, pero no se concreta el momento. Es obvio que la regulación jurídica del tiempo parlamentario puede ser contraproducente, pero también lo es que la fijación legal de un intervalo legal de tiempo para la presentación podría evitar, como de hecho ha sucedido en alguna ocasión, ciertas suspicacias en torno a la intencionalidad o conveniencia del DPA de presentar el Informe en un momento dado⁴³.

Por otro lado, creemos conveniente que el acto de presentación parlamentaria de los Informes no debería limitarse a reiterar una información que los parlamentarios conocen de antemano por diversas vías, sino más bien a hacer atractivo su contenido. En esta línea, sería procedente que en una eventual reforma de la LDPA se estableciera la obligatoriedad de que los distintos grupos parlamentarios presentaran propuestas e iniciativas parlamentarias, tanto de tipo político como legislativo, a raíz del contenido de los Informes y que asumieran el compromiso de su cumplimiento⁴⁴. Asimismo, convendría prever algún procedimiento legal que permitiera al DPA tener conocimiento periódico, a través del Gobierno autonómico, de la aplicación efectiva del contenido de los Informes presentados. En definitiva, sería importante conectar la labor del DPA con la función de “impulso político” que el art. 106.2º EAA atribuye al Parlamento. En el marco de esta competencia el DPA estaría legitimado para sugerir criterios de actuación a la Administración, pero también reformas legales y reglamentarias, sobre todo porque el Ejecutivo

43 El art. 30.1 de la Ley reguladora del Síndic de Greuges de Cataluña preceptúa al respecto: “Anualmente, en el plazo de treinta días a partir del inicio del segundo período ordinario de sesiones, el Síndic de Greuges deberá presentar al Parlamento un Informe (...)”. Más concreto aún se muestra el art. 30.1 de la Ley del Procurador General de Asturias, conforme al cual: “Antes del primero de abril de cada año legislativo, el Procurador General dará cuenta a la Junta General del Principado de Asturias de la gestión realizada en un informe que presentará ante la Comisión competente (...)”.

44 Este tipo de previsiones se han concretado, hasta el momento, en Acuerdos de Pleno. En este sentido resulta paradigmático el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 26 de septiembre de 1995 (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, nº 276, de 2 de octubre de 1995), sobre los criterios de política general que desarrollará el Gobierno en consonancia con las valoraciones políticas que se desprenden del contenido del Informe anual del Defensor del Pueblo, así como las iniciativas que se van a emprender para dar cumplimiento a sus recomendaciones y sugerencias. Como puede apreciarse, los Informes deben constituir un instrumento de primer orden a la hora de proporcionar *–input–* al Parlamento y a los grupos políticos el materia suficiente para desarrollar las funciones parlamentarias correspondientes; sin embargo, la presentación del Informe no debe ser aprovechada para controlar la labor del DPA, entre otros motivos porque los Informes se limitan a reflejar la actuación de la Administración, no de la propia Institución. Pese a ello, el art. 42 de la Ley del Procurador General de Asturias establece que “la observancia de los derechos fundamentales y de las buenas prácticas en la actividad administrativa del Procurador General será supervisada por la Comisión competente para las relaciones con el Procurador General (...)”.

dispone, tras la reforma del Estatuto, de la potestad para aprobar Decretos-Leyes y Decretos-Legislativos.

Otro de los aspectos que debería ser objeto de reforma se refiere a la necesidad de establecer legalmente que los Informes anuales sean presentados ante el Pleno del Parlamento, y no con carácter previo ante la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos que, en todo caso, podría intervenir tras la presentación plenaria del Informe para discutir su contenido⁴⁵. De esta forma se evitarían duplicidades y se pondría de relieve que la dación de cuentas que supone la presentación del Informe anual tiene lugar propiamente cuando éste se presenta ante el máximo órgano de representación del Parlamento. Por lo que respecta a los Informes especiales, entendemos que al estar referidos a un aspecto concreto de la realidad social bastaría con que los mismos fueran presentados y estudiados por la Comisión competente por razón de la materia, sin necesidad de que el Pleno tenga que intervenir⁴⁶.

Desde el punto de vista material, el art. 32.1 LDPA se encarga de fijar un contenido mínimo para los Informes que lejos de erigirse en un límite a la actuación del DPA debe ser interpretado como la posibilidad de incluir en ellos cualesquiera actuaciones llevadas a cabo por esta Institución que puedan servir para trasladar al Parlamento una información más acabada. La introducción legal de una cláusula de habilitación en este sentido sería, por tanto, conveniente⁴⁷.

8. Dotación económica

La dotación económica constituye un importante elemento de cara a garantizar la independencia y autonomía del DPA, de ahí que no hayan faltado quienes defiendan que el presupuesto de esta Institución debería provenir de una partida derivada de los presupuestos generales de la Comunidad, en lugar de los previstos para el Parlamento⁴⁸, máxime si tenemos en cuenta la tendencia hacia la “emancipación parlamentaria” del DPA plasmada en su nueva ubicación estatutaria. Con todo, somos conscientes de los inconvenientes de esta propuesta, puesto

45 Vid. arts. 175.1, 2 y 3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía y 12.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del DPA. La previsión de esta materia por el Reglamento del Parlamento haría conveniente modificar con carácter previo esta norma y adaptar posteriormente la LDPA a la misma.

46 Esta es una decisión que corresponde adoptar a la Mesa del Parlamento de Andalucía al amparo de lo previsto en el art. 175.4 del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

47 Vid. como ejemplo el art. 32.2 de la Ley del Ararteko del País Vasco, así como el art. 26.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del DPA.

48 El caso más paradigmático en relación a esta posibilidad viene dado por el art. 38.1 de la Ley del Procurador General de Asturias, a cuyo tenor éste “elaborará su proyecto de presupuesto y lo remitirá al Consejo de Gobierno a través de la Junta General del Principado de Asturias, a efectos de su incorporación como Sección independiente, al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Principado”.

que el aparente reforzamiento de la autonomía del DPA quedaría desvirtuada en la práctica dado que la aprobación final del presupuesto dependería de una decisión del equipo de Gobierno de turno.

Por otra parte, sería procedente que en la LDPA se hiciera mención a la facultad del DPA para elaborar y ejecutar su propio presupuesto, en la medida en que se trata de dos aspectos cruciales para entender la autonomía presupuestaria y que, por tanto, meritan ser regulados en la Ley y no por el Reglamento de Organización y Funcionamiento del DPA⁴⁹.

IV. Reflexiones finales

Si comparamos la actual regulación estatutaria del DPA con la anterior se aprecian, indudablemente, algunos avances. Desde un punto de vista sistemático, el nuevo art. 128 EAA queda ubicado dentro de un capítulo dedicado a otras instituciones de autogobierno, a diferencia del anterior art. 46, incardinado en el capítulo relativo al Consejo de Gobierno y al Presidente de la Junta de Andalucía. Desde una perspectiva sustantiva, las novedades se refieren a la consagración del DPA como una instancia protectora de los derechos constitucionales y estatutarios (arts. 41 y 128.1 EAA) y supervisora de las Administraciones públicas de Andalucía (art. 128.1 EAA), mientras que el art. 46 hablaba tan solo de la tutela de los derechos constitucionales y del control de la Administración autonómica⁵⁰.

En todo caso, no parece que la mejor estrategia sea seguir reflexionando en torno a los resultados de la reforma estatutaria del DPA, sino plantear una batería de propuestas legales de reforma que sirvan para mejorar cualitativamente la funcionalidad, operatividad y autonomía de esta figura. En este sentido creemos que la futura revisión de la LDPA debería servir para lograr, teniendo en cuenta las propuestas realizadas en este trabajo, los siguientes objetivos: a) la eficacia en la tutela de los derechos estatutarios; b) la efectiva supervisión de las distintas Administraciones públicas; c) la plena autonomía del DPA a la hora de desempeñar sus competencias; y d) la garantía del cumplimiento y la traducción práctica de sus resoluciones y propuestas.

Es evidente que la reforma legal de estos aspectos propiciará una tutela más objetiva, cercana y eficaz de los problemas que afectan a los ciudadanos,

49 Vid. arts. 11 y 32 a 36.

50 La ampliación estatutaria del ámbito de intervención del DPA viene dado por el hecho de que la realización efectiva de los derechos estatutarios va a depender no sólo de la Administración autonómica en la medida en que la garantía y puesta en práctica de la mayoría de los derechos estatutarios se desenvolverá en el ámbito local.

pero también lo es que la consecución de este objetivo dependerá tanto de las estrategias que el DPA utilice a la hora de poner en práctica los medios y las competencias que les ofrece su ley reguladora⁵¹, como del grado de colaboración e implicación que muestren los poderes públicos y los organismos supervisados.

51 Véanse las actas de las *XXII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo* celebradas en Barcelona en octubre de 2007.

4. CLAUSURA

4.1 INTERVENCIÓN EN LA CLAUSURA DE LAS JORNADAS A CARGO DE D. JOSÉ CHAMIZO DE LA RUBIA, DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

Señora Presidenta; Autoridades; amigas y amigos:

Comprometí brevedad en la inauguración y acentuaré mi promesa en esta ocasión apenas para ofrecer dos ideas y un agradecimiento, antes de escuchar a la Señora Presidenta.

Empiezo por manifestar mi satisfacción por el curso de las Jornadas y por las aportaciones que desde diferentes sectores se han volcado a lo largo de las participaciones. No duden de que sabremos aprovechar sus contenidos y preparar, desde esta invitación sincera a la participación, los trabajos para la mejor regulación posible de nuestra Institución.

La segunda idea que les transmito es que me reafirmo en la oportunidad de estos encuentros. Más allá de las ponencias, comunicaciones o debates, aprecio los resultados de la conversación, el trato, los coloquios de muchas personas que, de una u otra forma, aportan sus trabajos a la vida de nuestras instituciones.

Les decía en las palabras de inauguración que *junto a la tramitación del conflicto individual de la queja, aprendemos a conocer el sistema organizativo que la motiva, analizamos la normativa que suscita la reclamación y estudiamos de manera específica y profunda la situación de una determinada problemática que explique, desde una concepción global, esa queja particularizada a la que queremos dar una respuesta sistemática y compartida.*

Más allá del alcance de la reforma normativa que estudiamos, sabremos volcar en nuestro trabajo diario nuevas perspectivas y más atención a los problemas ciudadanos. Al fin y al cabo, para eso estamos.

Sólo me queda agradecer el esfuerzo de todas las personas que han hecho posible la celebración de este encuentro. Y escuchemos con atención a la Señora Presidenta quien clausurará formalmente estas Jornadas. Gracias.

4.2 CLAUSURA A CARGO DE DÑA. FUEN- SANTA COVES BOTELLA, PRESIDENTA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

Sr Defensor del Pueblo Andaluz, amigo Pepe; Gerardo Ruiz-Rico, Director de las Jornadas que hoy clausuramos; Señoras y señores.

Muchas gracias por la invitación para clausurar este encuentro, ya que ello me da la oportunidad de hablar, siquiera brevemente, de algo de tantísima relevancia como es la figura del Defensor del Pueblo andaluz, y en concreto de su futuro.

Clausuramos hoy unas Jornadas realmente importantes, en las que han intervenido muy prestigiosas personalidades del mundo académico y de distintas administraciones.

Encuentro en el que se ha reflexionado, en general, sobre los retos de los Defensores del Pueblo Autonómicos ante los nuevos marcos estatutarios, entre otros el nuevo Estatuto para Andalucía. También en estas jornadas, se ha conmemorado y sometido a revisión crítica la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, cuyo 25 aniversario se cumple por estas fechas.

La oportunidad, la actualidad y la importancia para todos los poderes públicos de Andalucía de este encuentro queda, pues, fuera de toda duda.

Quisiera empezar mi intervención haciendo un primer apunte. Como saben, el Defensor del Pueblo Andaluz es elegido por el Parlamento de Andalucía; es uno de los órganos de extracción parlamentaria. No obstante, el Defensor no tiene nada de apéndice del Parlamento.

Como ha dicho el vigente titular, el Defensor del Pueblo es una institución de protección de los derechos y libertades de la ciudadanía. Lo cual supone que la mera proclamación (por solemne que sea) de los derechos de los ciudadanos, no puede entenderse sin un compromiso decidido y reglado de los poderes públicos para garantizar las condiciones sociales y económicas que hagan que esos derechos proclamados, sean simplemente creíbles y, desde luego, exigibles.

En ese sentido, una “magistratura de persuasión” como la del Defensor del Pueblo se antoja vital, si queremos que los postulados del modelo de Estado Social y Democrático de derecho, sean una realidad.

Es esta una Institución que va mucho más allá de un órgano de extracción parlamentaria, hasta el punto de que al Defensor del Pueblo, se le conoce, se le pide y se le cita por los ciudadanos mucho más que a la Presidenta del Parlamento. La vigente –quien les habla- y los y las anteriores.

(Por cierto, habrá que ocuparse de paliar ese déficit y procurar acercar el Parlamento a la sociedad, pero de eso hablaremos otro día, quizá clausurando un encuentro parecido a éste).

Estas circunstancias son producto de la propia Institución en sí misma, de su misión y de sus competencias. Pero quiero señalar algo que es de justicia: el grado de conocimiento ciudadano del Defensor del Pueblo en Andalucía, y el grado de confianza de la ciudadanía en general en sus gestiones, es un mérito en buena parte adjudicable a la impronta y al trabajo que José Chamizo ha desarrollado y desarrolla en la institución.

Las cifras avalan a la Institución y a su actual titular. En los 13 años de su responsabilidad en el cargo, ha tramitado unas 60.000 quejas, 38 informes especiales, y atendido u orientado a más de 75.000 personas. Son números realmente apabullantes.

Pero la clave no es sólo cuantitativa. Uno de los principales argumentos para la valoración y conocimiento del Defensor, sin duda la figura de mayor prestigio del ámbito parlamentario andaluz, es –como decía antes– la forma y el fondo que ha dado a su trabajo José Chamizo.

Su credibilidad deriva de su decisión de “exprimir” en beneficio de los ciudadanos y ciudadanas las competencias legales, yendo siempre a una “lectura” de la norma que va mucho más allá de la mera interpretación literal de un texto.

Para una institución que no tiene capacidad de imposición, su eficacia se sustenta sobremanera en que su titular sea capaz de generar la sensación de legitimidad y de autoridad en los poderes públicos que, de alguna manera, controlan.

Si se tiene capacidad y vocación, sensibilidad y humanidad, un defensor tiene medio camino andado porque logrará que la administración le otorgue la “auctóritas”, que decían los romanos, precisa para que la persuasión sea efectiva y modeladora de las políticas públicas.

Creo que es el caso de nuestro Defensor y de su equipo, tanto los 4 adjuntos como el resto de trabajadores de la Institución.

Pero bien es cierto que de elogios no se vive. La institución del Defensor del Pueblo, y por supuesto su titular y sus adjuntos, se encuentra en una interesante tesitura que no se resuelve con merecidos halagos.

Una situación, la que genera el nuevo marco estatutario y los incesantes nuevos retos que se plantea cada día el estado Social, que requiere de análisis de calado, jurídicos y políticos, como los que aquí se han realizado, y de puesta en marcha de políticas decididas –e incluso valientes– en el quehacer diario.

La vigente Ley del Defensor andaluz es la más veterana de las que existen en nuestro país, incluida la misma estatal. A ello se añade la reciente aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

En esta alta norma, uno de sus nuevos títulos se dedica a los derechos sociales, deberes y políticas públicas; incluyendo como uno de esos derechos a la institución del Defensor. El marco jurídico es claro, el devenir diario es el reto.

Se ha cerrado hoy este encuentro con dos temas clave sobre los que puedo tener mayor opinión en este acto: las relaciones del Defensor con el Parlamento, y propuestas para una posible reforma de la Ley del Defensor andaluz.

En el primer aspecto, debemos recordar que no han sido pocas, o al menos no han sido de poca entidad, las llamadas de atención que el actual Defensor ha expresado en la tribuna parlamentaria, ya al Gobierno, ya a los propios legisladores.

Como debe ser, ciertamente. El Defensor es un “comisionado” del Parlamento que tiene su contrato con la ciudadanía. Hace unos días recibí a Defensor y Adjuntos para la entrega de la memoria de 2007. Memoria que

será presentada muy próximamente ante la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos y posteriormente en el Pleno durante el próximo periodo de sesiones.

Más de 5.500 quejas tramitadas durante ese año de las que se hablará en sede parlamentaria. Pero quiero destacar expresamente, el peso –cada vez mayor- de las quejas abiertas de oficio, que han aumentado sensiblemente. Esto da idea de la forma de actuar del Defensor del Pueblo Andaluz a la que me refería antes.

Respecto al segundo tema, la posible reforma de la Ley del Defensor andaluz, será o no según lo que resuelvan los grupos parlamentarios presentes en la Cámara andaluza. Yo sí espero que esa reforma, cuando se plantee, se apruebe con el mismo consenso con el que se aprobó, en dos ocasiones ya, la elección de José Chamizo como titular de la institución.

Y quiero hacer un último apunte.

Cuando le pedimos a los ciudadanos que refrendaran el nuevo Estatuto de Autonomía, solicitamos el apoyo a la norma, con el argumento de que supondría uno o varios pasos adelante para Andalucía y sus habitantes. Del Estatuto deben desprenderse normas que mejoren la calidad de vida de nuestros conciudadanos. Es así, es de esta manera, como conseguiremos los representantes políticos cumplir la palabra dada cuando solicitamos el sí para este Estatuto.

El desarrollo estatutario va a centrar sin duda los principales esfuerzos en el Parlamento durante esta legislatura, la primera del nuevo Estatuto. Por tanto no se trata de un asunto menor elegir los temas a los cuales dedicaremos esfuerzos en el Parlamento durante esta legislatura. Y en este marco será especialmente relevante la institución del Defensor y la figura de su titular.

Ya hacía mención antes a la importancia, por su conocimiento público y su valoración social, de la institución del Defensor. Así pues, seamos conscientes del calado del debate que con tanto acierto ustedes han planteado en estos días.

Calado que también se manifestará en el futuro inmediato en los trabajos legislativos de desarrollo estatutario y, desde luego, en la actuación diaria de los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias de acuerdo a la normativa que se dicte.

Por cierto, la importancia de la institución, el arraigo de la misma en las distintas administraciones y en la ciudadanía y, porqué no decirlo, el buen hacer del Defensor andaluz, pueden ser culpables, de la proliferación, real o anunciada, de defensores de diversa índole.

Ya especializados por territorios –como el defensor creado para la ciudad de Sevilla; ya por temas, como menores, inmigrantes, medio ambiente, etc.

Doctores tiene la iglesia, amigo Pepe, pero a bote pronto pudiera dar la impresión que esta proliferación de defensores, aunque con toda la buena intención, puede provocar solapamientos, cuando no disfunciones, en el objetivo del mejor servicio al defendido.

Seguro que las aportaciones de cursos como éste pondrán las cosas en su verdadero sentido.

Señor Defensor, señores adjuntos: muchas gracias por su trabajo. Idéntico reconocimiento a los organizadores de esta cita, entre ellos la Universidad Internacional de Andalucía.

Cuenten, como ha ocurrido hoy, con el interés de la presidenta del Parlamento en todo lo referido a una institución que dignifica a la Cámara y a los poderes públicos de andaluces.

Quedan clausuradas las jornadas.

5. COMUNICACIONES

5.1 LA ANHELADA REFORMA DEL ARTÍCULO 17.2 DE LA LEY ORGÁNICA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ. PROFESORA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA.

I. Introducción

La actual situación de la Justicia y especialmente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se caracteriza por la saturación¹. Esta circunstancia agrava las demoras y causa, en muchos casos, la pérdida del sentido de los recursos y la efectividad de las sentencias. ¿Dónde queda la eficacia? ¿Dónde queda la defensa de los derechos de los ciudadanos? Ello conlleva a una situación de crisis que para superarse, entre otras medidas, requiere de técnicas alternativas de resolución extrajudicial. De esta manera, muchos de los conflictos entre las Administraciones públicas y los particulares llegarían a una resolución sin recurrir a los Tribunales con las bondades que de ello se puede predicar y que no son otras que, desde el punto de vista del ciudadano y la Administración, el mutuo acuerdo y la asunción

1 Desde la doctrina el profesor Nieto nos ofrece los siguientes detalles: en las Sala 3ª de los Tribunales Superiores de Justicia sólo un 1% de los procedimientos dura menos de un año, mientras que el 30% tiene una duración media de uno a tres años y un 69% tarda más de tres años en resolverse. A lo que hay que añadir el inevitable recurso ante el Tribunal Supremo, cuya duración, salvo excepciones, dura entre tres y nueve años. Un ejemplo: al iniciarse el año 1999 había pendientes en la Sala 3ª del TS 26.000 asuntos, de los que se resolvieron 11.000, pero como en el entretanto habían ingresado otros 13.000, el saldo negativo de fin de año había aumentado a 28.000. NIETO Alejandro, *La balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 298 páginas, cit, págs. 78 y 79. Desde el Consejo General del Poder Judicial se ofrecen los siguientes datos sobre los movimientos de asuntos en el 2006 de la jurisdicción Contencioso-administrativa: los juzgados de lo contencioso-administrativos registraron 254.988 nuevos casos de los cuales 221.225 fueron resueltos, pero el número de casos en tramitación a final de año como consecuencia de las causas acumuladas de años anteriores es 324.957; Los Tribunales Superiores de Justicia registraron 79.604 nuevas causas de las cuales se resolvieron 85.956, quedando a final de año 168.759 asuntos en tramitación; el Tribunal Supremo registró 12.734 asuntos de los que resolvió 12.850, quedando en tramitación a final de año 17.279. La Justicia dato a dato, año 2007, publicación del Consejo General del Poder Judicial, páginas 113 - 114.

como propia de la solución, el ahorro de gasto económico y de tiempo; y desde el punto de vista de los Tribunales, la descongestión de los mismos.

El origen de esta saturación se encuentra en el modelo de Administración que hemos asumido a partir del siglo XX. Mientras que la Administración del siglo XIX era una Administración que únicamente tenía que encargarse de la justicia, la policía, las finanzas, la guerra, las relaciones exteriores y todo lo demás quedaba a la iniciativa de los particulares, en el siglo XX el Estado tiene que hacer frente a una serie de competencias y la Administración se va extendiendo, se va burocratizando y se va haciendo una Administración interventora. Esta intervención, necesaria para garantizar los derechos, provoca un aumento de disfunciones en la actuación de los servidores públicos. Pero esta necesidad de intervención en los más diversos campos de la sociedad hace que el ciudadano se vea obligado a abrirse paso cada día ante un bosque no sólo de leyes, sino también de disposiciones nacionales e internacionales complejas y en algunos casos alejadas del fin original querido por el legislador.

Cada vez más en nuestras sociedades se elevan barreras y se abren fosos entre tales leyes y la realización efectiva de las mismas, entre las proclamaciones formales y la vigencia efectiva de los derechos, resultando esta relación continua de los ciudadanos con la Administración agobiante porque en muchas ocasiones está sustentada sobre una estructura compleja que con excesiva frecuencia ignora en sus actuaciones lo que es la coordinación entre órganos y cuyas decisiones llegan al ciudadano por las vías más variadas, en un lenguaje no fácilmente comprensible y casi siempre con un carácter imperativo difícilmente discutible para quien no sea un especialista en leyes o no tenga los medios económicos para conseguirlo. Todo ello sitúa, en no pocas ocasiones, al ciudadano objeto de una queja en un terreno de notoria inferioridad para incluso hacer valer o utilizar los instrumentos de defensa que el Estado pone a su disposición.

Esta Administración necesita un control más allá del sistema tradicional de control, es decir más allá del principio de jerarquía de la propia Administración, más allá del control parlamentario, en la forma de preguntas parlamentarias, mociones, interpelaciones o comisión de investigación, y más allá del control judicial que es un procedimiento caro y lento. Si llegamos a la conclusión de que estos controles o no cumplen su función o son excesivamente caros y lentos se deduce la necesidad de introducir en nuestro Derecho una nueva figura que fiscalice y que controle la Administración y que tenga como objetivo básico, como misión principal, la de defender los derechos fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución. Como afirma ROVIRA VIÑAS las nuevas realidades exigen nuevas legalidades, en definitiva nuevos comportamientos. El funcionamiento tradicional del Estado y su

Administración, que no es ideal pero sí necesario, ya sólo sirve para decirnos lo que es evidente y la política tiene sentido si inventa nuevas perspectivas².

Ante este panorama, nuestra Constitución nos ha dotado de una Institución que podría encarnar una de estas técnicas alternativas de resolución extrajudicial de Conflictos. Si atendemos al artículo 54 de nuestra Carta Magna, ubicado en el Capítulo IV del Título I de la Constitución y cuya rúbrica es “*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*”, se consagra la figura del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en su Título I, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

Partiendo de este artículo constitucional podemos afirmar que la institución del Defensor del Pueblo es, no sólo un instrumento de control externo de la Administración, sino también una institución concebida para resolver los conflictos de los ciudadanos con la Administración desde la persuasión, desde el diálogo, desde la mediación, utilizando como único instrumento la fuerza de la palabra y la razón. Es una magistratura de persuasión u opinión llamada a hacer cultura de paz en lo cotidiano, en lo más cercano. Es por tanto capaz de adentrarse tanto en una crítica de acciones y conductas que puedan considerarse ilegales, como en comportamientos que entran dentro del marco formal de la ley, pero que sean ineficaces, morosos, o en ocasiones, incluso, contrarios a la ética siempre que afecten a los derechos y libertades de los ciudadanos. Por ello el gran valor de la Institución ha de derivar de su autoridad (*auctoritas*) y de su funcionamiento informal y ágil. Si concebimos al Defensor del Pueblo tal y como lo hemos descrito ya nos encontramos ante un control que va más allá del sistema tradicional, pero cuya coexistencia ha de ser, respetuosa, pacífica y coordinada con éste. De hecho, es pacífica y coordinada, pues no pretende sustituir a los medios tradicionales de control en la defensa de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, sino que persiguen la finalidad de complementarlos, dinamizarlos y, con ello, hacerlos más eficaces.

Los argumentos a favor de la actividad mediadora del Defensor se podría resumir con la siguiente cita: “frente al control jerárquico, privativo de la propia Administración, el Ombudsman ofrece la ventaja de tratarse de un órgano externo, ajeno a ella. Frente al control parlamentario, insuficiente para atender a todos los casos y caldeado por móviles y maniobras políticas, presenta la objetividad y profesionalidad de la función. Frente al carácter costoso y lento del control judicial,

2 Vid. ROVIRA VIÑAS, Antonio, “*La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos*”, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 105 – 113.

ofrece, como ya se ha dicho en otras ocasiones, un procedimiento ágil, gratuito rápido y flexible. Al administrado le basta con dirigir un escrito desprovisto de formalidades, y la actuación se pone en marcha: examen en todas las dependencias administrativas, no se precisa asistencia técnica alguna para el reclamante ni caben los argumentos sutiles, dilaciones, prácticas de prueba y demoras que un letrado puede utilizar.”³

Es necesario afirmar sin miedo que la mediación es la directriz de funcionamiento del Defensor del Pueblo y aunque hoy esta función mediadora es práctica asumida, no siempre lo fue así y de hecho ello se deja sentir en el articulado de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante LODP) que no reconoce expresamente esta función. Pero vayamos por partes, analicemos primero cuál fue la voluntad del Constituyente ante las funciones del Defensor del Pueblo durante la tramitación del artículo 54 de nuestra Ley de Leyes para después analizar cuál fue la voluntad del legislador a través del análisis del *iter* parlamentario de la LODP.

II. La actividad mediadora en la regulación del Defensor del Pueblo

A. El iter parlamentario del artículo 54 de la Constitución: la delimitación de las funciones del Defensor del Pueblo:

El Defensor del Pueblo en el debate de elaboración de la Constitución no levantó apenas polémica ni suscitó discusión, ni un solo diputado o senador se planteó a fondo el problema haciendo gala de un notable desinterés por el tema. Los diputados y los senadores, pero especialmente los primeros, dejaron constancia, escrita y pública, de hasta qué punto ignoraban el verdadero alcance de la institución que estaban aprobando.

Desde el punto de vista técnico y de contenido lo más significativo del artículo 46 del anteproyecto de Constitución⁴, en palabras del Profesor GIL-ROBLES⁵, era la omisión de aspectos importantes tanto desde el punto de vista funcional como

3 Vid. PELLÓN RIVERO, R. *El Defensor del Pueblo. Legislación Española y Derecho Comparado*. Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, 1982, Madrid. 3ª edición Cit, págs. 19 y 20.

4 Artículo 46 del anteproyecto de Constitución “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, para la defensa de los derechos comprendidos en este título, quien en todo caso, podrá ejercer las acciones a que se refiere el apartado dos del artículo anterior.” B.O.C. núm. 44, de 5 enero de 1978.

5 Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A., *El Defensor del Pueblo (comentarios en torno a una proposición de ley orgánica)*. Edit. Civitas, Madrid, 1979, cit. Pág. 29.

organizativo. Se silenciaba de forma absoluta la posibilidad de que el Defensor del Pueblo pudiera controlar o fiscalizar a la Administración Pública, no se precisaba que fueran las Cortes Generales quienes eligieran al Defensor, tampoco se indicaba que fuera responsable de su gestión y que diera cuentas de la misma ante las Cortes.

En contrapartida a la ausencia de todos estos rasgos definidores del Ombudsman concebido en el Derecho comparado, el precepto del anteproyecto convertía al Defensor en posible litigante ante los Tribunales a través del recurso extraordinario de amparo y a través de la vía sumaria del artículo 45.2. De esta forma la concepción originaria del Defensor del Pueblo emergente del artículo 46 se separa de la concepción del Ombudsman de Derecho comparado, no solo por defecto sino también por exceso. En síntesis, el resultado de los trabajos de la ponencia es una redacción confusa que de haber prosperado hubiera dado entrada en nuestro ordenamiento a una figura que reunía todas las características necesarias para su inutilidad futura.

Desde el punto de vista de la crónica parlamentaria, sobre este precepto no se propuso voto particular por los ponentes de los distintos grupos parlamentarios, y si bien en un principio podemos deducir que existía absoluto acuerdo en la redacción del mismo, lo que subyace en la ausencia de voto particular no es más que la manifestación del poco interés que suscitó la institución del Defensor.

En los discursos inaugurales de las sesiones de trabajo de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, que pronunció cada representante de los diferentes grupos parlamentarios esbozando los criterios generales de cada partido en cuanto a la futura Constitución, únicamente se hicieron dos referencias expresas al Defensor del Pueblo, una de la mano de D. Gregorio PECES-BARBA⁶, y la otra de D. Manuel FRAGA IRIBARNE. En palabras del primero, toda Constitución debe cumplir una función de legitimidad, de seguridad y de justicia. Por la primera de estas funciones, la de legitimación, se da respetabilidad democrática al Estado, se adopta un determinado modelo de organización, se da en el fundamento de la soberanía popular, en el fundamento del poder constituyente, el derecho y la legitimación a todas y a cada una de las instituciones del Estado; ahora bien, esta función queda en pura retórica si no existe en el contenido de las otras dos funciones: la de seguridad y la de justicia. La legitimación, la seguridad

6 Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. *El Defensor del Pueblo*. (Comentarios... cit. pág. 15. Reproduzco en esta nota a pie de página el último párrafo de la introducción de la obra con la finalidad de destacar que aún siendo la tónica general el escepticismo sobre esta institución, si existían posturas individuales con una privilegiada concepción clarividente que había conectado con la esencia de la institución del Defensor y que auguraban, por ello su futuro éxito: "Es justo reconocer también que fue Gregorio PECES-BARBA, a quien se debe la iniciativa de que en nuestra Constitución se haya dado entrada al Ombudsman, quien actuó en este caso como elemento catalizador, al encargarme la redacción de un proyecto de ley que diera vida a las previsiones del artículo 54".

y la justicia, se constituyen, por tanto, en pilares básicos de la Constitución, y en virtud de las mismas y especialmente de la última se organiza “la garantía de los derechos y las libertades, y de la propia supervivencia de la Constitución; y se dan funciones de control en esta materia a los Tribunales ordinarios, al Ombudsman y al Tribunal Constitucional.”⁷

Por su parte D. Manuel FRAGA IRIBARNE, en su discurso de la solemne sesión inaugural de los trabajos de la Comisión, expresó en torno a las cuestiones que se refieren a la organización de la Justicia y a las garantías constitucionales que su grupo político apoyaba plenamente la idea de una justicia totalmente independiente y libre de toda clase de vínculos políticos o sindicales, defendiendo la idea de un Tribunal Constitucional que hiciera de la Constitución una norma efectiva, y “la figura de un Defensor del Pueblo que haga palpable la tutela efectiva de las libertades públicas para todos los ciudadanos.”⁸

Aquí terminan en la Comisión todas las referencias expresas a la institución del Defensor del Pueblo que conozcamos pues se carecen de datos fehacientes sobre las discusiones habidas y criterios mantenidos tanto en la ponencia de la Comisión constitucional provisional del Congreso, como en la Comisión Mixta Congreso-Senado, debido al secreto y sigilo a que se vieron sometidas sus deliberaciones, consecuencia del acuerdo entre los partidos implicados⁹.

Más adelante en la sesión del Pleno del Congreso celebrada el 4 de julio de 1978 para discutir el Proyecto de Constitución sólo D. Manuel Fraga hace mención a la institución del Defensor del Pueblo. Aún siendo escueta y telegráfica, es de justicia reconocer que fue el único que situó al Defensor del Pueblo entre las instituciones primarias de la comunidad política junto con la Corona, el Parlamento, el Gobierno y la Administración, una Justicia independiente y un Tribunal Constitucional. Aún así, es suficientemente elocuente su falta de criterio claro sobre esta institución porque tras explicar en el discurso su visión y criterio general sobre cada una de las instituciones primarias, deja justo sin tocar la del Defensor del Pueblo.

Ningún grupo parlamentario o partido político de los que participaron en la redacción del Anteproyecto se planteó una fórmula distinta del artículo 46¹⁰, desprendiéndose de esta circunstancia una conclusión lógica: el artículo 46

7 “Constitución Española: Trabajos Parlamentarios”, Volumen I, Cortes Generales, 2ª Edición preparada por Fernando SAINZ MORENO y Mercedes HERRERO DE PADURA, Volumen I, 1989, Madrid, cit. pág. 647.

8 SAINZ MORENO, F. *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I ... cit. pág. 660.

9 La adopción de este “pacto entre caballeros” de confidencialidad de los trabajos de la Ponencia, su motivación y la trascendencia del mismo se encuentra descrito en *La elaboración de la Constitución de 1978*, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; cit. págs 31 a 34.

10 Grupos parlamentarios de Alianza Popular, Comunista, Minoría Catalana, Socialistas y Unión de Centro Democrático.

formaba parte del grupo de artículos consensuados o, al menos, no discutidos y aceptados por todos los grupos. Esta situación que se produjo en enero de 1978, cambia con posterioridad a la hora de formular las enmiendas, ya que, prácticamente, todos los grupos parlamentarios, haciendo uso del derecho que les concedía el artículo 113 del Reglamento provisional del Congreso de los Diputados¹¹, presentaron las suyas provocando una primera modificación del artículo 46 que pasará más tarde a ser el 49¹².

El sentido y contenido de las enmiendas fueron muy variadas. La enmienda número 498¹³, que finalmente no fue aprobada, proponía el cambio de denominación “Comisionado parlamentario”. Este cambio, siguiendo las palabras del profesor GIL-ROBLES, tendría por finalidad reducir el aire demagógico del Título del Defensor del Pueblo. El resto del precepto presentaba una redacción lo bastante confusa, así por ejemplo, la expresión “*poderes públicos*” introducía un factor de tremenda distorsión puesto que poderes públicos son desde la Administración y el Gobierno hasta la Judicatura, el Parlamento y el propio Jefe del Estado. Con esta fórmula el Comisionado Parlamentario se hubiera convertido en un superpoder prácticamente incontrolado. En cuanto a sus poderes, por un lado se reducía a la mera realización de recomendaciones para la defensa de los derechos fundamentales, y por otro lado, se extendía al poder de recabar la tutela de los derechos reconocidos en el capítulo segundo ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso extraordinario de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el texto del artículo 46 del Anteproyecto y en la enmienda analizada la función del Defensor del Pueblo se circunscribía a la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, sin hacer mención alguna a la facultad de supervisar

-
- 11 Artículo 113: “1. Una vez finalizado el trabajo de la Ponencia, se publicará el anteproyecto y los votos particulares, si los hubiere, en el Boletín Oficial de las Cortes, abriéndose un plazo de 20 días naturales para la presentación de enmiendas, en el que todos los Grupos parlamentarios y Diputados podrán proponer modificaciones de orden general a aquél, así como propuestas concretas de redacción en los puntos que consideren oportunos.”
 - 12 Artículo 49: “1. Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título. 2. El defensor del Pueblo velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de Derecho por parte de los poderes públicos, supervisando la actividad de la Administración e informando a las Cortes Generales.” B.O.C. número 135, de 24 de julio de 1978, pág. 2957.
 - 13 Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Mixto: Primer firmante, don Raúl Morodo Leoncio, proponiendo la redacción siguiente: “1. Las Cortes Generales nombrarán el Comisionado Parlamentario, quien de oficio o a instancia de los ciudadanos podrá dirigirse a los poderes públicos haciendo las recomendaciones necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. 2. El Comisionado Parlamentario para dicha defensa podrá ejercitar las acciones a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior. 3. Las Cortes regularán esta institución, cuya titularidad no recaerá en un parlamentario.” Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pág. 330

la actividad de la Administración Pública. Es a raíz de la enmienda número 391¹⁴ y número 697¹⁵, ambas aprobadas, cuando se planteó esta posibilidad. Si bien la fórmula utilizada en esta primera enmienda para predicar el control de la Administración por parte del Defensor es calificada por el profesor GIL-ROBLES como pobre y confusa. La segunda de las enmiendas se aproximaba de forma mucho más clara a la verdadera esencia de la institución porque el supervisar la actuación de las Administraciones Públicas es la razón de ser del Ombudsman, mientras que el informe y la publicidad del mismo, su gran arma en orden a la eficacia de su gestión. Los comunistas proponían este segundo párrafo para ampliar el marco de la competencia del Defensor de conformidad con el derecho comparado y con las necesidades sociales. Pero es criticable la referencia a los poderes públicos, por las razones expuestas en el comentario a la enmienda número 498, formulada por don Raúl Morodo del Grupo Parlamentario Mixto.

Significativas peculiaridades aportaba el análisis de la última enmienda presentada en este trámite que llevaba por número el 779¹⁶ y fue parcialmente aprobada. Las peculiaridades se predicaban no solo por sus aciertos sino también por sus graves errores. Entre los primeros la advertencia entre los posibles roces o conflictos entre el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal; y entre los segundos, la comparación de regímenes político-administrativos muy diferentes.

Iniciemos el comentario precisando que las coordenadas de la enmienda de U.C.D. estaban definidas por tres puntos esenciales: la imprecisión, el recorte de competencias y el miedo. Imprecisión por cuanto que se le atribuía como competencia esencial “la defensa de los derechos de los ciudadanos”, esta fórmula era sumamente genérica y vaga puesto que no precisaba frente a quién se defendían los derechos, ni a qué derechos se refería.

-
- 14 Enmienda número 391. Grupo Socialista del Congreso. Texto que se propone: “Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título y de la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Administración Pública. El Defensor del Pueblo, en todo caso, podrá ejercer las acciones a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pág. 295.
- 15 Enmienda número 697. Grupo Parlamentario Comunista. Añadir un nuevo párrafo que diga lo siguiente: “2. El defensor del Pueblo velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de Derecho por parte de los Poderes Públicos, supervisando la actividad de la administración e informando a las Cortes Generales”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pág. 425.
- 16 Enmienda número 779. Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos de los ciudadanos. Todos los ciudadanos podrán presentar sus quejas y reclamaciones al Defensor del Pueblo, quien las tramitará sin poder decisorio, dirigiendo a los órganos administrativos correspondientes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias o trasladando el expediente al Fiscal del Reino. Su actuación no podrá invadir aquellos medios de tutela reservados por las leyes a los Tribunales de Justicia o al Ministerio Fiscal”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pág. 749.

Recorte de competencias y miedo por cuanto que expresamente se le negaba el poder decisorio a sus recomendaciones, reduciéndosele a una mera actividad de recomendación a los órganos administrativos para prevenir y reparar injusticias, con la semioculta finalidad de evitar que se convirtiera en un instrumento eficaz de control y apartarle de la actuación ante los tribunales y más en concreto del Tribunal Constitucional¹⁷. Nos aventuraríamos a decir que la redacción de este precepto era aquel que daba un sector parlamentario, que no creía en la institución que pretendía regular y que tampoco creía que su institucionalización fuera necesaria, como respuesta a otro amplio sector que si estimaba necesario no solo la implantación de esta institución sino la dotación de poderes que la hicieran eficaz en su gestión y funcionamiento.

Toda la justificación o exposición de motivos que acompañaba a la enmienda tendía fundamentalmente a justificar el recorte de competencias, lo que nos lleva a realizar una puntualización: en la motivación se recurría a citar como ejemplos de defensores con un criterio restrictivo de competencias los casos de Gran Bretaña y de Francia, y estos son los ejemplos más discutidos en su adaptación ya que son los que más han desvirtuado la figura original del Ombudsman¹⁸. Por otro

17 Observemos en el texto de la enmienda que se suprime toda referencia a la posibilidad de ejercitar las acciones del apartado 2 del artículo 45 del Anteproyecto: el recurso extraordinario de amparo, ante el Tribunal Constitucional y la vía del procedimiento basado en principios de preferencia y sumariedad ante los tribunales ordinarios.

18 Es comúnmente aceptado por la doctrina que nuestro Defensor del Pueblo tiene su origen más próximo en el Ombudsman sueco, una característica esencial de éste era su acceso directo al mismo. En relación a esta característica esencial hagamos una precisión respecto a las peculiaridades de figuras análogas implantadas en otros países: el Médiateur francés, y el Parliamentary Commissioner of Administration

Por lo que se refiere al Médiater francés, a diferencia del Ombudsman sueco y del Defensor del Pueblo español, no puede actuar de oficio, sino que su modo de actuación comienza con la iniciación del procedimiento a instancias de un miembro del Parlamento, y por tanto es al parlamentario a quien le corresponde decidir la presentación de la queja ante el médiateur. Esta misma característica se predica el Parliamentary Commissioner of Administration, el cual tampoco puede actuar de oficio sino que ha de limitarse a investigar aquellas quejas que le han sido transmitidas por los parlamentarios. Aunque esta intermediación de los diputados o senadores se ha intentado justificar en base al principio de que en los países de una población numerosa el acceso directo puede suponer el desbordamiento de la institución, lo cierto es que este filtro entre el ciudadano y el médiateur y el Parliamentary Commissioner of Administration no ha tenido otra razón de ser que el injustificado recelo de una auténtica independencia de esta institución en el ejercicio de sus funciones, respecto al Parlamento que lo nombra. Es preciso en esta cuestión del filtro entre el ciudadano y el Parliamentary Commissioner of Administration hacer una aclaración teniendo como referente el "Informe Whyatt", en éste se establecía que la canalización de las quejas a través de los miembros del Parlamento se preveía por un periodo experimental ya que el verdadero valor de un Comisionado Parlamentario, desde el punto de vista del público es que éste tuviera acceso directo a él. El "Informe Whyatt", por tanto mira hacia la meta del acceso directo del ciudadano y el Comisionado Parlamentario, aunque a esta se llegue tras un periodo de transición e intermediación del Parlamento, periodo de transición que, sorprendentemente, aún no ha concluido.

Las críticas a esta forma de operar se han formulado en un doble sentido: por un lado y frente a la pretensión de limitar el número de quejas, esta técnica en la práctica resultaba ineficaz porque se

lado, y en cuanto a la tajante y rotunda negativa de la posibilidad del Defensor de ejercitar acciones, hay que precisar que originariamente el Ombudsman se implantó en los Países Nórdicos, y especialmente en Suecia, para controlar entre otras instituciones la actividad de los jueces y magistrados, y que desde luego ha tenido y aún tiene en algunos de estos países la posibilidad de acudir a los tribunales para actuar contra funcionarios.

De todo lo expuesto hasta aquí cabría anticipar una conclusión: las enmiendas propuestas por los partidos de izquierda giraron sobre la pretensión de extender la actividad fiscalizadora del Defensor del Pueblo a la Administración Pública, mientras que las formuladas por la Unión de Centro Democrático, y en cierta forma, por el Grupo Mixto, se inclinaron por reducir sus competencias.

Las enmiendas presentadas, la discusión parlamentaria y, en su caso, la aprobación dieron algunos resultados positivos y otros susceptibles de mejorar. Así, entre los primeros, la definitiva eliminación de una competencia conflictiva como era la posibilidad de recabar la tutela efectiva de las libertades y derechos reconocidos, y regulados actualmente, en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, según el actual artículo 53 de la Constitución que tiene su origen en el artículo 45 del Anteproyecto.

La permanencia de esta competencia hubiera supuesto, aparte de un contrasentido porque tanto en el Anteproyecto como con posterioridad en la Constitución se reconoce expresamente la legitimación para acudir a esta vía procesal extraordinaria y urgente a “cualquier ciudadano”, la habilitación para que el Defensor, equivocadamente, sustituyera al ciudadano en el libre ejercicio de sus

transmitían todas las reclamaciones por complacer a los electores, por falta de tiempo, de preparación o de interés; y por otro convertía al diputado en un árbitro que discriminaba la esfera de competencia del Ombudsman y que podía cercenar las aspiraciones de los particulares de ser oídos por él. Vid. PELLÓN RIVERO. R. *El Defensor del Pueblo...*cit. Pág. 43.

La falta de responsabilidad para iniciar las investigaciones de oficio, junto con el nombramiento y el objeto de su función, son las importantes diferencias de estas adaptaciones francesa y británica frente al modelo escandinavo que ha inspirado también profundamente a la institución española del Defensor del Pueblo. Por lo que respecta al nombramiento, el Médiateur es nombrado por el Consejo de Ministros, presidido por el Presidente de la República, y revistiendo la forma de decreto. El Parliamentary Commissioner of Administration es nombrado por la Reina, a propuesta del Primer Ministro. A diferencia de ambos, y en semejanza al sueco, el Defensor del Pueblo español, es nombrado por las Cortes Generales, como se introduce en la enmienda formulada por el Diputado Morodo. Uno de los rasgos básicos que distinguen al modelo sueco y español del británico y francés, es la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se le atribuye a los primeros, mientras que a los segundos esta competencia de defensa de los derechos fundamentales está excluida y es privativa de los tribunales. Esta peculiaridad es importante por su importancia intrínseca ya que es a un órgano constitucional, y no administrativo ni judicial, a el que se le otorga esta competencia. Para profundizar sobre la institución del Ombudsman en los distintos países europeos, Vid. CARMONA y CHOUSAT, J.F. “El Defensor del Pueblo Europeo”. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

derechos y de las acciones que le amparan para ello, y es que en ningún caso es función del defensor sustituir en estos términos al ciudadano. De entre los aspectos susceptibles de mejorar, y que de hecho se mejoraron con posterioridad al suprimirse en el seno de la Comisión Mixta, observamos el párrafo segundo de la nueva redacción, en su mayor parte, por la referencia a los poderes públicos y a los principios del Estado de derecho.

Finalizada la discusión en el Congreso, el proyecto de Constitución pasó al Senado para cumplir idéntico trámite. Una vez formuladas las enmiendas que presentaron los miembros de esta cámara, la Comisión de Constitución trató el tema en su sesión de 31 de agosto de 1978. El número del artículo cambió al 53 y mientras el apartado primero del texto aprobado por el Pleno del Congreso no varió, el Pleno del Senado sí aprobó una redacción distinta del apartado segundo encomendándole la misión de velar por que los poderes públicos respetaran los principios del Estado de Derecho, y encargándole la función de supervisar la actividad de la Administración informado de ello a las Cortes Generales¹⁹.

Analicemos las enmiendas relativas a la competencia del Defensor del Pueblo presentadas por los senadores al artículo 49 del Proyecto aprobado por el Congreso.

La primera enmienda presentada en la Cámara Alta²⁰, aparte de reducir el artículo a un solo apartado, comenzó a perfilar la relación triangular existente respecto del Defensor con las Cortes, la Administración y el ciudadano, al configurarlo como un instrumento de control de la Administración Pública en interés de los ciudadanos y en representación de las Cortes. Esta enmienda fue después retirada anunciando este Grupo Parlamentario que no votarían a favor del texto por considerar que la forma en que estaba redactado el precepto configuraba a la institución un híbrido, no tanto en su aspecto orgánico, ya que el texto del artículo 49 determinaba que era alto comisionado de las Cortes Generales, que le nombraban y ante quien debía dar cuentas de su gestión, sino en su aspecto funcional, ya que, a juicio del profesor y senador don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO la fórmula “*supervisar a la Administración Pública*” era lo suficientemente vaga e imprecisa.

Por otro lado hay que destacar que en esta Cámara legislativa existió la tendencia acusada de limitar el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo a

19 B.O.C. 13 de octubre de 1978.

20 Enmienda número 40. Progresistas y Socialistas Independientes. “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, que será designado por las Cortes Generales y que actuará como Alto Comisionado de éstas para atender reclamaciones de los ciudadanos frente a la Administración, investigar el funcionamiento de ésta y ejercer la acción pública en defensa de los derechos humanos, así como las demás funciones que le reserva la Constitución”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen III... Cit. pág. 2685.

la vigilancia de la actividad de la Administración y reservar la actuación procesal al Ministerio Público, ello se dejó sentir en varias enmiendas. La justificación de estas²¹ se asentaba en evitar duplicidades y fricciones que a juicio del senador Sr. Pedrol Rius se producían en el texto del Congreso al coincidir las atribuciones del Defensor (...*la defensa de los derechos comprendidos en este título. 2...velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de Derecho*) y del Ministerio Público (...*defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos...*).

Una técnica de delimitación de la competencia entre estas dos instituciones era la inclusión de la expresión "...*sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos.*", por la enmienda número 772, en el inciso final del artículo 49.1. Con esta expresión, tal y como justificaban los enmendantes, se pretendía asentar las bases, sin perjuicio del respectivo desarrollo posterior legislativo que ya se preveía en el proyecto de Constitución²², que armonizaran la introducción del Defensor del Pueblo con las instituciones existentes, especialmente con el Ministerio Fiscal a fin de prever rozamientos o conflictos y hacer así más eficaces las respectivas misiones.

21 Enmienda número 183. Grupo Mixto. Primer firmante, don Antonio Pedrol Rius: "párrafo 1º. Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, en cuanto no estén atribuidos por el Ministerio Fiscal en el artículo 118, poniendo en todo caso en conocimiento del mismo aquellos hechos que considere que pueden requerir su actividad."

Enmienda número 183. Grupo Mixto Primer firmante, don Julio Gutiérrez Rubio: "1. Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por esta para la defensa de los derechos comprendidos en este título, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos. 2. (Iguar). 3. Los interesados presentarán sus quejas o reclamaciones al Defensor del pueblo, quién podrá tomarlas en consideración si lo merecen y practicar las informaciones necesarias, dirigiendo en su consecuencia a los órganos administrativos correspondientes las indicaciones o recomendaciones oportunas, así como, en su caso, al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones judiciales procedentes."

Enmienda número 722. Unión de Centro Democrático: "Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos". Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios Volumen III...* Cit. pág. 2976.

22 Desarrollo legislativo que se concretó en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (LO 3/1981, de 6 de abril) en cuyo artículo 13 se contempla el deber de dirigir al Ministerio Fiscal las quejas que le sean referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia; y en cuyo artículo 25 se prevé la posibilidad de poner en conocimiento del Fiscal General, de aquellos hechos o conductas, presumiblemente delictivos de los que haya tenido noticia por razón del ejercicio de sus funciones. Por su parte la regulación jurídica del Ministerio Fiscal se materializó en la Ley 50/1981 de 30 de diciembre que regula su Estatuto Orgánico. No deja de ser, cuanto menos, curioso, y cuanto más, alarmante del proceder de nuestro legislador, que tramitándose ambas leyes en una secuencia temporal tan próxima, en la regulación del Defensor se hayan hecho menciones expresas del Ministerio Fiscal, e incluso se le hayan atribuido obligaciones como la impuesta en el párrafo tercero del artículo 25 : "El Fiscal General del Estado pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones". Mientras que en la regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, no se haya hecho ni una mención expresa al Defensor, ni a las tareas de coordinación de ambos.

De esta forma el Ministerio Fiscal mantenía su competencia en el ámbito jurisdiccional, y al Defensor del Pueblo se le dejaría una función residual desarrollando su actividad en la esfera administrativa y dentro de una proyección extrajudicial, cubriendo las lagunas a que no alcance lo penal o lo Contencioso-administrativo, ámbitos estos privativos del Ministerio Fiscal. Sin embargo finalmente lo que ocurrió fue lo contrario, a quien se fijó la barrera con la expresión citada, fue al Ministerio Fiscal en el artículo 124 del texto final: *“El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados...”*

Hubo otra enmienda²³ con la que se quería concretar el ámbito de competencias del Defensor desde un planteamiento eminentemente afirmativo y no excesivamente negativo o excluyente como las analizadas. En la justificación a esta enmienda se defendía que la institución del Defensor era importante y debía potenciarse, aunque se discrepaba de la forma en la que se concebía en el Proyecto. Este Grupo Parlamentario mantenía que las instituciones de defensa de la Constitución no debían multiplicarse innecesariamente, y existiendo un Tribunal Constitucional como máximo garante del ordenamiento, el Defensor no debía cumplir funciones jurisdiccionales, sino que ante una Administración lenta, ineficaz y movida en tantas ocasiones por resortes ocultos, la figura del Defensor debía configurarse, oportunamente, como una Magistratura de opinión y no como una Magistratura de acción judicial, que parecía predicarse del texto del Proyecto.

Para oponerse a la actividad ilegal de la Administración, el ciudadano tiene la posibilidad y el derecho de formalizar los recursos administrativos e interponer el recurso extraordinario de amparo cuando se vea lesionado en alguno de sus derechos fundamentales; ante lo que se encuentra inerte y desprotegido es ante los abusos, incorrecciones o disfunciones de la actividad administrativa, que sin ser abiertamente ilegales, perjudican a los particulares sin que estos puedan defenderse. Era en este ámbito donde la enmienda pretendía centrar la figura del Ombudsman²⁴.

23 Enmienda número 688. Agrupación independiente. Primer firmante: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para supervisar los actos de la autoridad que sin justificación alguna y sin estar amparados por la ley, perjudique a los particulares. El Defensor del Pueblo velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de Derecho, por parte de los poderes públicos y por la defensa de los derechos comprendidos en el Título I”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios* Volumen III... Cit. pág. 2958.

24 El ámbito de actuación del Defensor del Pueblo que pretende definirse en esta enmienda es el de la “mala Administración” identificable, genéricamente, con el agravio administrativo o con incorrección administrativa no susceptible de recurso ni justificable. Esta cuestión, aunque enmarcada en el ámbito comunitario, es tratada con profundidad en CARMONA y CHOUSAT, J.F. “El Defensor del Pueblo Europeo”. INAP, Madrid, 2000. Este autor expone cómo el Defensor Europeo en un folleto informativo

Por último, la Comisión Mixta ubicó definitivamente el precepto en el artículo 54 y aprobó la redacción vigente²⁵. Al igual que en los trabajos de la Ponencia de elaboración del Anteproyecto, la fase de discusión en el seno de la Comisión Mixta, está rodeada del más absoluto secreto sin que haya sido publicado nada salvo el dictamen final que no viene razonado, ni argumentado y que se limita a transcribir un texto definitivo de Constitución. Se acrecienta el interés por saber cuáles fueron los criterios y los argumentos de la Comisión en la redacción del precepto al comprobar que de sus trabajos surge un nuevo texto. La Comisión no se limitó solo a debatir las diferencias entre los dos textos propuestos por las Cámaras sino que sencillamente redactó uno nuevo eliminando determinadas referencias que habían sido aprobadas por los Plenos de ambas Cámaras²⁶ (se suprimió la referencia confusa y entorpecedora a los poderes públicos y al deber de velar porque estos respetasen los principios del Estado de Derecho). Este exceso de las funciones de la Comisión Mixta se relativizó al quedar el nuevo texto que redactó ratificado de forma entusiasta por ambas Cámaras en la sesión del 31 de octubre de 1978, con lo que cualquier posible vicio en este terreno quedaba asumido y salvado por la libre voluntad de aquellas.

Muestra del poco interés que suscitó la institución del Defensor, no solo al comienzo, sino también al final de los trabajos de elaboración constitucional, es el dato de que en los discursos que pusieron fin a estos trabajos sólo se hizo referencia al mismo en el Senado por el señor Sainz de Varanda que sostuvo que en la Constitución se reconocían las libertades individuales y también las colectivas y que se garantizaban por la creación de todo un sistema de recursos y “por la existencia de esa nueva institución, tan brillante en las nuevas democracias y que tan entrañable recuerdo tiene para todos nosotros los aragoneses, que es la figura del Defensor del Pueblo...”.

editado en 1996 elaboró una enumeración ejemplificativa de lo que se debía entender por “mala administración” en el ámbito de la Comunidad Europea: irregularidades administrativas, omisiones administrativas, abusos de poder, negligencias, procedimientos ilícitos, favoritismos, casos de disfunción o incompetencia, discriminaciones, retrasos injustificados, falta de información o negativa a proporcionar información.

25 B.O.C. 28 de octubre de 1978.

26 Esta circunstancia nos suscita una cuestión: ¿hasta dónde se extendía la competencia de la Comisión Mixta? El artículo 3.2 de la Ley para la Reforma Política establecía que las *discrepancias* entre el texto del Congreso y el texto del Senado era lo que debía someterse a la Comisión Mixta. Entendamos por discrepancia la diferencia o desigualdad que resulta de la comparación de los dos textos entre sí y que por tanto no se podía predicar del apartado primero, y muy discutiblemente del apartado segundo que únicamente presentaba diferencias en el orden de redacción y no en los términos empleados. También en el dictamen de la Comisión Mixta publicado en el Boletín Oficial de las Cortes del día 28 de octubre de 1978, núm. 170, se recoge que lo estudiado por dicha Comisión son las *discrepancias* entre los textos aprobados por el Congreso y por el Senado. En base a estos argumentos podemos concluir que la Comisión se excedió en sus funciones al abarcar en su estudio aspectos que estaban aprobados por ambas Cámaras.

B. La fijación de las funciones del Defensor del Pueblo en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

Ya hemos visto en el epígrafe anterior cómo durante la tramitación parlamentaria del artículo 54 de la Constitución, se tuvo una filosofía reduccionista de las funciones y competencias del Defensor del Pueblo. A excepción de algunas intervenciones parlamentarias que proyectaban la órbita de actuaciones del Defensor del Pueblo a un ámbito extrajudicial y alguna otra que consideraba que debía dotársele de todos los medios para que la protección de los derechos del Título I de la Constitución fueran reales y efectivas, se guardó absoluto silencio sobre la posible actuación mediadora que éste podía llegar a realizar.

La LODP²⁷ no reconoce al Defensor del Pueblo la posibilidad de llevar a cabo una actividad mediadora de forma expresa, en contraste con el artículo 21 de la Proposición de Ley que preveía que en la resolución de las quejas y conflictos podría concretar con la Administración afectada y en el marco de la legalidad vigente cuantas formular de conciliación o acuerdo facilitaran la más rápida y positiva resolución de las mismas²⁸. Esta redacción legal llena de bondades no fue interpretada y asimilada correctamente durante la tramitación parlamentaria de la Ley. Así lo muestran las dos enmiendas de supresión formuladas en el Congreso que en base a sus argumentos hacían gala de una visión reduccionista de las potenciales funciones del Defensor del Pueblo.

La primera de las enmiendas mantenía que las técnicas de conciliación no configuraba una misión que correspondiera al Comisionado Parlamentario²⁹; y la segunda de ellas justificaba la supresión al motivar que la defensa y tutela de los derechos fundamentales no podía admitir ni la conciliación ni la transacción³⁰. Esta enmienda en lo que respecta al objeto de protección del Defensor confunde el todo con una parte. No cabe duda que frente a los derechos fundamentales no cabe conciliación o transacción alguna, pero también es cierto que los derechos fundamentales son sólo aquellos regulados en la sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución y éste está compuesto a su vez por otra sección y cuatro Capítulos más y en los derechos que en ellos se reconoce, especialmente los englobados en

27 Esta Ley fue modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de mayo, a los efectos de constituir una Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo y por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

28 El Proyecto de Ley lo realizó Álvaro GIL ROBLES y fue el resultado del encargo hecho en su día por el Partido Socialista Obrero Español. Tuvo su entrada en el Congreso de los Diputados como proposición de ley de 5 de junio de 1979 y su publicación se llevó a cabo en el B.O.C.G., Congreso de los Diputados, número 39-I, de 20 de junio de 1979, serie B.

29 Enmienda número 36 del Grupo Centrista-UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, cit. pág. 38.

30 Enmienda número 58 del Grupo Andalucista. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, cit. pág. 44.

el Capítulo III si pueden resolverse conflictos entre la Administración y el ciudadano a través de la mediación llevando a una resolución rápida y satisfactoria.

III. Las reflexiones de la institución del Defensor del Pueblo sobre el uso de la técnica mediadora.

El papel de esta institución en la terminación convencional del procedimiento establecido para los supuestos de conciliación entre los intereses de los ciudadanos y la Administración es un tema que se suscitó por segunda vez en la Universidad Carlos III de Madrid en enero de 1992 en unas jornadas de estudio sobre los Diez Años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. En las conclusiones de dichas jornadas se señaló en primer término, que la función de mediación que podría desarrollar el Defensor del Pueblo no debe confundirse con la del “mediateur”, modelo francés, que cuenta con unas funciones muy limitadas. Por el contrario, el propio prestigio de la institución y su actuación de colaboración con la Administración pública, así como el cambio de la realidad administrativa, que se desplaza desde la acción imperativa y unilateral al despliegue de mecanismos basados en la ponderación, la composición y el arbitraje administrativo, conforme pautas abiertas e indeterminadas hacen al Defensor del Pueblo una institución idónea para fórmulas de solución por mediación o composición, sobre todo en procedimientos especialmente complejos y con implicación de múltiples intereses, aunque se estimó que ello debería realizarse con suma prudencia, donde la Administración ejerciese una actuación discrecional, y siempre que la Administración estuviese de acuerdo.

Algunas de estas ideas se recogieron por la institución y en posteriores comparecencias parlamentarias ante la Comisión-Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo para la presentación y debate de los informes se han puesto de manifiesto la posibilidad de considerar a la institución como un mecanismo eficaz en la solución convencional de los conflictos³¹.

Margarita RETUERTO BUADES, ha expresado abiertamente la evolución en las tendencias de actuación de la institución y ha afirmado que de hecho la institución del Defensor del Pueblo realiza actuaciones de mediación en virtud de su excelente capacidad de adaptabilidad a la realidad. Esta actividad mediadora, en palabras de RETUERTO BUADES, no debe suponer una excepcionalidad en el proceder de la Institución, sino que constituye una forma ordinaria y normal de

31 BOCG, serie A, número 51, de 24-2-93. Número de expediente Congreso 260/000001 y número de expediente Senado 780/000001. Diario de Sesiones de las Cortes Generales Comisiones Mixtas Año 1995. V Legislatura Núm. 87 para las relaciones con el Defensor del Pueblo. Sesión núm. 10 celebrada el martes, 3 de octubre de 1995, en el Palacio del Congreso de los Diputados.

actuar en el ejercicio de sus cometidos, en el sentido de intervención que procura una solución legal a un conflicto entre dos partes, una de las cuales, al menos, es la Administración pública³².

En las XII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, organizadas por el Defensor del Pueblo Andaluz se analizó de manera profunda la intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de los conflictos, aprobándose a modo de conclusión un texto en el que los Defensores unificaron la postura de aprovechar todas las fórmulas que le posibilitan sus regulaciones para la resolución de los conflictos que surgen entre las Administraciones públicas y los ciudadanos; de reconocer que las fórmulas de mediación encuentran acomodo en la actuación de estas instituciones y ayudan al acercamiento y la formación de soluciones que pueden alcanzar las partes en conflicto, principalmente en el campo de la potestad discrecional de la Administración; y de requerir adaptación, en su caso, las respectivas leyes reguladoras para que exista esa previsión con carácter de ley con el fin de garantizar con precisión el alcance y contenido de la actividad mediadora.

Nuestro actual Defensor del Pueblo, Enrique MÚGICA HERZOG, reconoce que su misión y también la de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos es contribuir a hacer cultura de paz, en lo cotidiano, en lo más cercano, como magistratura de persuasión, como instituciones concebidas para resolver los conflictos de los ciudadanos con la Administración desde la persuasión, el diálogo, la mediación, utilizando como único instrumento la fuerza de la palabra y la razón³³.

IV. La mediación en la regulación que afecta a las Administraciones Públicas.

Los artículos 9.3 y 103 de la Constitución de 1978 enuncian con rigor y claridad la vinculación de la Administración Pública al principio de legalidad, presupuesto habilitante de todas sus actuaciones. Atendiendo a este principio la Administración Pública solo puede hacer aquello que la ley permite, es por ello que nos hacemos la siguiente pregunta ¿puede un órgano administrativo someterse o utilizar la mediación como técnica de resolución extrajudicial de conflictos?

32 Vid. RETUERTO BUADES, M. “Ámbito propio del Defensor del Pueblo y relaciones de coordinación y cooperación con los órganos similares de las Comunidades Autónomas”. El procurador del Común, Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas, Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, 1995. págs. 95 – 114.

33 Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2000. Pág. 312.

La aprobación de la Ley 30/1992 supuso un nuevo impulso a la regulación de varios supuestos de terminación convencional en virtud de la redacción del artículo 88. Por poner unos pocos ejemplos, vale la pena comprobar cómo este instrumento se contempla en algunos de los Reglamentos más importantes aprobados por el Estado para su adaptación a la Ley 30/92. Así, en el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; en el Reglamento de subvenciones; en el Reglamento de autorizaciones, etc. Pero para la extensión de la terminación convencional de los procedimientos se precisa un cambio cultural y de actitudes en numerosas parcelas de la Administración, poco habituada a transigir con los particulares y a aceptar la mediación de terceros.

Junto al artículo 88, el artículo 107.2 hace referencia también a la posibilidad de que las leyes regulen la sustitución del recurso administrativo ordinario por un procedimiento especial, que puede ser de arbitraje, de conciliación y mediación, o bien de recurso ante comisiones independientes. Es decir, se prevé la resolución de los conflictos que se susciten con ocasión de las decisiones de la Administración de maneras distintas a las tradicionales, sin perjuicio del derecho que asiste a los ciudadanos de obtener, en último término, la tutela judicial de sus derechos, tal y como les reconoce el artículo 24.1 de la Constitución. Algunas de esas nuevas fórmulas también apelan a la negociación o a la búsqueda de un acuerdo entre las partes, con la ayuda, en su caso, de un mediador.

Si analizamos la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, ya en su Exposición de Motivos se afirma que para lograr una justicia ágil y de calidad es necesario que el control de la legalidad de las actividades administrativas se haga por otras vías complementarias a la judicial y en la línea de procurar la rápida resolución de los procesos arbitra la facultad de llevar a cabo un intento de conciliación tal y como se regula en el artículo 77.

Las previsiones legales, por más que sean muy generales e inconcretas y necesiten otras leyes especiales o normas de desarrollo, revelan un importante cambio de tendencia en la concepción de lo que deben ser las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Especialmente suponen el intento de superar la concepción tradicional y formalista que percibe la función de administrar como una aplicación automática de normas jurídicas exhaustivas y como un ejercicio permanente de autoridad.

La experiencia ha demostrado que la búsqueda de la solución más adecuada, tanto desde el punto de vista del interés general como desde el respeto a los derechos de los ciudadanos, exige una aplicación flexible de las normas o una decisión discrecional para la que es preciso valorar debidamente todos los intereses en presencia, ya que la aplicación rigurosa de la ley puede generar, a veces, tales

conflictos que se hace preciso incluso modificar, consensuadamente, el tenor literal de sus mandatos para conseguir soluciones aceptables por la ciudadanía, o en todo caso, soluciones razonables y equitativas.

La Administración necesita modificar sus pautas de actuación sin que ello signifique la pérdida de sus prerrogativas. Precisa transformarse en una organización cada vez más dialogante, más abierta, más dúctil y capaz de resolver los problemas mediante el acuerdo procurando evitar la confrontación. La terminación convencional de los procedimientos y la posibilidad de resolver impugnaciones a través de fórmulas de conciliación y mediación, son instrumentos legales que permiten llevar a la práctica esta nueva forma de administrar, no es preciso que todos los procedimientos finalicen con un acto unilateral de la Administración. Todo ello, claro está, sin merma de la sujeción al Estado de Derecho, pues en ningún caso la Administración puede llegar a pactos, acuerdos o transacciones que constituyan una infracción de la legislación vigente, y también sin merma de la obligación que tiene la Administración de perseguir el interés general que impide cualquier tipo de compromiso frente a demandas abusivas o manifiestamente infundadas.

V. La mediación y el proceder del Defensor del Pueblo

Es preciso hacer unas breves reflexiones, en particular sobre la mediación y la conciliación antes de entrar a considerar cuál debe ser el papel del Defensor del Pueblo en la mediación y cuáles las posibles reformas legislativas.

La mediación, como es sabido, es un procedimiento de resolución de conflictos por el que un tercero neutral intenta contribuir a una solución acordada, organizando el intercambio de puntos de vista entre las partes, ayudándoles a buscar puntos de encuentro de sus respectivas posiciones y, en definitiva, propiciando una composición de sus intereses. El resultado positivo de la mediación, de este viejo sistema de resolución de conflictos del que ya nos hablaban los griegos³⁴, es lo que denominamos conciliación o transacción, que puede lograrse también, como es lógico, sin la intervención de un mediador. Por su parte, la mediación no comporta, necesariamente, un resultado positivo; es decir, puede resultar infructuosa, lo que implica que el procedimiento deberá resolverse por otras vías, en su caso, judiciales.

Lo característico de la mediación, y aquí importa mucho subrayarlo, es que el mediador no decide, al contrario que el tercero que hace las veces de árbitro o el órgano que resuelve un recurso administrativo o judicial. Mediante la mediación

34 Vid. MARKIEGI CANDINA, Xabier, "La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos", XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1, 2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 73 – 87.

simplemente se ayuda a las partes a encontrar una solución negociada, pero son las propias partes las que deciden, en último término, si aceptan o no las propuestas o sugerencias del mediador o las que, a través de los buenos oficios de aquél, son capaces de alcanzar un acuerdo, bajo su exclusiva responsabilidad. La mediación significa, por consiguiente, asociar a las partes a la resolución de un litigio, pero son las propias partes las que deciden libremente, sin más compromiso que el de aceptar la mediación. La tarea del mediador, muchas veces ardua y sutil, consiste en facilitar ese resultado, pero sin ningún tipo de imposición, sino sólo con el apoyo de su autoridad personal o institucional y de su habilidad para convertir un desacuerdo inicial en una composición amistosa de los intereses en presencia.

Por tratarse de un procedimiento informal y vinculado a la voluntad de las partes, que no tiene carácter decisorio, la mediación puede utilizarse con diferentes finalidades. Por un lado, en los supuestos de terminación convencional previstos por las leyes y reglamentos, con el objeto de facilitar el pacto o acuerdo que puede poner fin al procedimiento. También en sustitución del recurso ordinario contra un acto o decisión administrativa ya adoptado, como prevé el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, aunque quizá no sea éste el caso más apropiado, porque no es muy lógico constreñir la labor de mediación a plazos estrictos y a otras formalidades, como es característico de los procedimientos de impugnación. La mediación puede ser útil siempre que exista un conflicto, antes o después de una decisión. Incluso si el conflicto se plantea al margen de un procedimiento administrativo, porque, por ejemplo, se pretende cambiar una norma jurídica o se reclama una actividad administrativa material. Incluso si el conflicto está ya sustanciándose en la vía judicial, pues nada impide, en principio, alcanzar un acuerdo extrajudicial conveniente para todas las partes, que pueda poner fin al litigio.

Conviene insistir en todas estas características, para poner de relieve que el recurso a la mediación no priva a la Administración de sus potestades de decisión unilateral en ningún caso, potestades que puede utilizar si la mediación no llega a buen fin. También para significar que el alcance de la mediación es, de por sí, más amplio que el del arbitraje o la resolución de un recurso administrativo, porque, a diferencia de estos instrumentos, no tiene una naturaleza intrínsecamente jurídica. No quiere decirse con ello, como es evidente, que la mediación no deba desempeñarse dentro de los límites del Derecho. Está claro que sí. Pero, en ese marco, la mediación no tiene por qué basarse sólo en argumentos jurídicos, sino que ha de tener en cuenta factores de equidad y de justicia material y, en general, todos aquellos elementos de oportunidad que permitan alcanzar una solución razonable y satisfactoria para las partes. Es más, mientras que jueces, árbitros y órganos de resolución de recursos sólo pueden decidir en aplicación del Derecho vigente, a través de la mediación se puede pretender y conseguir justamente el compromiso de modificar alguna norma, cuando sea su contenido o su estricta

aplicación la causa del conflicto o resulte conveniente reformarla para resolverlo pacíficamente³⁵.

Además, puesto que se trata de un modo informal de arreglo de las controversias, que no aboca a ninguna decisión vinculante de un tercero, el recurso de la mediación puede utilizarse muchas veces aún en ausencia de norma jurídica que lo prevea expresamente, siempre que sea compatible con el asunto de que se trata.

También conviene recalcar que la mediación no excluye ni condiciona, en ningún caso, el ejercicio del derecho a la tutela judicial pero es cierto que la justicia es, por lo general, demasiado lenta y demasiado costosa para el ciudadano. Recordando las acertadas palabras del profesor NIETO “¿Es Justicia la que se impone demasiado tarde? ¿Es Derecho el que se aplica extemporáneamente? La Justicia y el Derecho tienen, como las semillas, un plazo de fertilidad, a partir del cual devienen estériles. El ser humano vive en un tiempo cuyos umbrales no pueden ser desbordados y menos en la edad presente. La lentitud es el peor de los males de la Justicia y el “demasiado tarde” es el RIP del Derecho. ¡Cuántas veces el juez como el médico, llega tan tarde que ya de nada vale su intervención por muy sabia que sea!”³⁶.

Además de ello, las decisiones judiciales no pueden sino fundarse en la aplicación del Derecho vigente y fallar de acuerdo con lo previsto por las normas, sin tener en cuenta otro tipo de consideraciones o circunstancias. Por ello la conciliación, la transacción, la posibilidad de alcanzar acuerdos y la actividad de mediación que facilita conseguirlos, constituyen si no una alternativa general y mucho menos una panacea, sí, al menos, un complemento de la tutela judicial; Son instrumentos que, junto a otros, pueden contribuir en alguna medida a descongestionar el aluvión de asuntos que hoy en día recae en exclusiva sobre las cargadas espaldas de los Tribunales Contencioso-administrativos³⁷.

Ahora bien, cabe preguntarse si la mediación o, más en general, los intentos de conciliación y negociación pueden tener virtualidad real en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración. Porque, si bien son modos suficientemente probados en aquellos casos en que las partes se hallan en una posición de sustancial igualdad jurídica, las relaciones internacionales, laborales, mercantiles y civiles en general, puede dudarse de que puedan trasplantarse con éxito a un

35 Sobre la exclusión del arbitraje como una posibilidad de actuación de la institución de los Comisionados Parlamentarios ver GIRÓN CARO, Carlos “*La intervención de los Defensores del Pueblo Andaluz*” XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 89 - 97.

36 Vid. NIETO Alejandro, *La balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 298 páginas, cit., pag. 78.

37 Vid. ROVIRA VIÑAS, Antonio, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo”... cit. pág. 33.

ámbito en el que una de las partes, la Administración, tiene, al fin y al cabo, la facultad de decidir unilateralmente, por regla general, con independencia del posterior control judicial, en su caso. Desde este punto de vista no se puede ser demasiado optimista a priori. La conciliación, la terminación convencional, incluso la puesta en marcha de un procedimiento de mediación, dependen de un acuerdo de voluntades al que la Administración debe concurrir. Y, si bien es lógico pensar que el ciudadano está muchas veces deseoso de resolver sus controversias con la Administración por medio de acuerdos y negociaciones, sin tener que iniciar un proceso, e inclusive de recurrir a una mediación si le resulta gratuita o a un coste soportable, no cabe esperar lo mismo en sentido recíproco.

De todas formas, la experiencia, especialmente la de los últimos tiempos, demuestra que hay ocasiones en que también a la Administración interesa resolver un problema de manera rápida y consensuada, si es necesario apelando algún tipo de mediación. A veces porque, aunque tenga la potestad jurídica de hacerlo, no le es fácil imponer en la práctica el cumplimiento de ciertas decisiones unilaterales, si generan una fuerte oposición social.

Es muy posible que el recurso a la conciliación y a la mediación en materia administrativa encuentre resistencias y no llegue a consolidarse sino lenta y parcialmente en determinados sectores de la Administración. Pero por otra parte se constata que ya hoy en día la propia Administración está abierta a la utilización de estas fórmulas en ciertos casos y que se trata de fórmulas viables y capaces de producir resultados positivos, tanto desde el punto de vista de la consecución rápida, ágil y gratuita o a bajo coste de salidas razonables y equitativas para ciertos problemas como de la pacificación de conflictos colectivos y de intereses de difícil resolución. Por eso entendemos que merece la pena impulsar, en su caso mediante las correspondientes reformas legales, la práctica de estos métodos, confiando en que el conocimiento de las ventajas que ofrecen vaya facilitando un uso cada vez mayor en múltiples áreas de la actividad administrativa.

La mediación facilita el diálogo, el acercamiento de posturas y la formulación de propuestas de entendimiento comunes que permitan una solución negociada del conflicto. No en vano, entre las ventajas de la mediación debemos destacar: primero, que las medidas acordadas a través de la mediación implican una mayor responsabilidad de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones; segundo, que las decisiones así pactadas implican una mayor protección de los intereses en juego, al tomar en consideración las respectivas posiciones de las partes; tercero, la mayor satisfacción de las soluciones adoptadas por las partes inspiradas por un espíritu de negociación; cuarto, se configura como una medida mucho más barata que los gastos que supone emprender una vía judicial y quinto, es una medida

caracterizada por la celeridad, en cuanto que se trata de un proceso rápido que en varias entrevistas puede concluir.

Es obvio que la mediación puede confiarse a cualquier persona y no es bueno que las leyes constriñan o impongan un determinado mediador. La virtualidad de este instrumento depende sobre todo de la confianza que en él depositen las partes. Pero en el caso de algunas instituciones, la asunción de este tipo de funciones parece especialmente apropiada. Tratándose de mediar en la resolución de conflictos entre las Administraciones públicas y los ciudadanos, entendemos que éste es exactamente el caso del Defensor del Pueblo.

En tanto que Alto Comisionado de las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo reúne cualidades de absoluta imparcialidad que le han hecho, a lo largo de sus años de funcionamiento, merecedor de un elevado grado de confianza entre los ciudadanos y la Administración. Por otra parte, es una institución cualificada por su conocimiento de la Administración y experimentada en el trato con los ciudadanos que plantean quejas o tienen problemas en sus relaciones con la Administración. Es más, podría decirse que la función que el Defensor del Pueblo desempeña guarda una acusada semejanza con la mediación. El Defensor del Pueblo no decide, ni modifica o anula las resoluciones de la Administración, sino que, por lo general, investiga y se informa de los problemas para sugerir actuaciones o recomendar criterios además de otras advertencias y recordatorios de deberes legales.

Por otra parte, el Defensor del Pueblo es una institución pública que, por su dependencia del órgano que encarna la soberanía popular, puede considerarse como más idónea que otras para mediar en los conflictos en que es parte una Administración pública. A diferencia de lo que suele ser frecuente en el caso de los mediadores privados, el Defensor del Pueblo presta sus servicios de manera gratuita. Esta circunstancia facilitaría, sin duda, la aceptación de la mediación por personas y entidades con escasos recursos económicos. De hecho, estas ventajas han sido tenidas en cuenta por algunas Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas que han atribuido expresamente las funciones de mediación a sus respectivos Comisionados Parlamentarios³⁸.

38 Así, la Ley del Justicia de Aragón en el artículo 22.3 cuando le reconoce la posibilidad de proponer fórmulas de conciliación o acuerdo para solventar un problema determinado; de la Ley del Defensor del Pueblo Riojano en su artículo 25 cuando reconoce la posibilidad de proponer a los organismos y autoridades afectados fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas; de la Ley del Síndic de Greuges de Baleares en el artículo 23 refiriéndose a las actuaciones de avenencia; de la Ley del Valedor del Pueblo Gallego en el artículo 29 al calificar la actuación del Valedor como mediación; de la Ley del Procurador del Común en el artículo 20; de la Ley del Síndic de Greuges de Cataluña en el artículo 28.1; de la Ley reguladora del Justicia de Aragón el artículo 27 y de la Ley del Ararteko en el artículo 12.c) cuando dispone que entre sus poderes inquisitivos se encuentra procurar, en colaboración con los órganos y servicios competentes, las soluciones más adecuadas en defensa de los intereses legítimos de los ciudadanos y la adecuación de los órganos legislativos a los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización,

En términos muy generales, puede entenderse que cabe transacción siempre que la Administración no esté obligada a ejercer potestades estrictamente regladas, y muy especialmente, cuando ejerce potestades discrecionales, si no lo impiden razones de orden público ni derechos preferentes de terceros³⁹. O, como tiene señalado la doctrina del Consejo de Estado, siempre que exista una relación jurídica incierta o litigiosa susceptible de resolverse mediante concesiones recíprocas de las partes⁴⁰.

La mediación del Defensor del Pueblo no puede imponerse en ningún caso, sino que debe ser siempre aceptada voluntariamente por las partes, como es característico de toda mediación. No obstante, la iniciativa puede ser adoptada por ambas partes de común acuerdo, a petición de una de ellas o por el propio Defensor del Pueblo. En relación con este último punto, sería conveniente reconocer al Defensor del Pueblo la facultad de proponer a las partes y en particular a las Administraciones, la posibilidad de llegar a un acuerdo o conciliación, ofreciendo su mediación institucional, con ocasión de la tramitación de una queja. Lo normal será que este procedimiento se utilice para resolver conflictos de naturaleza colectiva, pero no se debe excluir la posibilidad de que el Defensor del Pueblo proponga también su mediación en conflictos individuales cuando la ocasión parezca propicia⁴¹.

desconcentración, coordinación, y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En estos mismos términos se expresa la Ley foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad foral de Navarra en el artículo 17.3. La Ley del Principado de Asturias 5/2005, de 16 de diciembre, del Procurador General en su Preámbulo también reconoce la oportunidad de sus resoluciones para presentar fórmulas de conciliación a las autoridades afectadas. Un caso peculiar es el del Defensor del Pueblo Andaluz, cuya norma legal coincide en no reconocer la importante y eficaz función mediadora, mientras que sí se reconoce en el artículo 26 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento en los siguientes términos: *“El Defensor del Pueblo Andaluz podrá proponer, en el marco de la legislación vigente, al Departamento, organismo o entidad afectados fórmulas de conciliación o acuerdo que faciliten una solución positiva y rápida de las quejas”*.

Las funciones de mediación del Defensor del Pueblo Europeo se encuentran reconocidas en la Decisión que aprobó el propio Defensor en ejecución de su Estatuto. Éste tras realizar las investigaciones relativas a las quejas admisibles y una vez comprobada la existencia de un caso de mala administración cooperará en toda la medida de lo posible con la Institución afectada para encontrar una solución amistosa que suprima el caso de mala Administración y dé satisfacción al ciudadano. Si el Defensor estima que una cooperación de este tipo ha tenido éxito, archivará el asunto mediante una decisión motivada, informado de su decisión al ciudadano y a la institución afectada. Si el Defensor del Pueblo estima que no es posible una solución amistosa, o que la búsqueda de una solución amistosa no ha tenido éxito, archivará el asunto mediante decisión motivada, que podrá contener un comentario crítico, o elaborará un Informe con proyectos de recomendación.

39 Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano; *“El Defensor del Pueblo como institución de control de las Administraciones Públicas...”* cit. pág. 132.

40 Vid. MARKIEGI CANDINA, Xabier, *“La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos”*, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 73 – 87. En esta ponencia del que fuera Ararteko se hace un análisis de la aplicación de técnicas de resolución de conflictos a través de la mediación en la praxis del Ararteko.

41 Ver en los conflictos colectivos, la queja 91/2588, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pág. 637, y en los conflictos individuales, la queja 97/3907 relativa a la

Caso distinto es si la iniciativa de requerir la mediación del Defensor del Pueblo se adopta de común acuerdo por todas las partes en conflicto, incluida la Administración. En tales casos, habida cuenta de su naturaleza pública, podría considerarse lógico que el Defensor del Pueblo estuviera obligado a ejercer la función mediadora. Aunque conviene, sin embargo, ser precavido, ya que el Defensor del Pueblo debe seguir, lógicamente, atendiendo a sus demás tareas.

Dadas las características del Defensor del Pueblo, su utilización al servicio de esta fórmula de solución incluso en procedimientos especialmente complejos y con implicación de múltiples intereses, como por ejemplo los medioambientales que vamos a estudiar, constituiría una buena experiencia para la gradual renovación del sistema administrativo. Además de ello, por ser una Institución Parlamentaria, la mayor participación de esta Institución en la solución de los tan comentados conflictos, ayuda a vitalizar el Parlamento, del que esta Institución es un Comisionado, como órgano de representación de los ciudadanos y permite, a través de ésta, el que se establezcan unas relaciones entre ciudadanos y las Cámaras que los representan, fundamentalmente a través del mecanismo de cierre del sistema, en el que se incardinan las relaciones entre Comisionante y Comisionado: el Informe al Parlamento.

Otros aspectos a tener en cuenta son los organizativos y procedimentales. Sobre los primeros hay que sopesar la posibilidad de que, en determinados casos, el Defensor del Pueblo pueda contar para el desempeño de su función mediadora con la asistencia o apoyo externo de carácter técnico o profesional o que incluso pueda proponer a las partes la actuación como mediadores de personas de reconocido prestigio y solvencia en la materia que se trate. En cuanto al procedimiento, parece conveniente no fijar demasiadas prescripciones, puesto que la mediación es por esencia una tarea informal que debe ejercerse con la libertad necesaria para alcanzar su fin. Parece necesario, sin embargo, que las partes se obliguen a determinar con la mayor precisión posible, en un momento inicial, el acuerdo de mediación, es decir, los límites y condiciones en que debe ejercerse la mediación, acuerdos que deberían ser afrontados por todos incluido el mediador. Tratándose del Defensor del Pueblo no es necesario recalcar la confidencialidad y reserva que deben presidir el ejercicio de la función mediadora.

restauración del Palacio de Purullena en El Puerto de Santa María, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 141-143 y, la queja 98/1492, relativa a la financiación de un proyecto de intervención arqueológica, Ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 273 a 275.

VI. Reformas legislativas necesarias

Para que el Defensor del Pueblo en su actividad mediadora pueda desplegar todos los posibles efectos sería preciso promover determinadas reformas legislativas. No obstante hay que señalar que, dado el carácter informal que el procedimiento de mediación tiene interpretando en un sentido flexible sus facultades de recomendación y sugerencia a las Administraciones públicas para la resolución de las quejas que tramita, puede entenderse que el Defensor del Pueblo está habilitado hoy en día para realizar tareas de mediación. De hecho en algunas ocasiones ya ha llevado a cabo o ha intentado actuaciones que en términos sustantivos podrían calificarse de mediadoras, sin mayores formalidades. Ello no es óbice, como ya hemos mencionado, para que sea conveniente recoger y regular en la ley estas facultades. Primero, para solventar cualquier duda o polémica sobre el particular. Segundo, para estimular el recurso a la mediación de la institución por parte de ciudadanos y Administraciones públicas y no sólo con ocasión de la tramitación de quejas formuladas previamente. Tercero, para establecer una ordenación legal, siquiera mínima, de los supuestos en que cabe solicitar o sugerir la mediación y de las condiciones generales con que puede realizarse.

La regulación debería ser escueta, pues, como se ha dicho, conviene no constreñir en demasía las posibilidades de mediación y las facultades del mediador. Sea como fuere, la reforma legal debería empezar por reconocer claramente la facultad del Defensor del Pueblo para proponer a la Administración, Departamento u organismo afectado, con ocasión de la tramitación de una queja y siempre que lo estime oportuno, fórmulas de conciliación o compromiso, en el marco de la legalidad vigente, con el fin de dar solución rápida, equitativa y satisfactoria a la queja planteada.

A continuación parece conveniente establecer la posibilidad de que las Administraciones públicas y cualesquiera entidades de ellas dependientes y los particulares o entidades sociales interesadas sometan, de común acuerdo, la solución de una controversia a la mediación del Defensor del Pueblo. A este respecto convendría precisar que, aceptada la mediación en su caso, las partes establecerán por escrito los límites, condiciones y, si procede, el plazo máximo en que la mediación debe realizarse.

Igualmente, para estos últimos casos sería conveniente determinar si la solicitud puede o no formularse mientras esté pendiente una resolución judicial. En caso afirmativo se alteraría la regla general que, en cuanto a la tramitación de las quejas, establece el artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Interpretando el artículo 17.2 vigente, cuando un ciudadano acude al Defensor del Pueblo o a un Comisionado Parlamentario autonómico no con la finalidad de

realizar una denuncia, sino con la finalidad de que el conflicto que mantiene con la Administración sea resuelto, buscando soluciones en tiempo y forma, el Defensor del Pueblo tiene que suspender su actividad y rechazar la queja, cuando está pendiente una resolución judicial y en el caso de que se haya presentado un recurso administrativo, su función parece limitarse a velar para que la Administración resuelva expresamente en tiempo y forma. Del sentido del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo se interpreta que no haber interpuesto recurso administrativo es causa de rechazo y efectivamente en los datos estadísticos que el Defensor del Pueblo presenta en sus informes, es así, por cuanto debe darse a la Administración la oportunidad de revisar y rectificar, cuando proceda, su actuación a través de sus mecanismos internos, llevando a cabo una verdadera revisión, sin limitarse a confirmar la resolución o el acto administrativo dado o, lo que es aún más indignante, sin limitarse a dejar pasar el tiempo e incurrir en el abusivo silencio administrativo. Cuando se produce esta circunstancia, el Defensor del Pueblo entra a conocer el caso concreto.

Una vez agotada la vía administrativa, al ciudadano se le dan dos opciones excluyentes de actuación para la defensa de su derecho: o interpone un recurso contencioso-administrativo, o presenta la queja ante el Defensor del Pueblo. Utilizamos la conjunción disyuntiva porque al interponer el recurso contencioso-administrativo, cuestión esta de la que tiene conocimiento cuando una de las partes así lo haga constar, el Defensor del Pueblo suspende su actuación y en el futuro, una vez recaída sentencia firme, ésta es causa de rechazo de la queja. Distinto, sería si antes de agotar el plazo de interposición del recurso, se pudiera presentar la queja y el Defensor, contando con la colaboración y la diligencia de la unidad administrativa correspondiente, concluyera su investigación y formulara las oportunas sugerencias, dándose la posibilidad de que siendo éstas aceptadas por la Administración se resolviera la situación controvertida creada antes de acudir a los Tribunales. En cambio, si el ciudadano opta por presentar la queja ante el Defensor del Pueblo debido a que la presentación y la admisión de la queja no suspende los plazos previstos en las leyes para recurrir ante los Tribunales, puede terminar ocurriendo que, si el ciudadano decide esperar a la finalización de la investigación del Defensor del Pueblo, la resolución administrativa sea inimpugnable.

Esta suspensión de las cuestiones “sub iudice” y este límite de conocer, interpuesto el recurso administrativo, son contrarios a la naturaleza complementaria que consideramos necesaria para la Institución del Defensor del Pueblo respecto a los mecanismos tradicionales de control administrativo y especialmente de los Tribunales. Es por ello que estimamos conveniente que el Defensor continúe conociendo del asunto “sub iudice”, a fin de propiciar una solución rápida de la cuestión litigiosa en vía judicial. Con ello además se evitaría que se hiciera un uso perverso de la suspensión “sub iudice” por parte de algún órgano administrativo o

autoridad y con el objeto de apartar al Defensor del Pueblo del examen individual de una queja.

Recogida la mediación en la norma del procedimiento administrativo, tanto para los procedimientos que se sustancian en primera instancia, artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como para la impugnación de los actos administrativos, artículo 107 del texto legal citado, y considerando que la Institución del Defensor del Pueblo, por su naturaleza y sus características, resulta idónea para desarrollar tareas de mediación entre la Administración y los ciudadanos que propicien la pronta solución de los conflictos, no tiene sentido que se mantenga el contenido del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. En tanto que Alto Comisionado de las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo reúne cualidades de absoluta imparcialidad que le han hecho merecedor de un alto grado de confianza entre los ciudadanos y la Administración. Es una institución cualificada por su conocimiento de la Administración y experimentada en el trato con los ciudadanos.

Reconocidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, en el artículo 77, el desistimiento, el allanamiento, el reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante y la transacción, como otros medios de terminación del proceso, y enunciado en su Exposición de Motivos que para lograr una justicia ágil y de calidad es necesario que el control de la legalidad de las actividades administrativas se haga por otras vías complementarias a la judicial, el Defensor puede ejercer una notoria influencia persuasoria para propiciar los acuerdos que pongan fin al proceso, favoreciendo así la más pronta satisfacción de los derechos y libertades constitucionales en juego.

Por ello, estimamos que se debe reconocer la actividad mediadora del Defensor y de los Comisionado Autonómicos que aún no la tengan reconocida, en primer lugar, para solventar cualquier duda sobre el ejercicio de esta función; en segundo lugar, para estimular el recurso a la mediación de la Institución por parte de los ciudadanos y las Administraciones Públicas; y tercero, para establecer una ordenación legal, siquiera mínima, de los supuestos en que cabe solicitar o sugerir la mediación y de las condiciones generales con que puede realizarse. Al reconocerse junto a la tramitación de las quejas la posibilidad de aceptar solicitudes consensuadas de mediación, estimamos también necesaria la modificación del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, en el sentido de eliminar la limitación de conocimiento cuando ha sido interpuesto recurso administrativo y de eliminar la suspensión de su actuación en un asunto “sub iudice” por restarle importantes potencialidades en su actuación mediadora, pues dicha actividad no implica interferencia alguna con las actuaciones judiciales. Es necesario dotar a las instituciones que se crean, de los instrumentos necesarios para llevar a cabo

su función y el reconocimiento de la función mediadora del Defensor del Pueblo que satisface la pretensión de los ciudadanos que acuden a él, hace necesario que se relegue el concepto triangular de la relación existente entre el ciudadano, el Defensor del Pueblo y la Administración que servía para justificar que entre el ciudadano y la Administración cuando aquel acudía al Defensor no existía relación alguna que exigiera comportamientos, pues la función mediadora consentida por las partes persigue el encuentro de voluntades y por tanto potencia la relación entre ellas.

5.2 LOS RETOS JURÍDICOS DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO ANTE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS. CATALINA RUIZ-RICO RUIZ

1. Preliminar

Tras el proceso iniciado de reformas estatutarias, se revela un panorama jurídico innovador de la institución del Defensor del Pueblo, susceptible de modelar sus funciones y ámbito competencial, propiciando simultáneamente incertidumbres en su labor tutelar de derechos.

Se manifiesta una evolución en la configuración inicial del Defensor del Pueblo, a raíz de un espectro estatutario imprevisto por la Constitución en el que se concitan nuevos derechos y garantías, y del que emergen numerosos interrogantes en el ejercicio de la preservación de los derechos y libertades.

En particular, la efervescencia de nuevos derechos estatutarios diseccionados de los originariamente constitucionales, la alteración por los Estatutos de las categorías jurídicas diseñadas por la C.E., y el predominio de derechos dependientes de un desarrollo legislativo posterior, constituyen efectivas rémoras a la protección por el Defensor del Pueblo de los derechos constitucionales y autonómicos. Paralelamente, las reformas estatutarias introducen un elemento que despliega la esfera tradicional de actuación del Defensor del Pueblo hacia una vertiente ajena a la estrictamente administrativa. El reconocimiento explícito de la vinculación de los particulares respecto de los derechos autonómicos, obliga al Defensor del Pueblo a penetrar en un ámbito de difícil acceso jurídico como es el de las relaciones privadas.

Frente a este horizonte inicialmente complejo de derechos del que necesariamente han de brotar disfunciones, se sitúa la institución del Defensor del Pueblo como garante de los mismos, afrontando las eventualidades jurídicas que

pueden derivarse de desencuentros legislativos y de los conflictos derivados de la confluencia de una diversidad de fuentes normativas en materia de derechos. Desde esta perspectiva, se observa una cierta obsolescencia de las diversas leyes que paralelamente regulan esta institución, y ante previsibles modificaciones tras las reformas estatutarias, conviene en este momento desenvolver las deficiencias que aquejan a la inestimable labor jurídica del Defensor del Pueblo.

2. Extensión del ámbito funcional del Defensor del Pueblo.

El desarrollo del régimen jurídico de los derechos ha dilatado el espacio operativo del Defensor del Pueblo originariamente asignado por el texto constitucional. El proceso evolutivo derivado de la praxis jurídica y competencial ha contribuido a la procreación de derechos autonómicos extendiendo el marco de acción del Defensor del Pueblo; sin que la supervisión de la Administración prevista constitucionalmente como medio exclusivo para la consecución de los fines propios de esta institución, pueda cubrir sus expectativas funcionales tras las reformas estatutarias por las razones que se exponen a continuación.

2.1. Por la incorporación de derechos autonómicos

En este sentido, los Defensores del Pueblo autonómicos no sólo asumen la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el título I de la CE sino también de los comprendidos en los distintos textos estatutarios. Entre estos derechos autonómicos se concitan el derecho a la protección integral contra la violencia de género a través de medidas preventivas, asistenciales y ayudas públicas; el derecho de parejas no casadas inscritas a gozar de los mismos derechos de las parejas no casadas; derecho a una renta básica que garantice condiciones de vida digna (a una atención integral en situaciones de marginación o pobreza en el Estatuto catalán), el derecho a una orientación sexual; el derecho a testamento vital y a cuidados paliativos integrales; el derecho de educación garantiza el derecho a la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos en algunas autonomías; el derecho a la salud integra el derecho a un tiempo máximo de espera, el respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad del paciente, el acceso a cuidados paliativos, recibir asistencia geriátrica especializada, el derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes para personas con enfermedad mental, enfermedades crónicas, derecho a prestaciones de un sistema público de servicios sociales y a renta básica con arreglo a lo dispuesto en la ley; el derecho a una buena administración incluye el derecho a participar en las decisiones que

afecten a los administrados y a una información veraz y que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable; el derecho de quienes han sufrido daños causados por catástrofes naturales (artículo 14 del Estatuto Valenciano); derecho al medio ambiente y al desarrollo sostenible (Estatuto catalán). Aunque, probablemente, de esta lista exhaustiva de derechos, los derechos de participación e información acaparen la labor de los Defensores del Pueblo por su vocación integradora de múltiples derechos estatutarios.

Al margen de que la futura elaboración de nuevas Cartas de derechos sociales, ante la Administración autonómica y de Justicia prevista en el Estatuto Andaluz, Catalán o Valenciano tiende a prolongar la gestión de los Defensores del Pueblo autonómicos hacia nuevas prerrogativas atribuidas a los ciudadanos en tales textos. Si bien la próxima legalidad probablemente no condicionará excesivamente la actuación de los Defensores del Pueblo en dichas CCAA puesto que el germen de tales derechos se desprende de la práctica jurídica de sus actuaciones e informes anuales.

No obstante, este desdoblamiento de la misión jurídica encomendada a los Defensores del Pueblo autonómicos posibilita situaciones de conflicto a dirimir por estos comisionados parlamentarios ante la colisión de derechos constitucionales y autonómicos. Desde esta perspectiva, las sugerencias, recomendaciones o advertencias efectuadas en las resoluciones de los Defensores del Pueblo puede exigir un planteamiento previo de ponderación de los derechos en conflicto. La función garante de los defensores del pueblo autonómicos frente a un panorama de derechos constitucionales y estatutarios podría enfrentarse ocasionalmente ante el dilema de opción entre unos y otros, sopesando la salvaguarda de la Constitución y la aplicación más efectiva y óptima del derecho contenida en su versión más actualizada de los EEAA. A raíz de la posibilidad de desencuentros entre derechos fundamentales y autonómicos, no parece inverosímil la contraposición de las actuaciones de los Defensores del Pueblo estatal y autonómicos tutelando posiciones contradictorias de la ciudadanía.

Por contra, la expansión de la labor de los Defensores del Pueblo autonómicos puede discurrir paralela a la reducción del marco de actuación del Defensor del Pueblo estatal al limitarse su capacidad tuitiva a los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución. De modo que derechos innovadores como el relativo al testamento vital, a la orientación sexual, entre otros, permanecerían virtualmente ajenos a las competencias del Defensor del Pueblo estatal. No obstante, el artículo 12 LODP permite a este último supervisar la actividad de la CCAA en el ámbito de competencias definidos por dicha Ley. Aunque, en principio, no podría considerarse competente para la defensa de aquellos derechos estatutarios sin un soporte constitucional explícito. Si bien, en realidad, el Defensor del Pueblo

estatal podría acceder a la tutela de los derechos estatutarios como subderechos constitucionales, o por haber sido diseñados a través de la Jurisprudencia Constitucional, habiendo adquirido entidad jurídica a través de los Estatutos de Autonomía.

2.2. A través de la eficacia de los derechos frente a particulares

De otra parte, el reconocimiento de la eficacia de los derechos autonómicos frente a particulares, configurado como garantía estatutaria, apertura legalmente la acción del Defensor del Pueblo a una vertiente hasta ahora silenciada por la normativa de este instituto. La tutela de derechos frente a los particulares constituye un espacio extraño a la gestión del Defensor del Pueblo. Hasta las actuales reformas estatutarias, los derechos se han configurado legalmente como una esfera reservada a las injerencias de los poderes públicos sin atenderse a las intromisiones privadas que afectan igualmente a su protección. Sin embargo, algunos Estatutos (andaluz y catalán) han interiorizado la realidad jurídica y expresamente afirman la vinculación de los particulares si se deriva de la naturaleza del derecho.

En cierta medida, este aspecto ha desacoplado el régimen legal del Defensor del Pueblo estatal y autonómico centrado exclusivamente en la supervisión de la Administración Pública. Aun cuando el papel jurídico de este instituto se cierne sobre la defensa de los derechos, su enfoque jurídico se ha limitado a la fiscalización de la Administración en todo el proceso de intervención del Defensor del Pueblo. Así se confirma desde la fase primaria de investigación de los actos y resoluciones de la Administración, de expedientes y documentación administrativa, sus contactos con funcionarios y organismos y finalmente, en sus resoluciones conteniendo advertencias recomendaciones y recordatorios de los deberes legales de autoridades y funcionarios.

Por lo que al incorporarse estatutariamente la función tutelar de los derechos frente a los particulares, la normativa del Defensor del Pueblo estatal y autonómicos manifiesta una notable desadaptación, al limitar la garantía de esta institución al ámbito público. En este sentido, el artículo 78 de la Ley del Sindic de Greuges inicia este proceso de desacoplamiento entre la función del Defensor del Pueblo como garante de derechos frente a todos los sujetos que los vulneren y la normativa que regula esta institución circunscrita en cuanto a su procedimiento, ámbito de competencias, tramitación de quejas y resolución únicamente a las lesiones producidas en el seno de la Administración.

En efecto, el artículo 78 de la Ley del Sindic de Greuges admite que éste último desempeña la función de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto. A tal fin supervisa, con

carácter exclusivo, la actividad de la Administración de la Generalitat, la de los organismos públicos o **privados vinculados o que dependen de la misma, la de las empresas privadas que gestionan servicios públicos o realizan actividades de interés general o universal o actividades equivalentes de forma concertada o indirecta y la de las demás personas con vínculo contractual con la Administración de la Generalitat y con las entidades públicas dependientes de ella.**

Conforme a esta disposición autonómica, la tutela de derechos se prolonga hacia una zona mixta, pública y privada donde alcanzarían las competencias del Sindic de Greuges si bien no se acompaña de instrumentos jurídicos adecuados para moverse en un ámbito de difícil acceso como puede ser el empresarial o participado.

En esta línea, la Ley vasca adopta un concepto de Administración acomodado a la realidad actual de la actividad de prestación de servicios públicos, con independencia, como se ha señalado, de que toda o parte de su actividad se desarrolle de acuerdo con el Derecho Privado. Así quedan incluidas dentro de los poderes de investigación del ARARTEKO aquellas entidades que, sin tener el carácter legal o reglamentario de públicas, ejercen potestades administrativas o funciones delegadas, como es el caso de las concesionarias. Por esta razón, el artículo 9 d) de dicha ley establece que los poderes de investigación se extenderán a los servicios gestionados por personas físicas o jurídicas mediante concesión administrativa y, en general, a cualquier organismo o entidad, persona jurídica o privada, que actúe en un servicio público estando sometida, al tiempo, a algún tipo de control o tutela administrativa en todo lo que afecte a las materias en que el Estatuto de Autonomía otorga competencias a la Comunidad Autónoma.

Por esta razón, las reformas estatutarias evidencian la insuficiencia de la actual regulación estatal y autonómica del Defensor del Pueblo, considerando que la plena defensa de los derechos constitucionales y autonómicos exige inmisiones en la esfera de las relaciones privadas sin afectar los principios que rigen en este ámbito, fundamentalmente relacionados con la libertad de empresa. En esta línea, el artículo 21.4 LODP sostiene que la información que en el curso de una investigación pueda aportar un funcionario a través de su testimonio personal tendrá el carácter de reservada. En consonancia con esta disposición, la traslación de las previsiones establecidas para la Administración Pública a la tutela de derechos frente a los particulares permitiría al Defensor del Pueblo investigar en el ámbito privado a través del deber de colaboración de los poderes públicos respecto de esta institución, lo que reduce notablemente el campo de la confidencialidad.

De otra parte, resulta de particular interés el artículo 24 LODP afirmando que la persistencia en una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación

del Defensor del Pueblo por parte de cualquier Organismo, funcionarios, directivo o persona al servicio de la Administración pública podrá ser objeto de un informe especial. La razón se encuentra en que esas mismas conductas en el ámbito privado podrían ser igualmente objeto de una represión jurídica paralela a la que prevé la legislación actual para la órbita pública, sancionándose la opacidad y la falta de transparencia de las empresas u otros sujetos de derecho frente a la actuación investigadora del Defensor del Pueblo como un indicio o presunción en contra de quienes no colaboran con dicha institución.

Esta posibilidad podría derivar en una inversión de la carga de la prueba en contra de quienes obstaculicen la labor del Defensor del Pueblo, mediante de la aportación del informe en que conste dicha actitud al proceso de protección jurisdiccional del derecho. De este modo, se completaría el marco de tutela de dicha Institución limitado a la esfera pública, justificándose su extensión al ámbito privado por la necesidad de protección de los derechos también frente a lesiones procedentes de particulares. Al margen de que argumentos como la libertad de empresa parecen ponderables cuando entran en conflicto con una Institución parlamentaria y eminentemente democrática. Admitiéndose, como en algunas ramas jurídicas, que las actitudes obstruccionistas al Derecho se sancionen como presunciones en contra de quienes las sostienen.

Más aun, el afectado por la vulneración del derecho en cuestión podría ampararse en el resultado de la investigación efectuada por el Defensor del Pueblo como elemento probatorio de la responsabilidad de la parte demandada, permitiendo la traslación del artículo 26 LODP al marco de las relaciones privadas. Por esta vía, el ejercicio de la acción de responsabilidad por el Defensor del Pueblo frente a miembros de la Administración sería extensible a los particulares que actuasen en términos similares a aquéllos.

No obstante, las reformas estatutarias pese a reconocer la eficacia de los derechos frente a los particulares no articulan ningún mecanismo de control de la actividad privada lesiva del derecho autonómico, disponiendo únicamente la interpretación en el sentido más favorable a su efectividad que, en definitiva, compromete a los garantes de los derechos.

Desde esta perspectiva, la misión del Defensor del Pueblo en su defensa de los derechos puede justificar su consideración como titular de un interés legítimo en un procedimiento jurisdiccional, con legitimación suficiente para accionar contra quienes vulnerasen el derecho si durante sus investigaciones adquiriese certeza de la identidad del causante de dicha lesión, o incluso para personarse o intervenir en el juicio ya iniciado. Como portador de un interés directo y legítimo en el resultado del proceso tutelando el derecho lesionado, la función del Defensor del Pueblo podría prolongarse incluso al ámbito judicial-privado no en base a la Ley

específica de dicha Institución sino por la vía genérica de la legislación contencioso-administrativa, aunque esta posibilidad parece poco factible por la saturación de quejas y reclamaciones de particulares.

3. Problemática en la tutela de derechos por el Defensor del Pueblo tras las reformas estatutarias.

3.1. Por su naturaleza de derechos sujetos a desarrollo legislativo

La principal dificultad que plantea la actual defensa de los derechos en el ámbito autonómico procede de su configuración como derechos de configuración legal. Su posible subordinación a un desarrollo legislativo posterior plantea el alcance mismo de la función del Defensor del Pueblo. De modo que hasta la aprobación de las leyes de desarrollo de derechos prevista estatutariamente, parece complicado determinar el papel del Defensor del Pueblo en la defensa de tales derechos.

La protección que compete al Defensor del Pueblo tropieza con la existencia de derechos indefinidos en cuanto a su contenido, cuyas prestaciones y servicios aun están por determinar. Por lo que las quejas que se planteen en reclamación de estos derechos sujetos a un desarrollo posterior y las expectativas ciudadanas sobre los mismos sitúan al Defensor del Pueblo en una posición jurídica ciertamente comprometida ante el riesgo de que asuma en solitario la responsabilidad por la decepción que puede planear en torno a tales derechos.

No obstante, procede acudir a la voluntad del legislador y de la ley respecto de los derechos estatutarios, resultando indudable la pretensión legislativa de configurarlos como directamente exigibles por la ciudadanía. Por lo que siendo su naturaleza jurídica auténticos derechos, aun adoleciendo de un desarrollo legal, han de ser plenamente vinculantes, sin que la Administración pueda escudarse en la ausencia de una ley de desenvolvimiento de su contenido. Su configuración estatutaria como derechos prestacionales contribuye a que se resienta su efectividad mientras no se regulen legalmente las prestaciones y servicios que los integran.

Esta especificidad repercute necesariamente en la labor del Defensor del Pueblo, que puede verse empañada por la inacción parlamentaria. Por esta razón, compete al Defensor del Pueblo, como comisionado parlamentario, constatar en sus informes la necesidad de elaboración de las correspondientes leyes de desarrollo de los derechos estatutarios. Aunque en algunas reformas estatutarias se dispone que dichas leyes de desarrollo deberán respetar el contenido de los derechos establecido por el Estatuto, ha de considerarse que el derecho

autonómico preexiste al desarrollo legislativo y por tanto, resulta perfectamente exigible aun cuando no se haya aprobado la legislación correspondiente. Por lo que no parece suficiente para la efectiva tutela del derecho que el Defensor Público se limite a constatar en su informe la necesidad de una ley de desarrollo, y a expresarlo así en la respuesta dirigida al afectado como si se tratase de una expectativa de derecho.

En este sentido, las distintas normativas sobre Defensores del Pueblo estatal y autonómicos no predisponen la posibilidad de que el Defensor del Pueblo ostente la facultad de instar al Parlamento la elaboración legislativa que reclamen los Estatutos o de reprender la inactividad normativa de la Administración. En este punto, conviene resaltar la potestad atribuida a la Administración autonómica en algunos textos estatutarios para ejecutar el derecho de la Unión Europea en materia de su competencia, de acuerdo con lo que establezca una ley del Parlamento, pudiendo adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas.

Esta novedad estatutaria vincula, en principio, al Defensor del Pueblo autonómico en la aplicación de Derecho comunitario, especialmente cuando la tutela del derecho resulte más efectiva que a través de la normativa nacional. Aunque tampoco se prevé la posibilidad de instar la ejecución de la normativa europea sobre derechos al órgano legislativo competente en el ámbito autonómico. Paradójicamente, pese al conocimiento de las necesidades ciudadanas por el Defensor del Pueblo no se le confiere legitimación en el derecho a la participación pública regulado estatutariamente, confiriéndole un derecho a presentar iniciativas legislativas ante el Parlamento como institución. En este sentido, la tutela de derechos constitucionales y estatutarios encomendada al Defensor del Pueblo no debe prescindir del sistema de fuentes del derecho y del artículo 10.2 CE y proceder a su aplicación en sus actuaciones.

3.2. La inaccesibilidad de los derechos estatutarios al Recurso de amparo

Entre las cuestiones más relevantes derivada de las reformas estatutarias también destaca la aminoración de instrumentos de reacción del Defensor del Pueblo, por la imposibilidad de utilizar el Recurso de amparo para la tutela de los derechos autonómicos. De este modo, se genera la incongruencia jurídica de derechos sujetos a distinto régimen de protección, aun tratándose de subderechos o derechos subsumibles en derechos constitucionales.

Esta desigualdad jurídica entre derechos constitucionales y estatutarios repercute simultáneamente en los Defensores del Pueblo estatal y autonómicos, por cuanto ninguno de ellos puede valerse del Recurso de amparo para proteger los derechos previstos en los Estatutos. Para eludir un tratamiento diferencial de derechos que en algunos casos son simple desarrollo o reiteración de los

constitucionales, las reformas estatutarias podrían haber regulado la posibilidad de que el Defensor del Pueblo ejercitase la vía jurisdiccional ordinaria, que sólo de un modo indirecto como portador de un interés legítimo podría accionar conforme a la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El Estatuto catalán sólo prevé que cuando el Síndic de Greuges considere que una resolución de los Tribunales infringe el Estatuto de Autonomía en tanto que supone el desconocimiento de un derecho fundamental, lo pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo a efectos de la interposición, si procede, del correspondiente Recurso de amparo (artículo 25 EC). Con esta respuesta estatutaria, no sólo se procura una solución a la imposibilidad de ejercitar el Recurso de amparo en el ámbito autonómico, sino que paralelamente, se estimula la necesidad de colaboración entre los Defensores del Pueblo estatal y autonómicos. Aunque esta solución no resulta aplicable a los derechos autonómicos estatutarios sin traducción como derechos fundamentales.

3.3. Su incidencia en la autonomía del Defensor del Pueblo

Otra cuestión controvertida radica en la afectación del espacio de autonomía reconocido legalmente al Defensor del Pueblo por la redacción del Estatuto catalán en su artículo 78 afirmando que es el ‘Síndic de Greuges’ o Defensor del Pueblo catalán quien tiene la función de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el Estatuto y quien supervisará, **“con carácter exclusivo”**, la actividad de la Administración de la Generalitat o de los organismos públicos o privados vinculados o que dependan de la misma, entre otros. Esta declaración judicial ha suscitado recelos por parte del Defensor del Pueblo estatal ante el riesgo de que los ciudadanos catalanes se vean impedidos de la posibilidad de elegir a este último para la defensa de sus derechos, al considerar que cuando crean menoscabados algunos de sus derechos fundamentales no podrán recurrir a la institución que él dirige en caso de que se trate de “competencias o facultades” del Gobierno de Cataluña.

Dentro incluso del ámbito autonómico la posición jurídica del Síndic de Greuges podría verse de algún modo condicionada por el carácter vinculante de los dictámenes emitidos por el Consejo de Garantías Estatutarias con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el Estatuto catalán. La interposición de este órgano entre el Parlamento y el Defensor del Pueblo autonómico complica el panorama de esta institución en dicha CCAA, en caso de desacuerdo con la interpretación de los derechos estatutarios que realice el Consejo de Garantías Estatutarias. En particular, se desvirtúa la posibilidad del Defensor del Pueblo

de sugerir al órgano legislativo la modificación de normas que puedan provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

3.4. En base a la limitación del ámbito subjetivo de los derechos

La dependencia de la titularidad de los derechos autonómicos del criterio de vecindad administrativa con sus posibles efectos excluyentes, si se aplica estrictamente, constituye un factor susceptible de interferir en la función del Defensor del Pueblo.

El riesgo de fragmentación territorial de los derechos de la personalidad y la restricción de derechos constitucionales en el ámbito de una CCAA auguran problemas de discriminación y desigualdad de trato, que penetran directamente en la esfera de acción del Defensor del Pueblo. Por lo que son previsibles disfunciones en la aplicación de los derechos estatutarios en virtud de la restricción del ámbito subjetivo limitado a quienes ostenten vecindad administrativa. Ante estas situaciones discriminatorias debe actuar el Defensor del Pueblo por sí o a instancia de la ciudadanía, realizando un análisis estimativo de la razonabilidad y proporcionalidad de los derechos autonómicos y de las medidas que lleven aparejados.

Entre el dilema de la tendencia a la universalidad de los derechos de la personalidad (derecho de educación, de salud...) y la segmentación territorial de los mismos propiciada por las reformas estatutarias se ubica actualmente la función del Defensor del Pueblo; con la dificultad de que los derechos fundamentales se configuran estatutariamente como prestacionales y ello puede derivar en exclusiones por razones económicas y presupuestarias. Ante esta tesitura, el Defensor del Pueblo habrá de dilucidar en sus informes y resoluciones el límite permisible en la reducción de la atribución de los derechos autonómicos, siempre en coordinación con la Constitución.

3.5. Otras derivaciones complejas

Efectuar una diagnosis de la función del Defensor del Pueblo tras las reformas estatutarias obliga a subrayar la relevancia de la mediación, especialmente colectiva, en los ámbitos de su competencia. Al respecto, los actuales EEAA incentivan esta vía alternativa a la judicial, que puede contribuir a impulsar la institución del Defensor del Pueblo a través de esta función.

Finalmente, las reformas estatutarias intensifican el compromiso del Defensor del Pueblo con nuevos derechos de perfiles difusos como el medio ambiente o, incluso, discutibles como el derecho al agua. En este sentido, el Defensor del Pueblo autonómico puede canalizar la labor de concreción práctica y desarrollo del derecho ambiental contribuyendo a su exigibilidad jurídica. La metamorfosis

jurídica del medio ambiente, de principio rector en derecho, en algunos EEAA, reclama la intervención del Defensor del Pueblo autonómico continuando la línea ya iniciada de esta institución en la mediación en problemas ambientales. Esto significa que la tutela del derecho ambiental requiere una labor investigadora por parte de los Defensores del Pueblo y de unas propuestas de resolución acordes con su nueva fisonomía jurídica. Sin ignorar que en la práctica los Defensores del Pueblo han actuado más allá de sus competencias formales, otorgando cobertura jurídica incluso a los Principios Rectores. En este sentido, la desviación de las políticas públicas y de las competencias autonómicas previstas estatutariamente pueden propiciar la actuación del Defensor del Pueblo, extendiendo su función incluso más allá del marco estricto de los derechos fundamentales y autonómicos. Así, la simbiosis entre derechos y competencias autonómicas (e incluso Principios rectores) en algunos EEAA favorece la reconversión del Defensor del Pueblo autonómico en una institución de supervisión de la actividad política y administrativa y no sólo tutelar de derechos.

En esta coyuntura autonómica, se propician nuevos debates jurídicos que involucran a la institución del Defensor del Pueblo a través de la ciudadanía, obligándole a un posicionamiento jurídico anterior a cualquier pronunciamiento jurisprudencial sobre derechos noveles, con las dificultades que ello plantea. Paralelamente, la ramificación de derechos y su absorción por el desarrollo de competencias autonómicas a través de las innumerables obligaciones asumidas por los poderes públicos, pueden contribuir a desbordar la labor del Defensor del Pueblo si no se adoptan simultáneamente medidas para la efectividad de su funcionamiento. Por último, ha de reseñarse la necesidad de modificación de las normativas reguladoras de esta institución, con el fin legítimo de actualización a las innovaciones jurídicas planteadas en las recientes reformas estatutarias.

BIBLIOGRAFÍA

- Pérez Calvo, La defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos por los comisionados parlamentarios. Actualidad y perspectivas, Jornadas del defensor del pueblo andaluz, Sevilla, 2002
- Porras Nadales, La posición estatutaria del defensor del pueblo andaluz, Jornadas del defensor del pueblo andaluz, Sevilla, 2002.

5.3 EL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ COMO FIGURA DE COORDINACIÓN INTERADMINISTRATIVA A NIVEL AUTONÓMICO, ESTATAL Y COMUNITARIO. M^A REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ. ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, UNIVERSIDAD DE MÁLAGA.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La crisis de seguridad en las aguas del estrecho de gibraltar como modelo de la actuación del defensor del pueblo andaluz
- III. Las relaciones entre el comisionado europeo y los comisionados regionales. La situación en la regulación andaluza
- IV. La descoordinación administrativa estatal y autonómica y la respuesta del comisionado andaluz
- V. Reflexiones finales
- VI. Bibliografía

I. Introducción

La figura del Defensor del Pueblo Andaluz ha evolucionado desde su concreción en el anterior Estatuto de Autonomía y de la elaboración, en el año 1983, de la norma que lo regula. La creación del Defensor del Pueblo Europeo, la aprobación de un nuevo Estatuto de Autonomía en el año 2007 y la evolución en las demandas de la sociedad condicionan la necesidad de elaborar un nuevo marco legal que

permita actualizar esta institución y dotarla del referente jurídico apropiado para alcanzar sus objetivos de forma efectiva¹.

En este estudio se ha tomado como modelo la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz ante las deficiencias de la seguridad marítima en el Estrecho de Gibraltar para analizar, desde una perspectiva práctica, la actuación de esta institución y su presencia a nivel comunitario, estatal y autonómico. Con el fin de completar este análisis, y ante las deficiencias detectadas, se incluyen un conjunto de propuestas para la futura regulación sobre el Defensor del Pueblo Andaluz.

II. La crisis de seguridad en las aguas del estrecho de Gibraltar. Un modelo de la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz.

En el año 2003 el Defensor del Pueblo Andaluz abrió dos quejas de oficio sobre la seguridad del transporte marítimo en el Estrecho de Gibraltar². A la vista del accidente del buque *Prestige* y de las medidas adoptadas por la Unión Europea con el fin de reforzar la seguridad de las aguas comunitarias, el Defensor del Pueblo Andaluz se hizo eco de las noticias que aparecían en los medios de comunicación y que informaban sobre la presencia de buques en el Estrecho de Gibraltar que no alcanzaban los niveles de seguridad exigidos, y sobre un nuevo accidente en las aguas de la Bahía de Algeciras, hechos que revelaban una situación de extrema gravedad.

Ambas quejas atienden a los riesgos para la seguridad marítima que sufren las aguas del Estrecho, pero con un origen diverso. La primera de las quejas tiene su origen en la propia existencia del riesgo, materializada a través de la presencia de buques que no cumplían las disposiciones comunitarias ni estatales; mientras que la segunda de las quejas es más concreta ya que tiene su origen en el hundimiento de una gabarra encargada de realizar tareas de suministro de combustible a buques en el puerto de Algeciras, y que ocasionó la muerte de su capitán y activó la alarma ambiental, puesto que transportaba 1.029 toneladas de fuel, 176 de diesel y 169 de gasóleo³.

- 1 RUIZ-RICO RUIZ, G., "Los Defensores del Pueblo Autonómicos tras la reforma de los Estatutos de Autonomía", *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 6, abril de 2008, pág. 376-383.
- 2 DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía sobre la gestión realizada durante 2003*, Oficina del Defensor del Pueblo, 2004, págs. 269 – 273.
- 3 ROMAGUERA, C. y FUERTES, S. F. "Una gabarra con 1.400 toneladas de fuel y gasóleo se hunde en la bahía de Algeciras", artículo publicado en el *Diario El País*, en su edición *on line*, con fecha de 22 de enero de 2003. Según la información que aparece en este artículo la barcaza *Spabunker IV* se hundió el 21 de enero de 2003 y formaba parte de una flotilla de tres embarcaciones de Ciresa que

El contexto en el que se producen estos hechos es determinante para evaluar la actuación del Defensor del Pueblo, como reflejo de la incertidumbre que reinaba entre la población española ante los riesgos del transporte marítimo. El accidente del buque *Prestige* puso de manifiesto las debilidades del régimen internacional, comunitario y estatal sobre la seguridad marítima y la incapacidad de las autoridades españolas para gestionar una catástrofe marítima. Desde la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz las actuaciones se dirigen sobre la realidad del transporte marítimo en el Estrecho de Gibraltar ya que, como se establece en el Informe del Defensor del Pueblo del año 2003: “a nadie escapan las graves consecuencias que, para el tejido económico andaluz (con una importante incidencia del sector servicios y, más en concreto, del sector turístico) y para la conservación de los valores naturales del litoral de nuestra Comunidad Autónoma, se podrían derivar de una catástrofe ecológica como la acaecida en el litoral cantábrico”.

Las quejas del Defensor se fundamentan jurídicamente en las disposiciones adoptadas en el Consejo de Ministros de Transportes, Telecomunicaciones y Energía de la Unión Europea, de Diciembre de 2002 y en el Real Decreto-Ley 9/2002, de 13 de Diciembre, por el que se adoptan medidas para buques tanque que transporten mercancías peligrosas o contaminantes. Y sobre esta base jurídica desde la Oficina del Defensor del Pueblo se inició la recopilación de datos oportunas para dirigirse ante las autoridades comunitarias y exigir el cumplimiento de estas disposiciones por parte de las autoridades gibraltareñas, estatales y andaluzas implicadas.

Desde esta perspectiva destaca la intervención del Defensor del Pueblo Andaluz como interlocutor válido y legitimado con las autoridades comunitarias y, en este caso, como valedor último de los intereses locales, autonómicos, estatales y comunitarios, ante la incapacidad del resto de los estamentos institucionales implicados para comenzar actuaciones de oficio sobre esta situación de riesgo.

Con el fin de obtener los datos sobre el tráfico marítimo en esta zona se dirigió una solicitud de información a la Autoridad Portuaria de la Bahía sobre el tráfico de buques monocasco dedicados al transporte de petróleos pesados y que estaban accediendo al Puerto de Gibraltar aún después de la entrada en vigor de las disposiciones analizadas; así como los detalles del accidente de la gabarra *Spabunker IV*, y el posible incumplimiento de las disposiciones vigentes, y sobre la práctica del “bunkering” en la Bahía de Algeciras⁴.

operan en el puerto de Algeciras. Esta gabarra fue construida en 1991, era monocasco, aunque su dimensión (640 toneladas de registro bruto) la excluía de la prohibición para petroleros de más de 5.000 toneladas de peso muerto.

4 El término bunkering hace referencia a las actividades de trasvase de combustible en el mar, evitando el repostaje en las áreas portuarias preparadas a tal efecto; las naves que llevan a cabo esta actividad

La Autoridad Portuaria no ostentaba competencias sobre todas las cuestiones planteadas, por lo que el siguiente paso fue la solicitud de información ante la Capitanía Marítima de Algeciras. Ambas instituciones expusieron la realidad de la seguridad marítima en las aguas del Estrecho como una situación de riesgo innato, ante el volumen del tráfico y de las operaciones de repostaje necesarias a tal efecto, que respetaba el marco normativo existente y sobre la que se adoptaban todas las medidas pertinentes de control e inspección⁵.

Los organismos consultados remitieron al Defensor del Pueblo a la Dirección General de Política Exterior para Europa, del Ministerio de Asuntos Exteriores, en relación a la obtención de los datos sobre Gibraltar. Con posterioridad, y a la vista de las actuaciones de la Junta de Andalucía en este ámbito, el Defensor decidió informar a la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación Exterior de la Junta de Andalucía del contenido de la comunicación mantenida con la autoridad estatal.

Tras esta comunicación se cerraron las quejas, sin embargo desde la Oficina del Defensor del Pueblo se era consciente de lo limitado de su actuación, por lo que se afirma en el Informe anual del año 2003: “En todo caso, queremos manifestar que se trata de una gravísima situación de riesgo para el litoral andaluz que, en modo alguno, está resuelta y que exige de las instituciones públicas españolas una intervención destinada a que, ya sea en el marco de las relaciones bilaterales con el Reino Unido, ya en el de la Unión Europea, se inste a las autoridades gibraltareñas a que, con carácter inmediato, cesen en este tipo de actuaciones”.

La advertencia del Defensor del Pueblo Andaluz aún continúa vigente, y uno de los ejemplos más relevantes es el accidente del buque *New Flame*. El 12 de agosto de 2007 el buque chatarrero *New Flame* invadió la ruta del petrolero *Torm Gertrud*, y ambos buques colisionaron en el Estrecho de Gibraltar; como consecuencia de este incidente el petrolero no sufrió daños de importancia y se dirigió hacia el puerto de Algeciras, mientras que el buque *New Flame* quedó

son consideradas gasolineras flotantes y han sido denunciadas por las asociaciones ecologistas que han puesto de relieve el riesgo que presentan estas prácticas para la seguridad marítima.

5 La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante atribuye al Ministerio de Fomento las competencias en materia de ordenación general de la navegación marítima y de la flota civil. La Administración central se estructura en torno a la Dirección General de la Marina Mercante, dependiente de la Secretaría General de Transportes, ubicadas ambas en el organigrama del Ministerio de Fomento. La Administración periférica se encuentra formada por los Distritos Marítimos y las Capitanías Marítimas, cuyas funciones se enumeran en el art. 88. Por su parte las Autoridades Portuarias se definen en el art. 35 de la Ley como “organismos públicos de los previsos de los previstos en el apartado 6 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar, y se regirán por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que le sean de aplicación y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado .

encallado y semihundido en Punta Europa. Las autoridades gibraltareñas eran las competentes para actuar sobre el buque *New Flame*, ya que se encuentra en sus aguas, y fueron las encargadas de elaborar un plan de emergencia para solventar la situación y evitar perjuicios para el entorno marítimo.

El Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Fomento también activaron sus planes de actuación, con el fin de controlar la existencia de cualquier riesgo para la seguridad marítima en el Campo de Gibraltar; mientras que la Comunidad Autónoma de Andalucía activó el Plan Territorial de Emergencias de Andalucía. Las autoridades españolas también solicitaron a la Agencia Europea de Seguridad Marítima el envío de uno de sus buques anticontaminación a la zona afectada.

Seis meses después del accidente del buque *New Flame*, en febrero de 2008, el Defensor del Pueblo Andaluz se puso en contacto con la asociación ecologista Verdemar-Ecologistas en Acción con el fin de recabar la información suficiente para iniciar actuaciones de oficio ante la incapacidad de las autoridades competentes por solventar las consecuencias ambientales del hundimiento del buque⁶. En un comunicado remitido a esta asociación el Comisionado andaluz ponía de manifiesto su voluntad de poner en conocimiento de su homólogo europeo la situación de riesgo del Estrecho de Gibraltar, aunque también recordaba el escaso éxito de las actuaciones realizadas con anterioridad sobre esta materia [en particular las llevadas a cabo durante el año 2003 y analizadas previamente]. Aunque el Defensor del Pueblo también manifestaba su interés en incentivar la implicación en el problema de las instituciones europeas, solicitando la intervención del Defensor del Pueblo Europeo acogiéndose a la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención de daños medioambientales, cuya incorporación al Derecho interno de los estados miembro debía efectuarse, a más tardar, el 30 de abril de 2007.

El Comisionado andaluz también reconoció que esperaba la respuesta del Defensor europeo en relación a las prácticas de “bunkering” que se efectuaban en las aguas del Estrecho sin respetar las medidas de seguridad exigidas y que suponen un alto riesgo ambiental para esta zona. Asimismo el Defensor del Pueblo Andaluz considera que los riesgos y daños para el medioambiente andaluz no sólo no han disminuido, sino que han aumentado considerablemente.

El estudio de estas quejas del Defensor del Pueblo del año 2003 y su plena aplicación en el año 2008 ponen de relieve las dificultades de esta institución. En primer lugar cabe señalar su configuración como una figura puente entre organismos adscritos a varias Administraciones Públicas y que, a pesar de realizar una labor complementaria, actúan descoordinados y no comparten información.

6 “Chamizo pide que el Defensor del Pueblo Europeo intervenga en el incidente del *New Flame*”, artículo publicado en el *Diario Sur*, en su edición *on line*, con fecha de 19 de febrero de 2008.

En el supuesto que analizamos el Defensor del Pueblo contactó con organismos dependientes del Ministerio de Fomento y del Ministerio de Asuntos Exteriores, además de informar a las autoridades autonómicas.

Asimismo cabe destacar las dificultades a que debe enfrentarse el Defensor del Pueblo Andaluz cuando se encuentran implicadas autoridades de otros Estados miembros de la Unión, en este caso las autoridades del Reino Unido, y la inexistencia de instrumentos claros de coordinación interestatales que favorezcan la labor del Comisionado andaluz, como figura para la protección de los intereses comunitarios aplicables en el territorio andaluz.

III. Las relaciones entre el Comisionado Europeo y los Comisionados Regionales. La situación en la regulación andaluza

El mandato del Defensor del Pueblo Europeo se limita a descubrir los casos de mala administración en la acción de las instituciones y órganos comunitarios⁷, por lo que se encuentran excluidos de su ámbito las actuaciones de las entidades nacionales, regionales o locales, aún cuando se fundamenten en la aplicación de la legislación europea⁸. Ante la indefinición del término “mala administración”, en el Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo del año 1997, y en cumplimiento del encargo del Parlamento Europeo, se presentó la siguiente definición: “se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a que ha de atenerse obligatoriamente”.

Ante estas dificultades desde la Oficina del Defensor del Pueblo Europeo se potenció, desde prácticamente sus orígenes, el establecimiento de una “Red Europea de Defensores del Pueblo”, que facilitara las relaciones entre el Comisionado Europeo y los distintos Comisionados Nacionales. Con posterioridad también se fortalecieron las relaciones entre el Defensor del Pueblo Europeo y los Comisionados regionales, y se han mantenido encuentros periódicos para el intercambio de información sobre legislación comunitaria y buenas prácticas.

7 PETERS, A., “The European Ombudsman and the European Constitution”, *Common Market Law Review*, núm. 42, vol. 3, 2005, págs. 697-743.

SÁNCHEZ LÓPEZ, J., El Defensor del Pueblo Europeo , *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005, págs. 183-194.

8 NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P. (Defensor del Pueblo Europeo), La mejora de la protección de los derechos de los ciudadanos europeos. Las relaciones de cooperación entre el Defensor del Pueblo Europeo y los ombudsmen estatales y regionales , *III Jornadas del XX Aniversario de la Ley del Sindic de Greuges de Catalunya*, Barcelona, 30 de septiembre de 2005.

A pesar de estos notables avances, la práctica muestra las limitaciones de la proyección exterior de los Defensores del Pueblo regionales. En las quejas analizadas se ha puesto de manifiesto la voluntad de Comisionado andaluz de poner de relieve las debilidades de las administraciones implicadas en la resolución de los conflictos en torno a la seguridad marítima, y la posible infracción de las disposiciones comunitarias. Sin embargo el principal obstáculo proviene de la implicación de las autoridades gibraltareñas, dependientes de otro Estado comunitario.

Ante la pasividad de las autoridades autonómicas y estatales, y la ausencia de información oficial al respecto, el Defensor del Pueblo andaluz se decide a recopilar directamente los datos sobre la actuación de las autoridades gibraltareñas. Lógicamente se encuentra con el obstáculo del desconocimiento de las autoridades españolas al respecto, y debe plantear la cuestión ante su homólogo europeo.

Uno de los principales obstáculos que ponen de manifiesto las quejas analizadas es la dificultad ante un asunto que afecta a otro Estado comunitario, es decir que no sólo supera las límites territoriales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sino que también va más allá de la frontera nacional. Además de una materia que implica disposiciones comunitarias, así como el propio funcionamiento de las instituciones de la Unión.

Ante estas situaciones el Defensor del Pueblo Europeo se encuentra legitimado para solicitar los datos oportunos de las autoridades del Reino Unido, como instrumento único para poder analizar si puede derivarse alguna responsabilidad por parte de las instituciones comunitarias ante un supuesto de mala administración; o bien, si por el contrario nos encontramos ante un supuesto que afecta a la actuación de las autoridades británicas y que, por tanto, queda fuera de las competencias del Comisionado europeo. Las dificultades se plantean ante un incumplimiento de las autoridades británicas, ante esta situación sería factible que actuara con efectividad la Red Europea de Defensores del Pueblo.

La proyección internacional del Defensor del Pueblo Andaluz es una realidad inexcusable, máxime en un territorio como el andaluz que limita con Portugal, que mantiene una peculiar relación de fronteras con el territorio de Gibraltar, controlado por el Reino Unido, y que además dista escasos kilómetros de Marruecos.

En los supuestos en que se puedan encontrar implicados otros Estados miembro, como es el caso de las quejas que hemos analizado, cabe la aplicación de protocolos de colaboración que permitan al Comisionado andaluz poder llevar a buen fin sus actuaciones, sin que la ausencia de información pueda condicionar su actividad.

En la Declaración adoptada sobre la Red de Defensores del Pueblo Europeos en el marco del “VI Seminario de Defensores del Pueblo nacionales de los Estados Miembros de la UE y de los países candidatos” se establece: “Entre las actividades más importantes de la Red es la de compartir información sobre el derecho y las buenas prácticas en la UE, así como la de ofrecer el mejor servicio posible al público. Los Defensores del Pueblo nacionales y regionales que integran la Red pueden solicitar respuestas por escrito al Defensor del Pueblo Europeo sobre cuestiones relacionadas con el derecho de la UE y su interpretación, incluyéndose en este ámbito aquellas cuestiones que pudieren aparecer al tratar casos individuales”⁹.

El intercambio de información entre los Estados miembros no parece uno de los objetivos de esta Red, si bien es cierto que las autoridades nacionales pueden ser reacias a facilitar informes sobre sus actividades, el Defensor del Pueblo Europeo dispone de los medios apropiados para convertirse en árbitro de esta colaboración, fomentando el respeto de los intereses nacionales y la búsqueda en la mejora del servicio público.

Como ha señalado el Defensor del Pueblo Español: “Gracias a los bien engrasados mecanismos de coordinación interinstitucional, el ciudadano puede confiar en que en el momento de dirigirse a una de las instituciones de *ombudsman* en España se está dirigiendo, en realidad, a todas ellas. Su queja o su petición será atendida adecuadamente, con independencia de cuál sea la oficina a la que el interesado haya decidido acudir, o de la que, en cada caso, deba asumir más inmediatamente la tramitación del expediente”¹⁰.

Sería de interés extrapolar este modelo de coordinación al nivel comunitario, de forma que una queja, iniciada de oficio o bien a instancia de un ciudadano, tramitada por el Defensor del Pueblo Andaluz ante el riesgo originado por las actuaciones de las autoridades de un tercer Estado miembro, no se viera abocada al fracaso.

En la reforma de la Ley andaluza del Defensor del Pueblo sería oportuno incorporar una referencia a la coordinación del Comisionado andaluz con su homólogo europeo. La vigente Ley 9/1983 hace mención a la relación del Defensor del Pueblo andaluz con el Comisionado estatal y los restantes Comisionados autonómicos; la ausencia de alusión al Defensor del Pueblo Europeo

9 *Declaración sobre la Red de Defensores del Pueblo Europeos* adoptada en el VI Seminario de “Defensores del Pueblo nacionales de los Estados Miembros de la UE y de los países candidatos”, Estrasburgo, 14-16 de octubre de 2007.

10 MÚGICA HERZOG, E. (Defensor del Pueblo Español), *Discurso de Inauguración, XXII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo*. “La Defensoría y su utilidad para los ciudadanos”, Barcelona, 23-24 de octubre de 2007.

es consecuencia de la propia inexistencia de esta figura en el año 1983, momento en el que se aprobó la norma andaluza¹¹.

A la vista de la actual situación, la cita al Defensor del Pueblo Europeo, equiparado a sus homólogos estatal y autonómicos, se constituye como una premisa básica que permita dar relevancia a la evolución y puesta en alza de estas figuras a nivel comunitario, estatal y regional. En este mismo sentido sería oportuno incluir una mención a la colaboración del Defensor del Pueblo andaluz con el resto de sus homólogos comunitarios, ya sea con los Comisionados estatales o con los Comisionados regionales. La colaboración con los Comisionados extranjeros materializa la proyección internacional de una institución que no puede autolimitarse para alcanzar sus fines, y que debe extender sus redes de cooperación más allá del territorio de la Comunidad Autónoma, puesto que las demandas de la sociedad andaluza y la complejidad de las materias investigadas por el Defensor del Pueblo Andaluz así lo exigen.

IV. La descoordinación administrativa estatal y autonómica y la respuesta del Comisionado Andaluz

En las quejas analizadas cabe destacar un elemento que resulta determinante para entender la situación a la que se enfrentan los Comisionados en su quehacer diario y que condiciona su labor y la obtención de resultados: la participación de múltiples órganos administrativos y la descoordinación existente entre ellos¹².

Uno de los elementos que ha condicionado la elección de las quejas sobre seguridad marítima para su análisis como modelo de estudio en el ejercicio de las competencias del Defensor del Pueblo Andaluz ha sido el carácter de esta materia, marcado por la participación de las administraciones estatal, autonómica y local¹³, sin perjuicio de las ya analizadas referencias a las instituciones comunitarias, y

11 El art. 14 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, dispone: "El Defensor del Pueblo Andaluz, en el ejercicio de sus funciones, podrá dirigirse al Defensor del Pueblo del Estado o a los Defensores del Pueblo o Instituciones análogas de otras Comunidades Autónomas, para coordinar actuaciones que excedan del ámbito territorial de Andalucía".

12 Sobre la labor del Defensor del Pueblo Andaluz, ANGUIA SUSI, A., *El Defensor del Pueblo Andaluz y la tutela de los derechos fundamentales: medios, mecanismos y procedimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., "El Defensor del Pueblo Andaluz: Andalucía pionera en esta realidad autonómica", *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 1, 2003, págs. 239-264.

13 En el ámbito de las Entidades Locales ya se han adoptado medidas que favorecen la colaboración de estas las administraciones públicas y el Defensor del Pueblo Andaluz. Con fecha de 28 de diciembre de 2005 fue adoptado el Convenio Marco de colaboración entre el Defensor del Pueblo Andaluz y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias sobre la creación de órganos e instituciones a los que se asignen funciones de defensa de derechos en el ámbito de las Administraciones Locales y su coordinación con la institución del Defensor del Pueblo Andaluz.

por la inexistencia de un modelo coordinado de actuación ante las situaciones de emergencia.

Las quejas estudiadas ponen de relieve las dificultades a las que se enfrenta el Defensor del Pueblo Andaluz cuando se encuentra en la primera fase de su labor, la recopilación de los datos sobre la situación de las aguas en el Estrecho de Gibraltar. En un primer momento se inician los contactos con la Autoridad Portuaria y la Capitanía Marítima, ambas encuadradas en el organigrama de la Administración General del Estado, que remiten a la Dirección General de Política Exterior para Europa, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores; sin perjuicio de la posterior comunicación que se entabló con la Administración autonómica.

La segunda fase de la actuación del Comisionado andaluz es poner en común la información suministrada por los distintos organismos implicados y encuadrarla en los datos previos de los que disponía la Oficina del Defensor y reflejaban la alarma de la opinión pública ante la situación de riesgo creada. En este punto la actuación del Defensor del Pueblo adquiere una especial relevancia porque realiza una doble coordinación que no es aplicable en ningún otro estamento público, al integrar los datos de las administraciones públicas y la realidad social en la que se encuadran.

El Comisionado actúa como un instrumento de coordinación interadministrativo de carácter externo y secundario; es un medio de coordinación puesto que permite alcanzar una visión única de una materia que implica a distintas administraciones u organismos públicos que no son capaces de valorar y actuar de forma única ante una situación problemática que se encuentra en el ámbito de sus competencias, aún cuando es imposible alcanzar un resultado satisfactorio a través de actuaciones parciales. En el caso objeto de estudio, la situación de riesgo para la seguridad marítima de las aguas del Estrecho sólo puede ser solventada, o al menos controlada, con la actuación coordinada de todos los órganos implicados (comunitarios, estatales, autonómicos y locales); y la ausencia de una base de datos común sobre la propia realidad de esta zona es un fiel reflejo de la inexistencia de una política única y realmente efectiva.

El carácter secundario en la labor de coordinación del Defensor del Pueblo Andaluz se manifiesta como una medida cuasi reparadora ante la incapacidad de las administraciones implicadas de realizar por sí mismas una actuación única y participativa. Mientras que el calificativo externo es una consecuencia de la propia configuración y esencia de la institución del Defensor del Pueblo, caracterizada por su independencia, neutralidad y su objetivo último para la implantación de prácticas que reflejen una “buena administración”.

La problemática vinculada a la descoordinación entre las distintas administraciones públicas y en el mismo seno de una administración entre los órganos que la componen, se plasma en prácticas de mala administración. Desde esta perspectiva la labor del Defensor del Pueblo Andaluz adquiere una nueva dimensión como instrumento para facilitar las relaciones entre los distintos niveles institucionales implicados. En un ámbito caracterizado por los obstáculos en la coordinación, el Defensor del Pueblo Andaluz está llamado a convertirse en un medio para agilizar estas relaciones y potenciar la fluidez interadministrativa.

La Ley andaluza reconoce en su Exposición de Motivos que la figura del Defensor del Pueblo y su actuación aseguran “la existencia de un nuevo control externo sobre la Administración, ordenado tanto a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos como al funcionamiento de la Administración Pública, al servicio de los intereses generales que representa como consecuencia de su legitimación democrática”. Por tanto, y con el fin de concretar esta previsión y dar respuesta a las demandas sociales sobre el mal funcionamiento de la Administración ante la ausencia de políticas de coordinación, es necesario incluir en la norma reguladora del Defensor del Pueblo una mención a la labor del Comisionado andaluz como figura clave en la coordinación de la Administración autonómica andaluza a nivel interno y externo.

De esta forma se concretaría en este texto la relevancia de la participación del Defensor del Pueblo en la relación de la administración autonómica con el resto de las administraciones públicas, así como en el establecimiento de medidas que favorezcan la armonización en las funciones y competencias entre los distintos órganos autonómicos.

V. Reflexiones finales

El estudio de las quejas sobre seguridad marítima pone de manifiesto dos realidades que deben ser incluidas en la futura reforma de la regulación sobre el Defensor del Pueblo Andaluz: la coordinación desde una perspectiva internacional y desde el punto de vista interno.

La implicación del Defensor del Pueblo en materias que comprenden competencias de distintos Estados miembro de la Unión Europea supone atender a la proyección comunitaria del Comisionado andaluz y las limitaciones de su relación con el Defensor del Pueblo Europeo y con sus homólogos de otros Estados. La descoordinación interna muestra un panorama complejo, que no sólo es un reflejo de mala administración sino que también se convierte en un obstáculo para el desarrollo de la labor del Comisionado andaluz.

La reforma de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz es una oportunidad para incorporar principios que amparen las actuaciones del Comisionado andaluz en estos ámbitos y contrarrestar las deficiencias detectadas. La referencia a la cooperación desde un punto de vista interno, con otras administraciones y en el seno de la propia administración autonómica, es una consecuencia de la actual regulación y de los fines del Defensor del Pueblo y, por tanto, es un desarrollo lógico de los principios de buena administración. En lo que respecta a la cooperación con el Defensor del Pueblo Europeo, es equiparable a la referencia al Defensor Español, y en este sentido debe ser incorporada a la futura regulación andaluza.

VI. Bibliografía

- ANGUITA SUSI, A., *El Defensor del Pueblo Andaluz y la tutela de los derechos fundamentales: medios, mecanismos y procedimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., “El Defensor del Pueblo Andaluz: Andalucía pionera en esta realidad autonómica”, *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 1, 2003, págs. 239-264.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía sobre la gestión realizada durante 2003*, Oficina del Defensor del Pueblo, 2004.
- MÚGICA HERZOG, E. (Defensor del Pueblo Español), “Discurso de Inauguración”, *XXII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo. “La Defensoría y su utilidad para los ciudadanos”*, Barcelona, 23-24 de octubre de 2007.
- NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P. (Defensor del Pueblo Europeo), “La mejora de la protección de los derechos de los ciudadanos europeos. Las relaciones de cooperación entre el Defensor del Pueblo Europeo y los ombudsmen estatales y regionales”, *III Jornadas del XX Aniversario de la Ley del Sindic de Greuges de Catalunya*, Barcelona, 30 de septiembre de 2005.
- PETERS, A., “The European Ombudsman and the European Constitution”, *Common Market Law Review*, núm. 42, vol. 3, 2005, págs. 697-743.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., “Los Defensores del Pueblo Autonómicos tras la reforma de los Estatutos de Autonomía”, *Revista d’estudis autonòmics i federals*, núm. 6, abril de 2008, pág. 365-395.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, J., “El Defensor del Pueblo Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005, págs. 183-194.

5.4 UN TRABAJO DOCUMENTAL PARA FACILITAR LA ELABORACIÓN DE PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. SALVADOR ZAMBRANO SILVA. DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN Y BIBLIOTECA. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ.

1. El encargo.

En el mes de marzo de 2008, nuestro Departamento recibió la encomienda del Secretario General para preparar la documentación que pudiera necesitar un grupo de trabajo. Éste, se había creado recientemente con la finalidad de confeccionar sugerencias para reformar la Ley que actualmente regula al Defensor del Pueblo Andaluz.

2. El planteamiento.

Desde un primer momento fuimos conscientes de la importancia y la repercusión del asunto en la vida de la Institución y, por ende, de la petición que nos había trasladado el Secretario General. Esto nos llevó a proyectar, a profundizar algo más, en definitiva a preparar una documentación que contuviera un valor añadido al de la mera recopilación de lo ya existente.

En este sentido nos propusimos contemplar dos tipos de información: los textos de las leyes del Defensor del Pueblo y de los distintos Comisionados Parlamentarios Autonómicos y la bibliografía y demás documentos que pudieran interesar. Y sistematizarla, siguiendo determinados criterios.

Dentro de este valor añadido también se encuentra las facilidades en el manejo de la información que ofrecen las herramientas de las tecnologías de la información y la comunicación.

3. El desarrollo del trabajo.

3.1. Los textos legales

Con esta idea, en primer lugar, nos hicimos con los textos actualizados de todas las leyes citadas operando con la base de datos Westlaw Encuentra de la que somos suscriptores. En segundo lugar, clasificamos el contenido de nuestra Ley reguladora en apartados, en función de los temas en que se dividía el propio articulado. Después, fuimos incluyendo lo que referían las demás leyes en los apartados que les correspondieran. Es preciso señalar que, en ocasiones, creamos nuevos apartados bien porque otras leyes contemplaban cuestiones que no lo hacía la nuestra (defensa de Estatuto, supletoriedad, supervisión al Defensor), bien porque era de interés para el Grupo de Trabajo referido analizar un aspecto concreto no explícitamente diferenciado (Menores, Medidas de conciliación).

A continuación, creamos un archivo en el programa Excel con toda esta información elaborando una tabla de doble entrada donde las filas son los apartados y las columnas las diferentes Instituciones. De esta forma, en cada celda se puede

	A	B	C	D	E	F
1		DPA	LEY 36/1985	DPE	Aragon	Asturias
2	1	Preámbulo		No dispone	Preámbulo	Preámbulo
3	2	Carácter art. 1		1	1, 2	1
4	3	Elección, cese, sustitución y sede art. 2, 3, 4 y 5	DA	2, 3, 4, 5	3, 7, 8, 9, 11	2, 3, 4, 5, 6

Imagen 1. Archivo Excel: Comparativa de las Leyes

Posteriormente, creamos un archivo en el programa Word por cada apartado con el contenido de cada Ley que previamente habíamos seleccionado y lo dotamos de múltiples enlaces internos de forma que facilitara su consulta.

ELECCIÓN, CESE, SUSTITUCIÓN Y SEDE

ELECCIÓN, CESE, SUSTITUCIÓN Y SEDE

ÍNDICE:

Ley del Defensor del Pueblo Andaluz.	2
Ley del Defensor del Pueblo.	4
Ley del Defensor del Pueblo de Aragón.	6
Ley del Defensor del Pueblo de Asturias.	8
Ley del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.	10

Imagen 2. Archivo Word: Contenido analítico de cada Ley

Y enlazamos cada apartado del archivo Excel con cada archivo de Word y cada celda con el contenido de ésta en el archivo word.

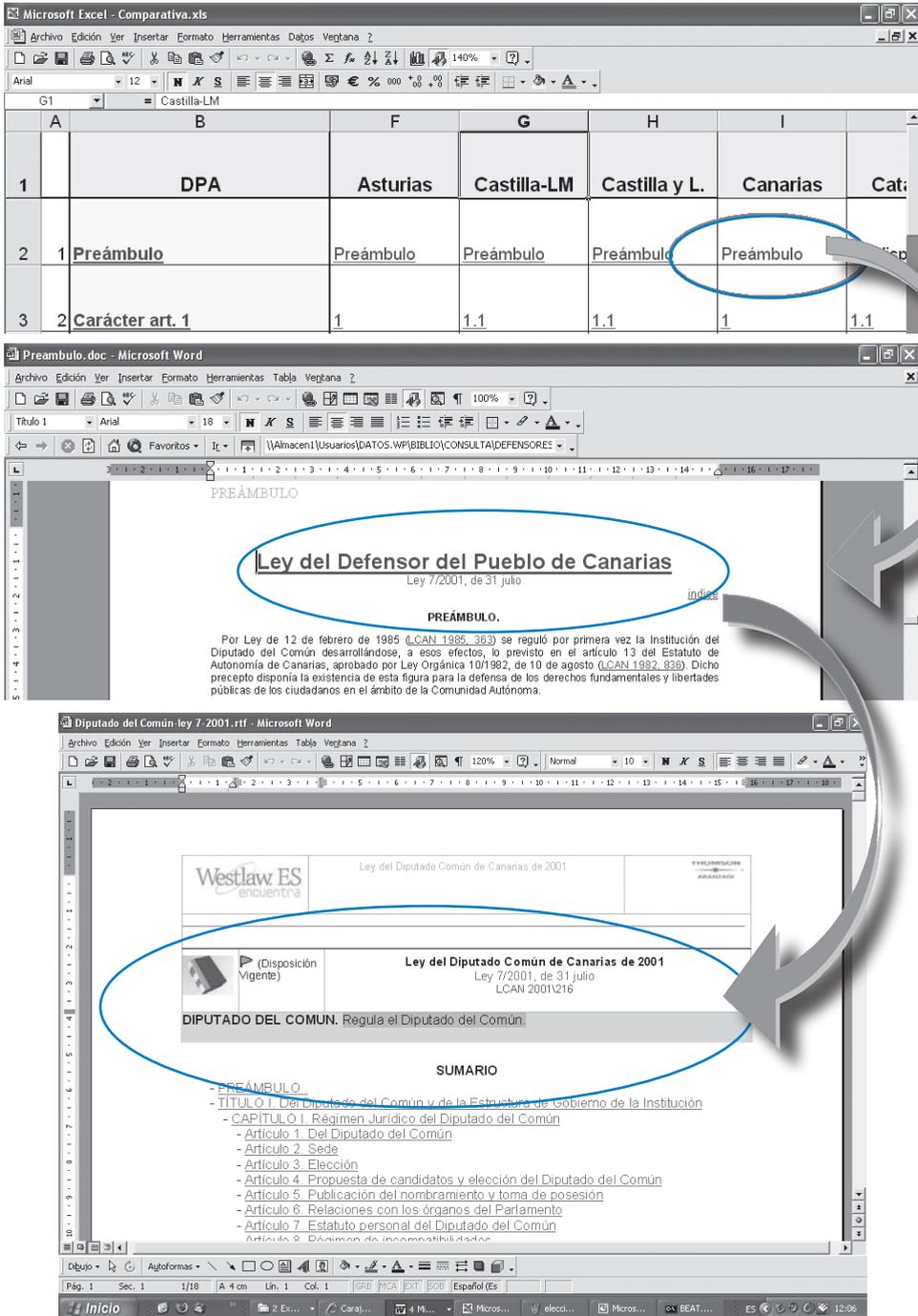


Imagen 3. Enlace de la comparativa de leyes con el contenido analítico

Finalmente, tanto en el archivo Excel como en todos los archivos Word, enlazamos con el texto íntegro de cada Ley por si la información se desea ver en su contexto. Este texto íntegro, actualizado a la fecha, se facilita por gentileza de la Editorial de la base de datos Westlaw Encuentra que ha dado su autorización.

3.2. La recopilación bibliográfica y de otros documentos.

Siguiendo casi el mismo esquema clasificatorio que con los textos legales, hemos ordenado las distintas referencias en función de los temas que trataban. Decidimos incluir nuevos temas o unirlos a otros existentes (métodos de actuación, eficacia de las resoluciones, protección de los derechos sociales, defensores sectoriales y locales) ya que son temas diferenciados y muy interesantes que se tratan en diferentes trabajos.

Hemos realizado referencias cruzadas, cuando un trabajo afecta en su conjunto a varios apartados, y referencias analíticas cuando en un mismo trabajo se pueden advertir diversas partes alusivas a dos o más apartados.

De la misma forma que con los textos legales utilizamos las tecnologías de la información y comunicación para ofrecer mayor rapidez en el acceso a la información que se necesita. Todas las referencias las hemos tratado en un archivo Excel. En la primera pantalla que se muestra ofrecemos todos los apartados que contemplamos.

	A	B
1	ÍNDICE	
2	CARÁCTER / NATURALEZA JURÍDICA / CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA	RECURSOS DPE
3	ELECCIÓN, CESE, SUSTITUCIÓN Y SEDE	RESOLUCIONES, INFORME AL PARLAMENTO / RELACIONES CON EL PARLAMENTO
5	PRERROGATIVAS E INCOMPATIBILIDADES	MEDIOS PERSONALES

Imagen 4. Índice de la recopilación bibliográfica

	A	C
2	RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS SOBRE: ELECCIÓN, CESE, SUSTITUCIÓN Y SEDE	
	Volver al índice	
3	54	GIRÓN CARO, CARLOS: NOMBRAMIENTO, CESE Y ESTATUTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. EN RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. COMENTARIO PRELIMINAR, P. 16-25. SEVILLA: UNIVERSIDAD DE CHAMIZO DE LA RUBIA, JOSÉ: PROPUESTAS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ PARA LA ADECUADA DELIMITACIÓN ESTATUTARIA DE ESTA INSTITUCIÓN COMO GARANTIZADORA DE LOS DERECHOS DE LA CIUDADANÍA. EN:

Imagen 5. Recopilación bibliográfica de un apartado.

Al pinchar en uno de los apartados nos lleva a otra hoja donde se pueden ver todas las referencias de ese apartado

Además en la primera hoja se incluye como un apartado más “Todas las referencias”; pinchando las podemos ver por orden alfabético de autor.

Otra cuestión no menos relevante es el acceso a los documentos que se referencian. En algunas citas se ofrece la posibilidad de ver directamente el texto; esto ocurre en algunos trabajos como aquéllos que ha publicado la Institución o algunos de los que forman parte de las Jornadas de Coordinación entre Defensores que se celebran anualmente.

The image displays two overlapping windows from a computer screen. The top window is a Microsoft Excel spreadsheet titled 'INDICE'. It contains a table with two columns. The first column lists categories: 'CARÁCTER / NATURALEZA JURÍDICA / CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA', 'ELECCIÓN, CESE, SUSTITUCIÓN Y SEDE', and 'RECURSOS DPE'. The second column lists corresponding document types: 'RECURSOS DPE', 'RESOLUCIONES, INFORME AL PARLAMENTO / RELACIONES CON EL PARLAMENTO', and 'RESOLUCIONES, INFORME AL PARLAMENTO / RELACIONES CON EL PARLAMENTO'. Below the table, there is a section titled 'RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS SOBRE: ELECCIÓN, CESE, SUSTITUCIÓN Y SEDE'. This section lists several references, with one entry by 'CHAMIZO DE LA RUBIA, JOSÉ' highlighted. The entry text is: 'CHAMIZO DE LA RUBIA, JOSÉ: PROPUESTAS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ PARA LA ADECUADA DELIMITACIÓN ESTATUTARIA DE ESTA INSTITUCIÓN COMO GARANTIZADORA DE LOS DERECHOS DE LA CIUDADANÍA. EN: JORNADAS SOBRE REFORMAS ESTATUTARIAS, DERECHOS SOCIALES Y DEFENSORES DEL PUEBLO AUTONÓMICOS, BAEZA 5 Y 6 DE MAYO DE 2005, P. 63-83. SEVILLA: DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2006'. The bottom window is a Microsoft Word document titled 'Propuesta DPA en Estatuto Chamizo.doc'. It shows the full text of the highlighted reference, including the author's name 'José Chamizo de la Rubia', his title 'Defensor del Pueblo Andaluz', and the full citation text: 'EN: JORNADAS SOBRE REFORMAS ESTATUTARIAS, DERECHOS SOCIALES Y DEFENSORES DEL PUEBLO AUTONÓMICOS, BAEZA 5 Y 6 DE MAYO DE 2005, P. 63-83. SEVILLA: DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2006'. Blue circles and arrows highlight the transition from the index entry to the full-text document.

Imagen 6. Acceso al texto completo de una referencia

De todas formas cuando un miembro del Grupo de Trabajo citado nos solicita cualquier referencia se la podemos ofrecer de inmediato pues nos hemos preocupado de que todos los documentos íntegros se encuentren físicamente en la Institución. Junto a la referencia aparece un número de manera que sólo tienen que solicitar este número y sabemos que documento es el que solicita.

4. La versión “beta perpetua”: el trabajo colaborativo.

Con esto queremos apuntar tres cuestiones:

- Es un trabajo en constante modificación para corregir o aumentar las prestaciones, teniendo en cuenta que es aprovechable en diversos entornos.
- Es muy importante que todos aportemos, que todos colaboremos y que todos nos podamos nutrir de un trabajo alimentado por todos. Valen todas las aportaciones sea desde un punto de vista u otro. Por ejemplo, en este trabajo han intervenido diversas personas juristas, informáticas, administrativas y documentalistas.
- Es esencial que los profesionales, la Universidad y sobre todo las Defensorías nos pongamos de acuerdo para mantener este tipo de trabajos.

5. Advertencias, agradecimientos y disculpas.

Los textos normativos utilizados están actualizados a 31 de diciembre del 2009.

Este trabajo puede tener errores provocados por omisiones no conscientes o por las apreciaciones a la hora de clasificar los contenidos de quienes hemos participado más activamente, que tenemos una formación esencialmente de documentalistas.

Queremos agradecer la confianza que han depositado en este Departamento y muy especialmente a todas las personas que de una u otra forma han contribuido, contribuyen y las que contribuirán a mejorar este trabajo.

Por último, y no por ello menos importante si no todo lo contrario, queremos pedir disculpas por las denominaciones que utilizamos en el trabajo para mencionar a los Comisionados Parlamentarios Autonómicos ya que, para facilitar el trabajo interno, desde un principio nos hemos referido a estas Instituciones con un nombre genérico “Defensor del Pueblo de...” o el nombre de la Comunidad Autónoma no usando las designaciones oficiales.

6. VALORACIONES FINALES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ SOBRE LA REFORMA DE LA LEY QUE LO REGULA.

6 VALORACIONES FINALES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ SOBRE LA REFORMA DE LA LEY QUE LO REGULA.

1. Introducción

Tras la celebración de las Jornadas dedicadas al análisis de la Ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, que se celebraron en Baeza en Junio de 2008, la Institución dispuso de un rico material de crítica y opinión ofrecido por las personas participantes en este interesante encuentro.

Las experiencias de instituciones similares, la doctrina expresada por estudiosos de la materia, el criterio de protagonistas parlamentarios y, desde luego, la propia experiencia de las personas de la misma Institución del Defensor del Pueblo Andaluz y su trayectoria, permitieron realizar un elaborado trabajo de síntesis.

La principal conclusión fue la ratificación unánime de convenir la elaboración de un nuevo texto legal para el Defensor del Pueblo Andaluz. Un nuevo proyecto que recopile la dispersa normativa existente, sistematice sus contenidos, incorpore la experiencia y el aprendizaje acuñados y, por último, disponga a la Institución para sus retos próximos.

Desde esta posición expresamente manifestada por la Institución ante su Parlamento, se han desarrollado todas las labores de reflexión y recopilación a través de este documento. Un compendio ordenado y argumentado de las líneas esenciales que, desde nuestra particular responsabilidad, debería recoger un texto futuro de reforma de la Ley de esta Institución del Defensor del Pueblo Andaluz.

Entendidas como Valoraciones Finales, se exponen a continuación las líneas argumentales que explican la oportunidad de una futura Ley que, desde el respeto

a los protagonistas del proceso legislativo, pretende aportar, en su caso, una herramienta de reflexión para la consolidación y desarrollo de la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz en el siglo XXI. En coherencia con dicho planteamiento, y desde la irrenunciable responsabilidad que nos corresponde, considero que debe ser el propio Defensor del Pueblo Andaluz quien tome la iniciativa en este debate argumentando aquellos planteamientos que puedan incorporarse, en su caso, a la reforma normativa y permitan ir avanzando en los contenidos de su mejora.

Desde esa vocación colaboradora con los actores protagonistas del proceso legislativo, indicamos a continuación los argumentos que justifican la bondad de este propósito normativo.

2. Motivación General

Estas líneas generales de la futura norma se basan, en un primer término en el análisis del desarrollo normativo de la Institución. Efectivamente, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, estableció el Defensor del Pueblo Andaluz como una de las instituciones sobre las que organizaba el autogobierno de la Comunidad Autónoma Andaluza. Configurado sobre una naturaleza análoga al Defensor del Pueblo de las Cortes Generales, previsto en el artículo 54 de la Constitución Española, el Comisionado del Parlamento de Andalucía responde a la definición de institución garantista de los derechos y libertades constitucionales y protectora de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas en todas sus formas y acepciones.

La Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, aportó la singularidad de ser la pionera en regular esta figura entre las de ámbito autonómico, y ha constituido la referencia normativa básica para el desempeño del trabajo de la Institución. A lo largo de sus años de vigencia, se han producido varias modificaciones de carácter singular. Así, la Ley 3/1996, de 17 de Julio añadió una tercera adjuntía, a la vez que la Ley 1/1998, de 20 de Abril, de los Derechos y atención al Menor, estableció en su disposición adicional segunda la figura del Defensor del Menor de Andalucía incorporado al ámbito funcional de la Institución.

A su vez, la Ley 3/2001, de 22 de Mayo, modificó el régimen de interinidad en el proceso de designación de la persona titular optando por mantenerla en sus funciones hasta la toma de posesión de la persona designada para el siguiente mandato y actualizó las causas de cese. Por su parte, la Ley 11/2001, de 11 de diciembre, procedió a ordenar el desarrollo de las funciones de defensa de los

derechos de los menores en la Institución, a cuyo efecto se ampliaba nuevamente el número de Adjuntías hasta fijarlas en las cuatro actuales.

Por último, en orden a las vicisitudes normativas de la Institución, también hay que señalar determinados aspectos de régimen interno, en el ámbito económico-presupuestario y de personal, que se abordaron acudiendo a modificaciones reglamentarias y que aconsejan una regulación de rango legal acorde con la regulación habitual de estas materias en el resto de instituciones parlamentarias.

Con esta trayectoria normativa de cierta dispersión, y en el marco de la misma, la Institución ha venido desarrollando las intervenciones y actuaciones precisas para el eficaz cumplimiento de la función que tiene encomendada de protección y defensa de los derechos y libertades. A tal fin, ha llevado a cabo la supervisión de la actuación de las Administraciones Públicas en Andalucía, al mismo tiempo que ha ido desplegando otras tareas de promoción, divulgación y protección a través de la realización de otros cometidos que responden expresamente a la misión definida estatutariamente.

Este proceso normativo ha recibido, además, un impulso de enorme trascendencia, como es la aprobación del reformado Estatuto de Autonomía, por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que ha venido a constituirse como un instrumento jurídico que fomenta el bienestar, la igualdad y la justicia social en base a la relevante definición de nuevos derechos expresados con la manifiesta voluntad de alcanzar el nivel de ciudadanía que merece la sociedad andaluza del siglo XXI. De manera coherente con esa vocación innovadora y decidida, el Estatuto ha reforzado el ámbito de los derechos ciudadanos, así como el rango del Defensor del Pueblo Andaluz como institución garantista de los mismos, encomendándole el desarrollo de unas singulares funciones de velar por la defensa de estos derechos, definiendo y desarrollando los rasgos esenciales que deben caracterizar esta Institución de promoción y tutela acordes con esta vocación de futuro.

Por otro lado, la implantación de estas figuras en otras Comunidades Autónomas y en el ámbito de la Unión Europea con posterioridad a la aprobación de la ley reguladora de la Institución Andaluza, dada la favorable acogida y valoración positiva que han tenido a todos los niveles estas figuras como instrumento eficaz de defensa de los derechos de la ciudadanía en las sociedades democráticas, ha supuesto la incorporación de aspectos novedosos a su regulación que mejoran la funcionalidad de estas instituciones en el desempeño de dicha tarea. Asimismo, en el transcurso de estos años se han dictados algunas Sentencias por el Tribunal Constitucional –en concreto la STC 142/1988, de 12 de julio y STC 157/1988, de 15 de septiembre– que han clarificado aspectos controvertidos del ámbito competencial y relacional de estas instituciones y que convendría contemplar en sus normas reguladoras.

Consiguientemente, la experiencia acumulada en estos veinticinco años de ejercicio de funciones garantistas se convierte en otra motivación que aconseja una modificación normativa. Además, en la coyuntura en que nos encontramos, en otras Comunidades Autónomas que han culminado también sus procesos de renovación estatutaria, se están desarrollando los trabajos preparatorios de los proyectos de reforma de las leyes reguladoras de sus correspondientes Instituciones en la línea comentada. En el caso de la Comunidad Autónoma catalana han concluido recientemente con la aprobación de la reformada Ley 24/2009, de 23 de diciembre del Síndic de Greuges de Cataluña.

3. Contenidos Básicos

Para atender esa nueva realidad social y jurídica en la que va a tener que desarrollar sus funciones el Defensor del Pueblo Andaluz, consideramos que su norma reguladora debe incorporar unos contenidos básicos que, partiendo de la regulación originaria, complementen y mejoren la vigente ley en función de esos nuevos parámetros sobre los que la Institución va a tener que desplegar su actividad.

Debemos partir de que el Estatuto de Autonomía para Andalucía revalida el rango institucional del Defensor del Pueblo Andaluz citándola en primer término dentro del Capítulo VI dedicado a Otras Instituciones de autogobierno. Así, el artículo 128 confirma su naturaleza de Comisionado del Parlamento creado para la defensa de los derechos y libertades constitucionales, si bien referencia de manera expresa para su actuación el elenco de los derechos establecidos en el Título I del Estatuto como ámbito objetivo propio y singular para la actuación supervisora y promotora del Defensor del Pueblo Andaluz.

Desde esta perspectiva, destaca el carácter de Comisionado parlamentario, su función de defensa de los derechos y libertades, su facultad de supervisar a las Administraciones Públicas, el ejercicio de sus cometidos con sujeción al Estatuto y a su ley reguladora, la colaboración con la Institución homóloga a nivel nacional y la independencia y autonomía plena como rasgos más singulares del modo de ejercicio de sus funciones. A éstos se añadiría, dada la relevancia que se le otorga a este principio en el texto estatutario y su condición de institución pública, el de buena administración.

El Estatuto ratifica un modelo de Defensoría como institución garantista de carácter general, comprensiva de todos los derechos y libertades vinculados en su conjunto a la persona como titular indivisible de un estatus ciudadano cada vez más complejo y adaptado a las sociedades modernas. Esta opción, debería

incorporar la singularidad del Defensor del Menor de Andalucía, que resulta sin duda más operativa y funcional para garantizar el mejor desempeño de las amplias funciones encomendadas al Defensor del Pueblo Andaluz, superando concepciones aparentemente especializadas por materias, colectivos o sectores que no hacen sino fragmentar la concepción universal de los derechos de las personas y dificultar con una segmentación inagotable los ámbitos de intervención del Defensor o Defensora.

Otros aspectos básicos a contemplar explícitamente en este apartado general serían los referentes al estatus de la persona titular de la Institución en materias tan delicadas y trascendentes para el desempeño de sus funciones como son las prerrogativas e incompatibilidades para el ejercicio del cargo. Asimismo, este régimen se extendería a las Adjuntías a las que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Estatuto, habría que contemplar la sujeción en su designación al principio de representación equilibrada de hombres y mujeres

4. El Defensor del Pueblo Andaluz como garante de los Derechos Estatutarios

Partiendo de esta concepción integradora de la Institución, el rasgo que destaca en cuanto al impulso estatutario dado es la condición del Defensor del Pueblo Andaluz como singular garante de los derechos sociales. En este nuevo marco que supone el renovado Estatuto de Autonomía para Andalucía, nos encontramos con una apuesta clara y decidida por extender y afianzar el ámbito de los derechos de la población andaluza, a cuyo reconocimiento y garantía plena dedica íntegramente su primer Título. Esta regulación denota una voluntad inequívoca de incorporar nuestra Comunidad Autónoma a los modelos más avanzados de protección social que implican un amplio desarrollo de estos derechos y de las medidas que aseguren su efectivo disfrute.

La plasmación en el Estatuto de un extenso catálogo de derechos sociales implica un mayor nivel de compromiso institucional y de exigencia ciudadana para posibilitar su acceso a toda la población y, en contrapartida, de instrumentos de garantía adecuados para asegurar a la ciudadanía su ejercicio efectivo.

Para dar respuesta a este compromiso garantista, el Estatuto de Autonomía establece, en el Capítulo IV de su Título I, un sistema de garantías de los derechos mediante una expresa vinculación de los poderes públicos y de los particulares, la protección jurisdiccional y la efectividad de los principios rectores, y en el que se incluye, como uno de los mecanismos de cierre de este sistema, al propio Defensor del Pueblo Andaluz. En este contexto, el artículo 41 atribuye a esta Institución la

función de velar por la defensa de los derechos enunciados en dicho Título, que afectan a unos contenidos preferentemente económicos y sociales.

Ciertamente, algunos de los derechos comprendidos en el Título I del Estatuto suponen una ratificación de otros que se encontraban ya enunciados en el Título I de la Constitución Española. Pero en el texto estatutario estos derechos se han formulado de una manera novedosa, incluyendo hasta veintiún aspectos sobre los que se articulan derechos reconocidos a la población andaluza y que responden a la expresa voluntad del Estatuto, entre los que se incluyen un bloque de derechos de última generación que exigen de otro tipo de medidas de intervención para asegurar una protección eficaz de la ciudadanía ante estas nuevas y complejas realidades sociales.

En el singular diseño estatutario de las garantías de los derechos, éstas se vinculan, además, a otros parámetros transversales de intervención y control que delimitan las condiciones de su ejercicio efectivo, así como la actuación pública dirigida a asegurarlos. Estos indicadores están representados por los propios objetivos básicos que se propone el Estatuto como horizonte finalista en su artículo 10 y, sobre todo, por los principios rectores de las políticas públicas que se enumeran en el artículo 37 y que señalan los criterios delimitadores del ejercicio de estos derechos.

5. Ámbito de Actuación

Esta amplitud en la definición estatutaria de los derechos y su particular vinculación garantista con la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, implica un enriquecimiento cualificado del ámbito funcional de actuación de la Institución que debe quedar reflejado y ordenado necesariamente en su ley reguladora. A tal fin, el futuro texto normativo sería conveniente que introdujera como novedad, respecto de la regulación anterior, un ámbito dedicado en exclusiva a delimitar el ámbito competencial de esta Institución en este nuevo entorno.

Del mismo modo, estas líneas generales no deben olvidar la oportunidad de abordar un avance clarificador en la delimitación de la funcionalidad de la Institución como es el de su ámbito subjetivo de actuación. Este aspecto se centra a partir de la previsión del propio Estatuto de Autonomía que en su artículo 128 extiende la facultad supervisora de la Institución a la actividad de las Administraciones Públicas de Andalucía. También se deben tener en cuenta a estos efectos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre conflictos de competencias en el ámbito de estas instituciones que le fueron planteados y la propia experiencia del Defensor del Pueblo Andaluz en el ejercicio de sus funciones.

Sobre estas bases, la propuesta debería seguir la línea ya marcada por las regulaciones legislativas de otros Comisionados Parlamentarios, que delimita el ámbito de intervención de la Institución en relación con las diversas modalidades de Administraciones Públicas u órganos institucionales que son susceptibles de supervisión. Ratifica una concepción extensa de la Administración Pública de Andalucía como entidad sujeta a la supervisión de la Institución, del mismo modo que facilita una descripción desarrollada de las formas y estructuras en las que la Administración se organiza y articula su actuación ante la ciudadanía. Asimismo, convendría señalar la posibilidad de supervisar otros ámbitos públicos en Andalucía a través de la preceptiva colaboración con la Institución del Defensor del Pueblo designado por las Cortes Generales.

Además, para delimitar con claridad el ámbito funcional que viene desarrollando esta Institución, sería necesario describir las intervenciones a desarrollar en que se materializa el ejercicio de las competencias. En este sentido, además de detallar las actuaciones originariamente asumidas, se han de describir otras modalidades de intervención que permitirán dar respuesta a los nuevos escenarios de actuación que el Estatuto atribuye al Defensor del Pueblo Andaluz. Para cerrar este aspecto de mecanismos específicos de garantías se debería seguir manteniendo, por último, la previsión ya recogida en la Ley originaria de poder dirigirse al Defensor del Pueblo para interponer recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones normativas de rango legal del ámbito autonómico.

6. Régimen de Actuación

En cuanto al régimen de actuación, las líneas generales que considero deben inspirar un posible texto abordarían el aspecto procedimental de funcionamiento de la Institución y que en la anterior regulación se encontraba disperso y con una articulación poco sistemática.

En la regulación de los procedimientos no deberían olvidarse el reforzamiento de los valores de sumariedad e informalidad que caracterizan la intervención de estas Instituciones, así como la incorporación de las previsiones del empleo de nuevas tecnologías de la comunicación y administración electrónica en las relaciones de las personas con las organizaciones e instituciones públicas, para facilitar los trámites de gestión y la accesibilidad a la Institución, lo que a su vez se complementa contemplando la posibilidad de presentación de quejas orales.

Del mismo modo, la intervención del Defensor del Pueblo Andaluz a través del procedimiento de quejas se debe impregnar de los compromisos de calidad y

respeto a los niveles de servicio que están determinados en la Carta de Servicios y Buenas Prácticas aprobada hace años formalmente por la Institución.

7. Ámbito Relacional

En el funcionamiento de una Institución de las características de la Defensoría del Pueblo Andaluz, uno de los aspectos que cada vez cobra más importancia es el relacional. Su condición de Comisionado parlamentario, por un lado, y la exigencia de colaboración y coordinación con la instituciones homólogas a nivel nacional, autonómico y europeo y, singularmente, en el de las Administraciones Locales, así como con otras figuras afines que están surgiendo en el ámbito público y privado, aconsejan tratar este relevante aspecto en un apartado específico siguiendo el modelo que se contiene en gran parte de la legislación comparada.

El Defensor del Pueblo de las Cortes Generales, los Defensores o Comisionados Autonómicos, Defensor Europeo y otras figuras similares que están surgiendo en el entorno local constituyen otro ámbito imprescindible de relación con esta Institución que debiera tener reflejo en su norma reguladora.

8. Defensor del Menor de Andalucía

Entre los aspectos objeto de análisis para el contenido de futuras iniciativas normativas aparece el Defensor del Menor de Andalucía. La oportunidad de este estudio pone de manifiesto la conveniencia de clarificación de esta figura creada por la Ley 1/1998, de 20 de Abril, de los Derechos y Atención al Menor, en su disposición adicional segunda. El Defensor del Menor está encarnado por la persona titular de la Institución de referencia quien encomienda a una de las Adjuntías de la Institución una tarea singular de auxilio en este ámbito.

La plena incorporación del Defensor del Menor en la Institución de referencia aporta en sí misma una singularidad organizativa, más que una modificación de sus cometidos o funciones. De hecho, como se expone con anterioridad, el Estatuto ratifica el modelo de carácter general para la Institución, comprensivo de todos los derechos y libertades vinculados en su conjunto a la persona, y que se ha manifestado como más operativo y funcional para garantizar el mejor desempeño de las amplias funciones encomendadas al Defensor del Pueblo Andaluz.

La peculiaridad que supuso la creación de esta figura y su incardinación en la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, hace aconsejable, una vez transcurrido el periodo de adaptación y consolidación de la misma, que se aborde su regulación normalizada en el marco institucional en el que se inscribe y que, en estos años

de funcionamiento, se ha reputado como instrumento de gran eficacia para la protección y defensa de los derechos de las personas menores en Andalucía.

9. Conclusión

Todas estas ideas o valoraciones son el resultado de un proceso de participación provocado por la Institución, en el que han trabajado numerosos protagonistas de la reciente historia del Defensor del Pueblo Andaluz, así como estudiosos y expertos en relación con el alcance y sentido de los Defensores del Pueblo en nuestros días. Sus opiniones y trabajos han sido recibidos y, sin duda, aprovechados para lograr disponer de un fundamento acreditado de opinión acerca del actual marco normativo del Defensor del Pueblo Andaluz y la oportunidad de su mejora.

Como indicamos en la presentación de este documento, el Defensor del Pueblo Andaluz ha manifestado su posicionamiento expreso para suscitar un proceso normativo de modificación y mejora de la ley reguladora de la Institución. Los argumentos de este criterio favorable se han expuesto en estas valoraciones y, desde luego, estamos dispuestos a confrontarlos en un previsible debate sobre su oportunidad y contenidos.

Pero, a partir de aquí, son los protagonistas del proceso legislativo quienes ostentan la legitimidad para acometer tal iniciativa. En todo caso, como promotores de este apasionante reto, hemos trabajado para ofrecer nuestras aportaciones dentro de un proceso más avanzado de concreción de la futura regulación del Defensor del Pueblo Andaluz.

José Chamizo de la Rubia
Defensor del Pueblo Andaluz

documentos

