

OMBUDSMAN Y DEFENSOR DEL PUEBLO: APUNTES PARA UNA INVESTIGACION COMPARADA

Por ANTONIO LA PERGOLA

I

PREMISA

Desde hace ya algún tiempo el Ombudsman ocupa el centro de amplios debates entre estudiosos, prácticos del Derecho, administradores y políticos. No obstante, la diversidad de formas y nombres con que se le conoce en algunos ordenamientos extranjeros (en los que se encuentran, según los casos, comisarios parlamentarios para la administración, defensores cívicos, consejeros públicos, controladores del Estado), se trata sustancialmente de un instituto encaminado a tutelar al ciudadano del abuso, entendido muy ampliamente, de los poderes de las autoridades administrativas (1). En algún país —concretamente, en los Estados escandinavos— el Ombudsman es ya una realidad enraizada en la práctica política y enmarcada —gracias también al prestigio y autoridad de los titulares del cargo— en el respeto y favor de la opinión pública. Sin embargo, en otros ordenamientos ha surgido más recientemente y no sin discusiones. De todas formas es una opinión, si no prevalente al menos extendida, que el Ombudsman, lejos de haberse revelado como

(1) La literatura sobre el tema es muy amplia. Me limito, para los fines fundamentalmente descriptivos de este artículo, a recordar la monografía de NAPIONE: *L'Ombudsman. Il controllore della pubblica amministrazione*, Milán, 1969, y las antologías de estudios comparados preparadas por GELLHORN: *Ombudsman and Others*, Cambridge Mass., 1967; ROWAT: *The Ombudsman, Citizen's Defender*, Londres, 1968, y MORTATI: *L'Ombudsman (Il Difensore civico)*, Turín, s. d., 1974.

una duplicación superflua y costosa de los remedios y garantías de que ya disponía el ciudadano frente a las administraciones públicas, tiene una función propia que asumir, cuya importancia está destinada a emerger y consolidarse con la criba de la experiencia.

Es, pues, un dato de notable interés para el estudioso del Derecho comparado que este instituto, ignorado por otros textos fundamentales menos recientes, incluido el italiano, haya sido acogido últimamente en la Constitución española. Me parece que es señal de la plenitud de garantías instauradas ahora en España como defensa de los derechos fundamentales, pues donde falta el órgano introducido en la nueva Constitución con el nombre de Defensor del Pueblo, antes o después se advierte su exigencia, y así el legislador español lo ha previsto para colmar precisamente la laguna que de otro modo hubiera resultado en su bosquejo de un Estado garantizador.

Bien entendido que es necesario esperar a que sea promulgada la concreta ley orgánica a la que reenvía, en ésta como en tantas otras ocasiones, la propia Constitución. Sólo entonces, concretamente estructurado ya, el instituto estará en disposición de funcionar y podrá adquirir su efectivo relieve. Aunque es ya un hecho importante que tenga su base en la Constitución. Los poderes del *Defensor del Pueblo* podrán, por consiguiente, ser configurados del modo más conveniente, sin necesidad de recurrir al procedimiento de revisión, que siempre es una solución lenta y gravosa. Si no me equivoco, en Italia la perspectiva de tener que evitar los apuros del procedimiento agravado, prescrito para la modificación de la Constitución, ha contribuido primero a complicar y después a desaconsejar la creación, sobre la que se ha discutido mucho, de un órgano como el defensor cívico (2).

Como he observado ya en otra ocasión al respecto, el medio técnico de la ley ordinaria no habría bastado probablemente para dotar al órgano de todo el conjunto de poderes que, a la luz de la experiencia extranjera, constituyen sus asignaciones naturales (3). Quien observe la Constitución española

(2) Me permito reenviar, para cualquier comentario sobre las propuestas italianas, a mi introducción a la investigación sobre el Comisionado Parlamentario, publicada por el Servicio de estudios de la Cámara de Diputados (Roma, 1971). Se tenga en cuenta, además, que la figura del defensor cívico está prevista en algunos estatutos de las regiones italianas, y que las normas estatutarias se han desarrollado en la legislación regional ordinaria. Sobre el interés por los modelos extranjeros, y sobre los problemas suscitados por la adopción del instituto a nivel regional, cfr. RODARI: *Il Difensore civico*, Livorno, 1974; PIZZETTI en *Ombudsman*, a cargo de MORTATI, cit., págs. 203 y sigs., y por último, BIN: *Il Difensore civico in Toscana: Metamorfosi di un istituto?*, en «Le Regioni», 1977, núm. 5, págs. 977 y sigs.

(3) LA PERGOLA: *In margine alle proposte per l'istituzione di un «Difensore civico»*, en *Scritti in memoria de Orazio Condorelli*, II, Milán, 1974, págs. 731 y sigs.; como

desde fuera, *con gli occhi del persiano*, llega a una primera reflexión. Al igual que la figura del monarca, que en sustancia es el titular de una presidencia hereditaria, situada en una avanzada democracia social, se diría también que ésta del Defensor del Pueblo introduce un barrunte escandinavo en el clima del constitucionalismo latino. Es el modelo del Ombudsman sueco en el que aquélla se ha inspirado claramente. Quedan por ver mientras tanto sus rasgos esenciales. Esta es precisamente la investigación que esbozo en las páginas siguientes, con la simple ayuda de las proposiciones del texto normativo. Entre tanto, podrá contribuir a la claridad del argumento alguna consideración preliminar sobre la difusión del instituto en cuestión en los ordenamientos contemporáneos y sobre el significado que ha adquirido.

II

SIGNIFICADO

Si se prescinde de los precedentes más remotos, a los que tampoco viene al caso hacer alusión, el origen del Ombudsman está en Suecia, como ya he indicado, y puede remontarse a comienzos del siglo pasado. En aquella época el régimen parlamentario asumía la configuración que aún mantiene y de la que, como se sabe, es un dato característico que el Gobierno responda políticamente ante las Cámaras.

El Ombudsman sueco nace, por consiguiente, como auxiliar del Parlamento en el ejercicio de la función fiscalizadora. A él compete vigilar la correcta observancia de las leyes por parte de todos los órganos de aplicación del derecho: tanto de los tribunales como del poder ejecutivo. Este vasto poder del Ombudsman sueco no encuentra traducción precisa en otros

advertía antes, la discusión del problema en Italia ha estado condicionada por la ausencia de toda previsión constitucional sobre el instituto: el medio técnico de la ley ordinaria sólo podría encuadrarla, sin hacer innovaciones, en el sistema de competencias preconstituidas en el texto fundamental. Cfr., con especial referencia a la vigilancia sobre las fuerzas armadas, GIUSEPPE DE VERGOTTINI: *Sulla istituzione di un commissario parlamentare alle forze armate*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1970, especialmente pág. 30 de la separata; sobre el tema en general, CANNATA: *L'ombudsman in Italia*, en «Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana», 1969, especialmente pág. 113, y también GIUSEPPINO TREVES: *Rassegna Parlamentare*, 1969; y SEPE: *Bassegna Parlamentare*, 1965. Entre los promotores del instituto figuran dos de los mayores juristas italianos: MORTATI: *Rassegna Parlamentare*, 1965, y *Ombudsman*, cit., págs. 3 y sigs., y JEMOLO: *Sulla proposta istituzione di un Commissario parlamentare in Italia*, en «Monticitorio», 1965, pág. 91.

ordenamientos y viene encuadrado en el proceso de decadencia de la autoridad regia, que debía desembocar en la independencia de los tribunales, y más tarde también en la supremacía del Parlamento. De aquí la correlación que históricamente subsiste en el mundo escandinavo entre el Ombudsman y el ordenamiento político de la monarquía constitucional.

Sin embargo, los desarrollos más recientes demuestran que sería erróneo considerar al Ombudsman como un simple reflejo del régimen parlamentario, del tipo hasta ahora indicado o de otros. El instituto no constituye necesariamente una ramificación de aquel control al que está sujeto el Gobierno por parte de las Cámaras: sirve, de hecho, para ensanchar la vigilancia de la actividad ejecutiva efectivamente más allá del ámbito en el que opera la responsabilidad política del Gobierno en los sistemas parlamentarios. Si se quiere entonces situar el instituto en su justa perspectiva, es necesario no olvidar que, aun cuando el Ombudsman sea considerado como fiduciario y auxiliar de las Cámaras, su función es colaborar no tanto al control del Gobierno, confiado directamente al órgano legislativo, cuanto a la fiscalización de la Administración. De esto deriva un doble orden de consecuencias. La instauración del Ombudsman como órgano de control de la conducta de la Administración puede, entre tanto, si el experimento produce buenos resultados, no digo subvertir los fundamentos, pero sí contener ese sistema de burocracia irresponsable que anida frecuentemente en el régimen parlamentario al abrigo de la responsabilidad política del Gobierno, que es lo que ocurre precisamente cuando la Administración constituye un factor profesional y permanente de la vida del Estado, difícilmente atacable por los controles políticos y poco sensible a la presión de la opinión pública allí donde el Gobierno vive precariamente bajo la espada de Damocles de la desconfianza y de las crisis.

Dado que el Ombudsman puede operar útilmente en el ámbito de la función fiscalizadora del Parlamento sin que sus competencias vengan necesariamente conectadas con el principio de la responsabilidad política del Gobierno, es además concebible, y de hecho sucede, que el instituto encuentre razón de ser fuera también del círculo de los regímenes parlamentarios. Así, por ejemplo, la institución de un Ombudsman ha sido ya implantada o prevista por algunos de los Estados miembros de la federación estadounidense, mostrándose así plenamente compatible con ordenamientos muy distintos de la forma parlamentaria de gobierno (4). En estos ordenamientos, la función del Ombudsman viene igualmente ligada, en mi opinión, con la potestad

(4) Cfr. el volumen editado por ANDERSON: *Ombudsman for American Government?*, Englewood Cliffs, 1969, especialmente págs. 37 y sigs., 101 y sigs. y 136 y sigs.

inquisitiva de los cuerpos legislativos, que no es menos importante ni menos extensa que en los regímenes parlamentarios, y entre otras razones porque constituye el más idóneo instrumento de control de toda la Administración; además se ejercita indistintamente en relación con los funcionarios públicos y los individuos, y se desarrolla y organiza en formas sustancialmente idénticas a las de la actividad jurisdiccional, con todas las garantías conexas a la adopción del principio del contradictorio y de las otras formalidades características del proceso.

Llegados a este punto, se debería entonces afirmar que el instituto es conciliable del mismo modo que con el régimen parlamentario, también con otras formas de gobierno. Sin embargo, una conclusión de este género sólo puede ser acogida con la advertencia de que, dados los fines característicos del control que se ejercita, el Ombudsman o cualquier otra figura equivalente sólo prospera en un ambiente en que fijan efectivamente los principios del Estado de Derecho, entendida esta noción en un sentido bastante lato. De hecho, la experiencia muestra que la base del instituto se encuentra en el *rule of law* de los países anglosajones, el Estado de Derecho tal como se expresa en el continente europeo o también en aquel clima de la legalidad socialista donde aparece en la Europa oriental, entre otras cosas, la *prokuratura*: órgano del que no puedo aquí ocuparme, pero que viene asimilado —no sin razón, en mi opinión— al Ombudsman.

De todas formas, lo que importa es que el ordenamiento positivo sobre el que se injerta el instituto sancione de algún modo la sujeción de la administración a la ley, con todas las consecuencias que de ello deberían derivar: responsabilidad, civil y penal, de los funcionarios; control de la legitimidad y también del contenido de los actos administrativos, bien sea estimulado por el ciudadano lesionado en su esfera o bien ejercitado autónomamente por los mismos órganos estatales dentro de la propia Administración. Se debe tratar, en suma, de un ordenamiento que ofrezca la posibilidad de reparar la violación de las situaciones jurídicas ventajosas de los sujetos y el daño que éstos puedan sufrir como consecuencia de actos ilegítimos o ilícitos cometidos por la Administración. Se entiende, pues, que la reducción *sub lege* de todas las actividades de aplicación del derecho será tanto más salvaguardada concretamente cuanto la concepción del *Rechtsstaat* haya tenido su coronamiento en la adopción de una Constitución rígida, gracias a la cual los criterios de legalidad, responsabilidad e imparcialidad que deben regir la actividad administrativa se asumen con el rango y dignidad de preceptos fundamentales. Pero no es apenas necesario añadir que las fórmulas del Estado de Derecho carecerían de significado concreto si no correspondiera precisamente a los enunciados constitucionales que he mencionado un adecua-

do sistema de remedios y garantías del ciudadano en los distintos niveles en que se desarrolla la actividad administrativa. La observación es válida para algunos ordenamientos políticos del continente europeo y sobre todo para el nuestro. Si las garantías previstas por el constituyente fueran efectiva y completamente traducidas a la realidad, el ciudadano podría en estos ordenamientos estar mejor tutelado de cuanto quizá fuese permitido en el mundo anglosajón y concretamente en el sistema parlamentario de tipo británico: de hecho, en este último tarda e incluso se difiere aún la estructuración de un sistema orgánico de remedios paragonable al Derecho administrativo de los países continentales, y la misma *ventilation of grievances* a través del trámite del Parlamento se resiente aún hoy de notables restricciones, establecidas como salvaguardia del secreto y libertad de acción del gabinete.

Se hace entonces preciso sostener que, en cualquier ordenamiento político-administrativo donde falten los presupuestos propios del Estado de Derecho para la responsabilidad y el control de la administración pública, la institución del Ombudsman no podría más que caer en el vacío: en vez de una autorizada y eficaz magistratura de persuasión se trataría sólo de una *vox clamantis in deserto*.

Aun cuando pueda parecer obvia, esta precisión me parece importante. Ayuda a despejar el terreno del equívoco que algunos sostienen, según el cual la existencia de los remedios típicos del Estado de Derecho, que permiten al individuo hacer patente la ilegalidad de las actuaciones administrativas y la responsabilidad de la administración pública, no deja espacio para la creación de un instituto como el Ombudsman, el cual, por otra parte —se dice—, no ofrecería en ningún caso las ventajas de la tutela jurisdiccional. En este sentido se han pronunciado algunos juristas franceses, persuadidos evidentemente no sólo de la excelencia del *Conseil d'État*, sino también de la necesidad de reservar a este tradicional y prestigioso órgano —además de a los jueces administrativos recientemente introducidos para descentralizar la decisión de los recursos— el monopolio de cualquier remedio que el ciudadano pueda esgrimir contra la administración pública (5). Ahora bien, si es inadmisibles, de una parte, que el Ombudsman sea trasplantado a cualquier ordenamiento, de otra, sería también injustificado concebir el instituto como si necesariamente se tratara de una solución «equivalente» a otros eventuales controles y sobre todo a los remedios de carácter jurisdiccional o contencioso, que hacen referencia a la actividad de la administración pública. Por el contrario, lo cierto es que el instituto del modo en que ha

(5) Cfr. QUESTIAUX: *How Administrative Courts Meet. The Need.*, en ROWAT: *The Ombudsman*, cit., págs. 217 y sigs.

sido hasta aquí trazado, posee una figura autónoma y, por tanto, distinta de la del juez, ordinario o especial, y de los otros órganos de control de la Administración. En seguida se demostrarán estas afirmaciones con una rápida reseña de los ordenamientos extranjeros. Me apremia, sin embargo, desde ahora poner justamente de relieve que el Ombudsman constituye fundamentalmente una magistratura de simple persuasión a la que sólo excepcionalmente se confían otros poderes que no sean los de indagar y señalar a las autoridades competentes los casos que merecen ser revisados o las medidas a adoptar; además, estos poderes se limitan frecuentemente al impulso o iniciativa de decisiones de otros órganos del Estado. Queda así excluida la competencia del Ombudsman en poderes decisorios propiamente dichos. Este es un punto firme de la concepción del instituto, explicable claramente a la luz de la autonomía funcional, de la que debe disponer. Como órgano de tutela del ciudadano, el Ombudsman se inserta característicamente en las lagunas que inevitablemente existen en todo sistema avanzado del Estado de Derecho. Viene así destinado a vigilar el cumplimiento de las leyes por parte de las autoridades administrativas, pero el aspecto más delicado y constructivo de su tarea consiste —como revela la práctica de los Estados extranjeros— en la identificación y denuncia de los abusos que la administración pública comete, incluso cuando se mueve en la órbita de la legalidad; abusos contra los que no cabría ningún remedio equivalente al recurso del Ombudsman. Distintas son las fórmulas adoptadas por los legisladores extranjeros para definir esta típica y esencial función de nuestro órgano. En definitiva, se reducen al mínimo común denominador de la defensa del ciudadano frente a la *mal-administration*. En esta noción se hace recaer —véase, por ejemplo, la puntual definición dada por la ley constitutiva del Ombudsman en Nueva Zelanda y otros países anglosajones— cualquier abuso, incorrección, impropiedad o disfunción de la administrativa: no nos encontramos aquí necesariamente en la esfera del ilícito en sentido técnico y quizá tampoco en aquellas hipótesis de deformidad del acto administrativo respecto a la ley, reconducibles al vicio resultante del ejercicio ilegítimo del poder discrecional, como exceso (desviación) de poder.

No hay duda, pues, de que existe una zona reservada al Ombudsman, excluida de ordinario a los otros tipos de control. Por otra parte, la distinción de cualquier ordenamiento extranjero, entre las competencias asignadas al órgano en cuestión y los remedios jurisdiccionales o de otra naturaleza, disponibles de otra forma por el ciudadano, está asegurada *expressis verbis*, prescribiendo que el poder de intervención del Ombudsman quede sustraído en el caso de que el ciudadano recurrente tenga recursos o acciones legales disponibles en relación con la administración pública. Creo que no es nece-

sario prolongar el razonamiento para que resulte claro que la verdadera razón de ser del Ombudsman reside, en definitiva, en el hecho de completar y corroborar el sistema de Estado de Derecho. A veces podrá suponer incluso una corrección útil de los mecanismos que regulan en tal sistema la actividad de la administración. Conviene aclarar esta afirmación. Como es sabido, el Estado de Derecho implica antes de nada un complejo aparato de controles, al que está subordinado el desarrollo de los poderes de la Administración, es decir, que la actividad administrativa está disciplinada lo más extensamente posible por la ley y frecuentemente organizada según formas de procedimiento que exigen la intervención de múltiples clases de órganos. Sin embargo, esta misma extensión de los controles a veces puede causar una pesadez y lentitud de la acción estatal, con lo que el individuo, que debería ser salvaguardado, acaba por ser perjudicado. Si en ocasiones semejantes el Ombudsman tiene ocasión de intervenir, tratará no tanto de sobreponer nuevos controles a los ya existentes, cuanto de procurar que la exigencia y necesidad del control no perjudiquen la pronta satisfacción de las apelaciones del ciudadano. En otros casos, el Ombudsman podrá intervenir en esta misma dirección.

Así, por ejemplo, el individuo puede ser lesionado no por un acto ilegítimo de la Administración, sino por el hecho de que el contenido de una ley, que los órganos ejecutivos deben aplicar, sea, por uno u otro motivo, injusto, irracional o inicuo: mas aquí tampoco los acostumbrados mecanismos del Estado de Derecho —y el mismo control jurisdiccional de las leyes que se circunscribe al plano de la simple ilegalidad— conseguirían ciertamente reparar la situación del individuo y garantizarle justicia en el caso concreto, y, sin embargo, el Ombudsman puede dirigirse directamente a las Cámaras, recomendando las oportunas modificaciones del sistema legislativo. Se puede entonces concluir, con fundamento, que nuestro instituto extrae quizá su más genuino significado, antes que de la concepción del Estado de Derecho formalmente entendido como subordinación del acto administrativo a la ley, de aquellas sustanciales instancias políticas de libertad y de justicia que encuentran satisfacción adecuada en una fase más moderna y progresista de la experiencia liberal, en la que —es necesario advertir— el Estado de Derecho se transforma claramente en el *Welfare State*, dirigido a garantizar, además del imperio del derecho, la igualdad social de los particulares. No sin motivo, pues, el instituto se ha instaurado en Gran Bretaña por obra del último Gobierno laborista, si bien con la consabida dosis de prudencia y empirismo de los anglosajones. Esta experiencia inglesa y otras más recientes han suscitado amplio eco; el Ombudsman tiene como hábitat —se puede afirmar ya— todo el mundo de la democracia occidental. Sin embargo, el

problema que con la creación de este órgano se pretendía resolver en origen —el de extender el control de las Cámaras de la actividad política del Gobierno a la esfera más amplia de la administración— queda siempre abierto. Por eso, para el encuadramiento correcto del instituto ayuda, bastante más que insistir sobre la ociosa cuestión de si el Ombudsman puede coexistir con la justicia administrativa o con otros sistemas de tutela del ciudadano respecto a la administración, indagar —como ha sugerido Mortati— en qué relación constitucional deba estar aquél en el Parlamento y, en particular, con la propia función inquisitiva de las Cámaras.

III

LOS DATOS DE LA EXPERIENCIA EXTRANJERA

Los datos ofrecidos por la experiencia extranjera pueden encuadrarse bajo distintas perspectivas que ayudan a una visión de conjunto de los problemas ya resueltos en el extranjero y que son de interés actual para el ordenamiento español.

1) Un primer perfil que merece ser considerado es el de la estructura del órgano.

En casi todos los ordenamientos el Ombudsman es un órgano individual. Evidentemente esta solución parece preferible a la del órgano colegial, que podría realizarse de distintas formas; así, por ejemplo, instaurando una comisión interna del Parlamento, provista institucionalmente de poder de control y de encuesta sobre la Administración o cualquier otro cuerpo, formado parcialmente al menos por expertos, que no fuese emanación directa o exclusiva de las Asambleas legislativas. Sin embargo, ha prevalecido el criterio de confiar en la fuerza sugestiva y de prestigio del individuo en el que viene a personificarse el cargo. Dependientemente del Ombudsman se establece un órgano —frecuentemente sobre bases de ejemplar modestia— que él procede a organizar nombrando unos pocos funcionarios de confianza personal, a los que a veces puede delegar poderes. Una excepción al principio del órgano individual es el ordenamiento noruego, en el que se ha previsto un colegio de comisarios parlamentarios para la defensa, constituido por siete miembros (véase art. 2.º Ley 21 de abril de 1952); en Noruega, sin embargo, existe también un comisario parlamentario para las cuestiones administrativas que es un órgano individual.

La elección de la estructura, individual o colegial, del órgano puede ser conectada con otro factor, cual es el de una eventual institución, en lugar de un solo Ombudsman, de distintos órganos, cuyos titulares se encargan, respectivamente, del control de una rama de la Administración —y esta es la solución prevista, con referencia al sector de las fuerzas armadas, en Noruega, Dinamarca, Suecia y Alemania occidental— o del control de una cierta área territorial: piénsese, por ejemplo, en los Ombudsman provinciales o estatales de las respectivas unidades constitutivas de los ordenamientos federales del Canadá y de los Estados Unidos. En el ordenamiento sueco hay tres comisarios parlamentarios (art. 90 Ley Const. 6 junio 1809), cada uno de los cuales opera independientemente de los otros en el ámbito de su propia competencia, descartándose también aquí la solución del órgano colegiado. En Israel se encuentra una figura interesante de acoplamiento de órganos: el controlador del Estado acuerda toda su intervención con la comisión de finanzas del *Knesset* (art. 6.º del T. U. de 1958).

Por lo que se refiere al modo de constitución del órgano, éste es elegido en muchos ordenamientos por las asambleas legislativas, frecuentemente por mayoría absoluta o cualificada, figurando casi siempre entre los requisitos de elegibilidad el de la idoneidad jurídico-administrativa: así ocurre, por ejemplo, en Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Alemania occidental y en la provincia canadiense de Quebec. En otros sistemas está previsto el nombramiento por parte del jefe del Estado o del jefe del ejecutivo: así en Israel, Gran Bretaña y en gran parte de los ordenamientos de la *Commonwealth*, en los que la lección del Ombudsman se confía al órgano que ocupa el lugar soberano, sólo que el papel del jefe del Estado está reducido frecuentemente a la emanación del decreto formal de nombramiento, que compete proponer o aprobar a las Cámaras, según los casos. Aparte de esto, se puede observar que, si se le asigna el nombramiento al jefe del Estado y se reconoce a este último la posición de un poder neutro y garantizador de la Constitución, no se quiere por esto desvincular necesariamente el Ombudsman de todo vínculo con las Cámaras, sino más bien evitar que se identifique con alguna corriente política: y a tal fin, ayuda confiar la elección a un órgano presumiblemente imparcial, del mismo modo que ayudaría el requisito de la mayoría cualificada en caso de elección.

De todas formas, el modo prevalente de formación del órgano es el de la elección por parte de las Cámaras. Se adaptan también a esta orientación las soluciones adoptadas o propuestas en los ordenamientos de tipo presidencial como en Estados Unidos (véase el art. 2.º de la propuesta de ley presentada en la Asamblea legislativa de Nebraska), derogando el criterio —generalmente acogido en el sistema estadounidense— de que los funcionarios

públicos son nombrados por el jefe del ejecutivo, si bien con el consenso del órgano legislativo, o son directamente elegidos por el pueblo.

Igualmente amplio y quizá mayor es el relieve dado a los poderes del Parlamento en lo concerniente a la cesación del cargo. La revocación del titular es casi siempre resultado de un acto de las Cámaras, incluso cuando el nombramiento sea de competencia del jefe del Estado o del ejecutivo (así, por ejemplo, en Israel, Gran Bretaña, Nueva Zelanda). En algunos ordenamientos, especialmente en los anglosajones, están previstas las hipótesis —reconducibles en sustancia a una *neglect of duty* y *misconduct*— que pueden legitimar la destitución del Ombudsman del cargo. Sin embargo, el principio general es el de dejar la revocación a discreción de las Cámaras. Entre éstas y el Ombudsman viene a instaurarse, pues, una relación que se puede definir como fiduciaria, no importando al respecto si la proposición para el cargo viene mediante nombramiento del jefe del Estado o mediante elección de las Cámaras. El lenguaje mismo de cualquier texto legislativo tiene el sentido de definir inequívoca y auténticamente al Ombudsman como fiduciario de las Cámaras. Tal es el caso de Nueva Zelanda. En Dinamarca y Suecia se establece textualmente que los comisarios parlamentarios son revocados por las Cámaras cuando no gozan ya de la confianza de éstas. En Israel, el controlador del Estado responde solamente ante el *Knesset* y es independiente del Gobierno.

Sobre la base de estos datos, parece poco problemático construir una tipología del instituto, en la que el modelo de fiduciario parlamentario pueda contraponerse al del órgano nombrado o controlado por el poder ejecutivo, independientemente, por tanto, de las Cámaras. En todo caso hay que constatar que la relación entre Ombudsman y Cámaras se presenta constantemente, aunque sea susceptible de graduaciones. De éstas, en realidad, hay toda una gama. Cuando el régimen de elección y revocación es de la competencia plena y exclusiva de las Cámaras, habrá, generalmente, coincidencia entre legislativo y duración del Ombudsman en el cargo. Esto ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos escandinavos. En otras partes, sin embargo, se reconoce de distinto modo y medida la autonomía del órgano respecto a la injerencia del legislador y se asegura la estabilidad del órgano incluso hasta alcanzar ciertos límites de edad (así, por ejemplo, en el ordenamiento británico). Es significativo en este contexto que en casi todos los ordenamientos se sancione la incompatibilidad entre el cargo del Ombudsman y el mandato parlamentario. Con esto se excluye la identificación orgánica del Ombudsman con la asamblea que lo elige, revoca y —como diré inmediatamente— controla su actividad.

2) Las cosas hasta aquí expuestas, encuentran confirmación si se mira más de cerca las relaciones entre Ombudsman y Parlamento. El órgano en cuestión está obligado —sin excepción— a exponer periódicamente a las Cámaras su propia actividad, y aquí está otro índice de aquella fundamental relación fiduciaria a que antes me he referido. Además de estas exposiciones periódicas, el Ombudsman puede enviar a las Cámaras otros informes sobre las investigaciones de las que esporádicamente se ocupa. En esta tesitura de información, está obligado a motivar conclusiones y recomendaciones, manifestando al Parlamento hechos y noticias adquiridos en el desarrollo de su actividad inquisitiva y que sean relevantes, según él, a los fines de la motivación. La obligación de explicar en estos términos su propia conducta constituye un momento comprometido de la función relatora del Ombudsman y está estrechamente vinculado con su responsabilidad ante las Cámaras. El Ombudsman, en cuanto sea preciso para motivar su informe al Parlamento, está a menudo liberado del vínculo del secreto y reserva, que de otro modo le prohibiría la divulgación de ciertos hechos (cfr., por ejemplo, art. 11 de la Ley inglesa; art. 19 de la Ley de la provincia de Alberta).

Para completar e ilustrar el cuadro de las relaciones con el Parlamento, ayuda además observar que las Cámaras no son simples destinatarios de informes, sino que tienen parte activa en la dirección de la conducta del Ombudsman. Sucede por eso casi siempre que los órganos legislativos están habilitados para fijar instrucciones, a las que el Ombudsman está vinculado en el ejercicio de sus funciones. Bien entendido que se trata de directrices generales que deben dejar al Ombudsman un margen suficiente de discrecionalidad para que la autonomía de sus funciones no se vea comprometida. A veces, aquéllas surgen en forma de reglamento, que contiene, además de las instrucciones a las que se ha hecho referencia, auténticas y propias reglas de competencia, estableciendo las Cámaras si ciertas materias recaen o no en la esfera de atribuciones del Ombudsman (art. 4.º de la Ley noruega; en Nueva Zelanda está previsto, por el contrario, que el Ombudsman pueda, en caso de controversia, provocar la declaración de sus propias competencias a cargo del Tribunal Supremo mediante *declaratory judgment*). No es necesario —y tampoco sería posible en este contexto— profundizar en la naturaleza de las directrices en cuestión para ver que constituyen otro aspecto característico de aquella figura de fiduciario parlamentario que adopta el Ombudsman en gran parte de los sistemas extranjeros.

3) Las atribuciones del Ombudsman varían sensiblemente de un ordenamiento a otro. Como decía anteriormente, la característica que preside toda la concepción del instituto es la de la fuerza y sugestión moral, propia de

un poder —que podría decirse—, que debe actuar sobre la práctica y la vida social, más que en el ámbito de los efectos jurídicos. Esto no quita para que al órgano se le asignen extensos poderes. De éstos, hay uno que se acoge en los ordenamientos extranjeros con una frecuencia tal que se asume como atribución constante y esencial del órgano: el Ombudsman actúa mediante encuestas, investigaciones y otros tipos de conocimiento; su poder es, pues, el de un órgano inquisitivo. La misma obligación, antes recordada, de informar al Parlamento se relaciona instrumentalmente con este poder inquisitivo, en cuanto que son las Cámaras a las que el Ombudsman manifiesta, en primer lugar, los resultados de las investigaciones realizadas. Otro tanto se puede decir del genérico poder de «indicación», que se acompaña y adjunta al desarrollo de las encuestas, y del que puede ayudarse el Ombudsman, comunicando las conclusiones que crea poder deducir de la investigación realizada a la Administración y a otros posibles interesados. En algunos debates recientes se ha propuesto también, en vista de la gran importancia que este poder de «indicación» debería asumir siempre en una magistratura de persuasión, que el Ombudsman tenga a su propia disposición prensa, radio y televisión para ilustrar y divulgar los resultados de su obra, que no dejaría entonces —*sicut est in votis*— de incidir sobre la conciencia popular. Sin embargo, semejantes sugerencias no se han plasmado en los textos legislativos.

La disciplina del poder inquisitivo del Ombudsman tiene, por el contrario, un amplio desarrollo. En algunos ordenamientos está equiparado, por regla general, a los poderes de los tribunales y del ministerio público, y en otros, está directamente regulado en sus múltiples aspectos: inspección de los locales de la Administración, examen de documentos, recogida y valor de las pruebas, examen de los testigos, establecimiento de un posible contradictorio, consulta —de todas formas— con las administraciones cuestionadas y relaciones, casi siempre reservadas, entre el Ombudsman y el particular recurrente. En Suecia, y en algún otro ordenamiento, está previsto un derecho de omnipresencia, por llamarlo así, en virtud del cual se le habilita al Ombudsman para participar en las sesiones y deliberaciones de los órganos sujetos a control, presencia que —por lo que parece— constituye un fuerte instrumento de presión psicológica sobre la Administración.

4) Los límites de la actividad inquisitiva del Ombudsman están distintamente definidos. Cuando el poder de encuesta del Ombudsman se hace coincidir, por lo general, con el de otros órganos, se sobreentiende que esta misma coincidencia deba valer también en lo referente a los límites de su ejercicio. Y si no es así, el problema se resuelve con específicas previsiones,

entre las que merece una alusión las referentes al límite del llamado secreto de oficio. Este se configura a veces como inderogable, en el sentido de que cuando rige el secreto queda cerrada toda posibilidad de investigación por parte del Ombudsman: véanse, por ejemplo, las leyes de la provincia de Alberta y New Brunswick, y también, con referencia al secreto militar, el artículo 3.º, c), 1, de la Ley alemana sobre el comisionado parlamentario de las fuerzas armadas. Sin embargo, está más extensamente acogido el criterio de sancionar la no limitación, en principio, del poder inquisitivo del Ombudsman, incluso en las materias cubiertas de otra forma por el secreto del cargo, salvo excepciones, referentes, por ejemplo, a las deliberaciones del gabinete y a los casos en que entran en juego exigencias superiores de la seguridad del Estado y de las relaciones internacionales (así, por ejemplo, en Gran Bretaña, Mauricio, Nueva Zelanda).

Cuando —acabada la investigación— el Ombudsman considere que la situación deba ser modificada con la intervención de las autoridades públicas, formula recomendaciones, carentes de efectos vinculantes, a los órganos competentes. En los ordenamientos escandinavos se le reconocen ulteriores poderes, como el de impugnar actuaciones ilegítimas, promover procedimientos disciplinarios y ejercitar la acción penal, en funciones de ministerio público. Así, por ejemplo, en Suecia compete al Ombudsman instruir y promover la acusación contra los jueces de la Corte Suprema, los ministros, los miembros del Parlamento y algunas categorías de altos funcionarios. Estas competencias especiales exceden, sin embargo, de la normal esfera de atribuciones del Ombudsman y no caracterizan, por consiguiente, la figura.

5) Cuando se observa el más modesto ámbito de competencias atribuidas generalmente al Ombudsman, es posible anotar otros dos datos de la experiencia extranjera: se trata de un órgano que está al servicio del ciudadano y encargado del control de la administración pública.

Dentro del primero de estos dos perfiles, la acción del Ombudsman está estimulada normalmente por un recurso del ciudadano, reducido en sus formalidades al mínimo, aunque no se prescinda generalmente de la exigencia de demostrar un interés directo y también actual, frecuentemente, por parte de quien lo propone. Está claro, de todas formas, que el ciudadano viene a encontrarse, respecto al Ombudsman, en una relación muy distinta de la que podría establecerse con los órganos jurisdiccionales. La valoración del recurso y el desarrollo de las eventuales investigaciones que trae consigo, se dejan, de hecho, por regla general, a la plena discrecionalidad del Ombudsman, correspondiendo al particular el único derecho de ser informado de las razones por las que el recurso no ha sido tomado en consideración o bien

—en caso de que el Ombudsman haya decidido tutelarlos— del éxito de tal intervención.

Algunos legisladores acentúan en la disciplina del instituto el papel de «defensor», disponiendo que el Ombudsman sea accesible, directa y libremente, a todos los ciudadanos, de los que se quiere ganar su respeto y confianza. Por otra parte —por ejemplo, en Gran Bretaña—, ha parecido oportuno, por el contrario, que las demandas del ciudadano se eleven al Ombudsman después de la criba por parte de un miembro de las Cámaras: de este modo se le descarga al Ombudsman de los casos que no hayan superado una primera selección y al mismo tiempo el Parlamento mantiene su habitual función de «recoger» las quejas de los individuos. En cuanto al objeto del control, éste se ejercita no sólo sobre la legalidad de los actos administrativos, como está previsto en los países escandinavos, sino también sobre el ajuste de cualquier comportamiento de la administración —no importa que sea una actuación propiamente dicha o una omisión— a los parámetros de racionalidad, equidad, justicia, corrección e imparcialidad; parámetros que pueden incluso no coincidir con los criterios con que se valora la legitimidad y licitud de la conducta de la administración pública. Este tipo de control se dirige a declarar si en el supuesto en cuestión concurren los extremos de una *maladministration*, que haya lesionado al ciudadano y pueda corregirse o repararse oportunamente después de la intervención del Ombudsman (art. 5.º de la Ley inglesa; art. 19 de la Ley neozelandesa; art. 9.º de la Ley de Hawái; arts. 7.º y 8.º, respectivamente, de los proyectos de ley de Delaware y Nebraska).

Las precisiones hechas al inicio del argumento permiten ahora entender que, con el control específico de la *maladministration*, el Ombudsman cumple una función de creciente relieve. Resulta evidente que esta función se ejercita mediante encuestas y otras tareas de reconocimiento, y que está al margen de la esfera de los remedios jurisdiccionales y contenciosos. En este sentido, se puede decir que está consolidándose la regla según la cual el Ombudsman tutela al ciudadano sólo si, y en cuanto no sea amparado por otros medios: en primer lugar, por los remedios jurisdiccionales (véanse las soluciones recogidas en Gran Bretaña, Quebec, Mauricio, Alberta y las sustancialmente análogas de Delaware y Nebraska), y también por los remedios administrativos (cfr. art. 63 de la Ley danesa). A esta hipótesis se ha equiparado, última y lógicamente, también la del individuo que haya infructuosamente agotado los medios de que podía valerse.

6) El ámbito subjetivo del control difiere, según comprenda todos los órganos que desarrollan actividad administrativa o sólo algunas categorías

de ellos. Aparte del caso sueco, que se justifica por las razones de orden histórico antes indicadas, y el de Finlandia, la actividad de los tribunales excede al control del Ombudsman. Sucede otro tanto en la mayoría de los ordenamientos, respecto a los actos del gabinete, presuponiéndose —correctamente por otra parte— que aquél no forma parte de la administración en sentido estricto. En ciertos ordenamientos los entes y las administraciones locales están sujetos al control, y en otros no. El poder del Ombudsman tiene también otras restricciones, en los ordenamientos anglosajones, particularmente con respecto a sectores especiales de la administración y a un ámbito más o menos vasto de entes públicos y asistenciales, entre los muchos aparecidos con la aparición del *Welfare State* y la continua expansión de las funciones del Estado.

Concluyendo, se puede observar que son atribuciones constantes del Ombudsman la potestad inquisitiva y la conexa potestad de indicación: la actividad inquisitiva se dirige al control de la administración y, primera y característicamente de la *maladministration*, como algo distinto, por un lado, de la inoportunidad, y por otro, de la ilegalidad en la conducta de los órganos ejecutivos; tal control está institucionalmente llamado a la tutela del ciudadano, aunque con un sentido muy distinto que el de la función jurisdiccional.

IV

EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Habiendo llegado hasta aquí, podemos ahora ver con más conocimiento de causa el puesto reservado al Defensor del Pueblo en la Constitución española. Antes de todo, está la disposición del artículo 54, colocada oportunamente en el capítulo de las garantías de las libertades y de los derechos fundamentales. Allí se encuentra el núcleo de las competencias reservadas a nuestro órgano, que podrán ser mejor desarrolladas o definidas, pero en ningún caso reducidas o alteradas por la ley orgánica. Esta, según dice la Constitución, regulará la institución del Defensor como alto Comisionado, designado por las Cortes para la defensa de los derechos comprendidos en el título I del texto fundamental, que son en la práctica todos los derechos de libertad. El Defensor está llamado a controlar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes de su labor. Se añaden, a la disposición antes citada, otras dos, contenidas en los artículos 70 y 162 de la Constitución. La primera, disciplina los casos de inelegibilidad para el Congreso o para el Senado, y de incompatibilidad con el ejercicio del mandato parla-

mentario: el Defensor, junto a los miembros del Tribunal Constitucional y de las Juntas electorales, a los jueces y a los magistrados del ministerio público en servicio activo, y a los titulares de otros cargos, entra en las categorías con respecto a las que la ley electoral deberá necesariamente prever una situación de incompatibilidad o de inelegibilidad: queda a la apreciación del legislador la elección de una u otra solución, y de las consecuencias que se deriven respectivamente. El artículo 162, además, confiere al Defensor una doble legitimación ante el Tribunal Constitucional, legitimándolo para interponer tanto el recurso de constitucionalidad como el recurso de amparo. Si confrontamos el ámbito de los legitimados para interponer ambos recursos, veremos que el Defensor es el único órgano público que puede propiamente recurrir al Tribunal en los dos casos, no importando que entre en juego la tutela de los derechos objetivos o subjetivos, que derivan de la Constitución o de las libertades fundamentales en ella reconocidas.

Está claro que los artículos a que he hecho mención se interpretan conjuntamente. De ello resulta, como ya he indicado, un primer y esencial perfil de la fisonomía del órgano en examen. Pero no hay que olvidar que se trata también de una nueva, si no del todo original, invención del legislador; las competencias de este órgano, que aparece por primera vez en España, vienen, por consiguiente, construidas *ex nihilo*, sin ningún punto de apoyo en la tradición democrática preexistente. Por ello, sistematizarlas desde ahora no resulta, en verdad, nada fácil. Pero intentaremos precisarlas.

Es evidente que a tenor literal del artículo 54 prevalece la tesis que configura el Defensor como un fiduciario de las Cámaras, encargado de la tutela de los derechos de los ciudadanos: la «supervisión» de la Administración es, en una palabra, el medio para perseguir su función institucional. Pero de aquí no se deduce que la relación fiduciaria deba ser configurada en el sentido de una plena y puntual subordinación del Defensor a las Cámaras. Antes bien, en base a la combinación de lo dispuesto en el artículo 54 y de los otros referentes a la materia, puede argumentarse que el constituyente se ha preocupado también de garantizarle incluso aquella autonomía respecto a otros órganos —y del mismo Parlamento, por el que es investido como *longa manus*, para el control de la Administración— sin la cual la objetividad y neutralidad de su conducta serían probablemente comprometidas. Me parece que es significativo el hecho de que no pueda ser en ningún caso miembro de las Cámaras por mucho que sea de su confianza, quedando liberado así del vínculo de pertenencia formal a algún grupo parlamentario, aunque —es necesario precisarlo— no se le impida pertenecer a un partido político y ejercitar dentro de ese nivel el *ius activae civitatis*, que es el derecho de participación, garantizado a todos los ciudadanos en el artículo 6.º

de la Constitución. Su *munus* podría entonces ser de algún modo avivado por el *status* que se le aplica en el plano del electorado pasivo y que es análogo al de los jueces.

Ahora quizá sea oportuno preguntarse si no estamos de frente a un magistrado del que importa garantizar la independencia, antes que de un comisionado parlamentario. De cualquier forma, por lo que se refiere a su autonomía respecto a las Cámaras, el Defensor debería deponer su derecho de impugnar, en vía directa, la constitucionalidad de las leyes o de otras actuaciones o comportamientos del legislador, sujetos al recurso de amparo, en cuanto lesionan un derecho fundamental del ciudadano.

Si es así, la ley orgánica tendrá un problema prejudicial que resolver: o se prevé un órgano con las mismas, extensas y penetrantes atribuciones del Ombudsman sueco —y entonces habrá de conferírseles sin oscurecer la figura del comisionado parlamentario que, después de todo, es la única expresamente diseñada en el texto constitucional—, o, por el contrario, se opta por la tesis del mero fiduciario de las Cámaras, notando, sin embargo, que no se prejuzga por ello la autonomía que la misma Constitución también garantiza a un órgano así configurado (6). Como hemos visto, la última solución ha prevalecido en el extranjero, según el instituto ha ido pasando del ambiente escandinavo de origen a otros sistemas. No corresponde naturalmente a mí, en este contexto, indagar cuál de las dos posibles vías sería la más oportuna políticamente; el único perfil del que puedo ocuparme es el de si ambas son compatibles con la Constitución. Por mi parte, diría que sí. El margen de opción dejado a la ley orgánica lo consiente. La fórmula constitucional es dúctil y puede plegarse, según los propósitos, a diferentes construcciones del instituto. Continuo —para simplificar el tratamiento y bajo el presupuesto de que mi esquema expositivo sea adaptable también a España— con el orden en que he examinado antes los problemas relacionados

(6) DE VEGA (*Los órganos del Estado en el contexto político-institucional del proyecto de Constitución*, en *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bologna, 1978, págs. 11, 12 y 18) observa agudamente —con respecto al proyecto de Constitución, pero vale también para el texto definitivo— que la figura del Defensor es la de una magistratura de *opinión* (o persuasión) y a la vez de *acción*, judicial y legalista. Esta doble función excedería, sin embargo, las posibilidades reales de utilización del instituto, tal como es actualmente diseñado, corriendo el riesgo de no funcionar del todo, o viceversa, de desbordarse en ámbitos ajenos a sus tareas naturales. La solución, dice DE VEGA, es incongruente con el ambiente sociopolítico español. Mejor hubiera sido, en su opinión, situar al Defensor en el ámbito de la región, donde se quiere hacer confluír gran parte de la actividad administrativa. Este último problema, también relevante para el ordenamiento italiano (véase *supra* nota 2), merecería una concreta investigación, de la que debo prescindir en este contexto.

con la institución y el funcionamiento del Ombudsman en los ordenamientos extranjeros.

1) Comienzo con la estructura y el modo de elección del órgano. Desde este punto de vista el problema está textualmente resuelto en el artículo 54 de la Constitución. El órgano deberá ser monocrático, y su titular designado por las Cámaras. Se entiende que los principios fijados así por el constituyente podrán encontrar en la ley orgánica cualquier discrecional desarrollo. De este modo la Constitución no prevé expresamente, pero tampoco excluye y más bien presupone lógicamente, que el Defensor disponga de una oficina dotada de plantilla propia, y permite establecer al legislador si los funcionarios que la integran deban o puedan extraerse de los escalafones de la administración estatal o, por el contrario, de la judicatura, y qué discrecionalidad corresponda al propio titular del cargo, en el nombramiento y revocación de sus colaboradores, especialmente de sus eventuales sustitutos. En cuanto al modo de elección, el sentido general del artículo 54 deja pocas dudas sobre el hecho de que el Defensor deba ser elegido por las Cámaras, aunque el tenor literal de la fórmula no sea del todo inequívoco: realmente en rigor terminológico, designar no significa elegir; me pregunto, pues, si sería constitucional una ley orgánica que atribuyese —pongamos, por ejemplo, al soberano— el poder de nombrar discrecionalmente al Defensor, y a las Cámaras sólo el de proponer uno o más candidatos para el nombramiento.

Sin embargo, ninguna duda o sospecha de inconstitucionalidad puede surgir cuando, por el contrario, corresponde al rey sancionar, con el debido acto, la elección hecha por las Cámaras. Otro problema es el de la modalidad de la elección. A mí me parece no sólo admisible, sino oportuno, no obstante el silencio de la Constitución a este respecto (7), que se adopte el criterio

(7) El requisito de la mayoría de los presentes, prescrito generalmente para las deliberaciones de las Cámaras, *ex* artículo 79.2 de la Constitución, puede ser de hecho agravado —según lo expresamente dispuesto por esta misma norma— por la ley orgánica constitutiva del Defensor del Pueblo (o por el reglamento interno de cada una de las Cámaras). En sentido contrario, no valdría —en mi opinión— observar que en este caso se trata no de un acuerdo, es decir, de la categoría general de acto o de deliberación, *nominación*, prevista por el artículo 79.2, sino de acto electivo, es decir, de una figura particular de manifestación de voluntad de las Cámaras, con respecto a la cual es admisible la mayoría cualificada sólo si está expresamente prevista en la Constitución. Es verdad ciertamente que algunos actos electivos de las Cámaras están sujetos, en el texto constitucional directamente, a un procedimiento agravado: así, por ejemplo, la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que corresponde designar al Congreso y al Senado, según los artículos 122.3 y 151.1. Pero la interpretación correcta de estas normas exige que no con-

de la mayoría cualificada, lo que presumiblemente ayudaría a garantizar la independencia del Defensor de la mayoría gubernativa, y sería igualmente oportuno incluir entre los requisitos de elegibilidad una especial competencia jurídico-administrativa, para subrayar precisamente esa exigencia de prestigio y autoridad moral que, bien mirada, está sólo plenamente satisfecha cuando el cargo es cubierto con un magistrado por encima y al margen de las partes. Esta consideración aconseja además que el Defensor sea elegido por el conjunto completo de la legislatura, y revocable con mayoría cualificada, exclusivamente como resultado de indignidad declarada o de falta de idoneidad para el desarrollo de las funciones, que deberá ser valorada escrupulosa y objetivamente por el Parlamento. También es importante que su *status* sea —hasta donde es posible— asimilado, desde cualquier perfil, incluido el tratamiento económico, al de las altas magistraturas judiciales o fiscalizadoras. Como advertía anteriormente, *status* y *munus* del Defensor están estrechamente conectados.

2) Con esta última observación se toca otro delicado aspecto del instituto. Tal como ha sido dibujado en la Constitución, el Defensor reviste, como ya sabemos, la figura de un fiduciario parlamentario, y bajo ningún sentido la de un órgano interno de las Cámaras. Antes bien, aquí se pone de relieve la previsión textual de incompatibilidad entre su cargo y el mandato parlamentario, y más en general —por lo que conocemos del nuevo ordenamiento español— el claro favor para la autonomía del órgano, no casualmente elevado al rango y dignidad de órgano constitucional. Este es un dato importante del sistema que la ley orgánica deberá tener en cuenta al construir la relación fiduciaria entre el Defensor y las Cámaras que lo eligen. Ya he indicado anteriormente cómo se articula esta relación en los ordenamientos extranjeros. Existe una gran abundancia de documentación, y de material empírico para las investigaciones comparadas, y de todas estas cosas un legislador, abierto como el español a la inspiración de la experiencia, podrá ayudarse. Pero repito que en el caso de España existe el problema de

tradigan, sino confirmen el principio general del artículo 79.2: en cualquier caso, esta última norma permite textualmente que el reglamento interno de las Cámaras establezca mayoría cualificada también para el fin específico de regular las modalidades de los actos electivos. Aunque la solución técnica preferible sea siempre la de definir el modo de elección del Defensor en la misma ley orgánica que regulará las atribuciones de este órgano, mejor que en los reglamentos internos de las Cámaras. Siendo además estos últimos fuentes distintas y autónomas, podrían no coincidir en la disciplina del caso que nos ocupa: no se podría excluir por eso que el reglamento del Congreso fijase una cierta mayoría y otra distinta el reglamento del Senado, cuando lo conveniente sería adoptar un único y coherente criterio procedimental.

adecuar la relación fiduciaria, sin sacarla de sus bases, al respecto de la autonomía constitucional del Defensor, lo que me parece, desde el plano de la técnica legislativa, un problema de no fácil solución. La Constitución se limita a disponer que el Defensor del Pueblo es un alto *Comisionado* de las Cortes y da cuentas al Parlamento de su actuación. Ahora bien, si está claro que el Defensor debe tener el poder-deber de informar al Parlamento sobre su propia conducta, incluso periódicamente (es el llamado poder de comunicación, previsto en otros sistemas), por otra parte es menos cierta y evidente, sobre la guía de los principios constitucionales, la extensión del poder, llamésmole directivo, de las Cortes en relación con la actividad institucionalmente exigida a nuestro órgano. Se podrá decir que dicho poder deriva llanamente del esquema de la propia relación fiduciaria. Y estamos de acuerdo, ya que el Defensor está definido textualmente como Comisionado de las Cortes. Pero se trata de ver hasta qué punto las Cámaras podrán impartirle instrucciones vinculantes, no sólo en el sentido de fijar las materias o los casos a investigar, sino también los criterios a adoptar en el desarrollo de las investigaciones. Todo esto sería constitucionalmente indiscutible si el Defensor fuera delegado de una función inquisitiva de control, que también siempre pertenece a las Cámaras. Y de hecho, donde falta una autónoma previsión constitucional del órgano y sus poderes de control se injertan con ley ordinaria sobre el tronco del poder mismo del Parlamento, la figura del fiduciario o Comisionado se resuelve fácilmente en esta otra de delegado parlamentario, aunque también aquí se observa —con referencia al Ombudsman de algunos ordenamientos extranjeros— que se ha mantenido siempre firme el principio según el cual las eventuales instrucciones de las Cámaras no deben cerrarle una indispensable autonomía de juicio.

Observemos ahora el ordenamiento español. Se podría decir quizá —es una tesis que esbozo, aunque merecería un desarrollo muy distinto— que la Constitución haya querido distinguir el control político sobre el Gobierno, que compete a las Cortes, de la supervisión sobre la Administración exigida al Defensor. Aparte de los dos momentos de la elección y la revocación, subordinada a las concretas condiciones que se han mencionado anteriormente, la interferencia del Parlamento en la esfera institucional del fiduciario parlamentario, debería admitirse sólo con mucha cautela y limitarse a indicaciones generales que permiten íntegramente el ejercicio del poder discrecional. Sería, en suma, una relación fiduciaria entre dos órganos de control distinta de la que se establece entre Cámara y Gobierno, o bien entre el pleno y los órganos internos de la asamblea. Lo que no excluye que el ejercicio de algunos poderes del Defensor, y la divulgación misma de los resultados de su actividad —así, por ejemplo, el uso que con este fin haga de los *mass media*—, puedan

estar sujetos a una autorización del Parlamento. Lo esencial es que la ley orgánica salvaguarde oportunamente la autonomía del órgano, que, por otra parte, está ya protegida por la Constitución: de hecho el Defensor podrá impugnar directamente ante el Tribunal Constitucional cualquier disposición de esta citada ley que considere lesiva de las atribuciones que le confiere directamente el artículo 54 de la Constitución. Otro posible medio de tutela es el recurso por conflicto de atribuciones, que competiría al juez constitucional, según ley orgánica y lo dispuesto por el artículo 161.1, *d*) de la Constitución; así, una vez introducido este remedio, el Defensor podría beneficiarse, planteando un conflicto respecto al Parlamento o a otros órganos que usurpen sus poderes o perturben ilegítimamente su ejercicio, aunque para ello es necesario que la noción de conflicto, de la que hablamos, se entienda en el sentido lato que le atribuye la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, según la cual los poderes del Estado no son solamente los tres tradicionales, sino además, tantos cuantos constituidos por un solo órgano sean previstos en la Constitución como centros autónomos de atribuciones.

3) Para concluir quería aludir a un último punto: los poderes atribuibles al Defensor. Aquí reside el lado más delicado de la organización del instituto. Decía anteriormente que la ley orgánica deberá elegir entre el tipo de Ombudsman sueco y el otro, más difundido y acreditado en el extranjero. De estas dos soluciones, ya he trazado el rápido esbozo que podía dar en este contexto y no quisiera caer en repeticiones inútiles. Sin embargo, conviene añadir alguna palabra sobre la adaptabilidad de uno y otro modelo al sistema español.

El artículo 54 de la Constitución exige que el Defensor se dedique a la tutela de los derechos de libertad: pero ¿en qué sentido y con qué medios? Aquí el razonamiento se complica. Se comprende que, de frente a una disposición semejante del texto fundamental pueda parecer tímida e insatisfactoria la solución corriente, según la cual el órgano en cuestión está sólo investido de poderes «indirectos», característicos de una magistratura de «persuasión», y conectados instrumentalmente con el control de la *maladministration*, la cual, como se recuerda, supone violación no tanto de límites y obligaciones legales, cuanto del gravamen de agilidad, eficiencia y corrección de toda buena administración.

Por otra parte, no se consigue ver cómo el Defensor pueda concretamente jugar el papel de órgano de tutela de los derechos, sin que le sean atribuidos para tal fin algunos de los poderes de control, impulso o decisión, confiados hoy a otros órganos. Por este lado se corre el riesgo de hacer un duplicado

de institutos ya existentes y quién sabe si en el límite una especie de «interpoder», que según los casos invadiría el ámbito de las autoridades judiciales o administrativas. Ahora bien, una solución tan radical perturba la disposición y, reflejamente, el equilibrio mismo de los poderes, configurado por la Constitución. Por consiguiente, es preciso reflexionar seriamente antes de sancionarla. De cualquier forma, a mí me parece que debe excluirse —aunque no fuese más que por una obvia y elemental exigencia de economía de estructuras— la devolución al Defensor de los poderes decisorios de la jurisdicción en sentido propio. Por lo demás, el sistema de remedios jurisdiccionales previstos en la Constitución integra los extremos de un avanzado y completo Estado de Derecho. No hay necesidad, pues, de hacerlo más pesado. Y también en la esfera de los controles administrativos estaría bien discernir, individualizando con claridad los instrumentos que pueden adscribirse fundadamente a la función de supervisión confiada por el artículo 54 de la Constitución al Defensor. Así, por ejemplo, el control sustitutivo sobre los órganos y el control sobre los actos que implica el poder de anulación excederían los fines y las tareas institucionales de nuestro órgano. Los controles de este género se basan sobre la superioridad jerárquica del órgano que los ejercita en relación con los órganos que le están sujetos, pero no es ésta la posición del Defensor con respecto a la Administración pública. En cambio, suscita menores perplejidades la hipótesis del control de fondo mediante una motivada petición de reexamen, o de la puesta en mora a la administración cuando de su inercia resulte un daño serio para los intereses del ciudadano, o la lesión incluso de un derecho fundamental. Esto sería un largo y decidido paso adelante respecto al mero poder «sugervisor» reconocido al Ombudsman en la mayor parte de los ordenamientos extranjeros y que se concreta en recomendaciones carentes de efectos vinculantes a los órganos públicos. Se puede admitir además que, en cuanto comisionado de las Cámaras y bajo su control, el Defensor esté habilitado para ejercitar los poderes de encuesta, atribuidos a éstas en el artículo 76 de la Constitución.

El *punctum pruriens* de nuestra argumentación se halla en último análisis en el campo de la jurisdicción. Lo dicho anteriormente excluye la asimilación del Defensor a la figura del juez, pero no a la del ministerio público. Efectivamente, el Ombudsman escandinavo tiene los mismos poderes de impulso de la jurisdicción que los de la judicatura de instrucción. Por su parte, el legislador español deberá establecer si y en qué casos podrán atribuírse al nuevo órgano. Aflora aquí de nuevo el problema de política legislativa apuntado al principio de estas notas: ¿acaso se podría alcanzar incluso la consideración del Defensor como un electivo custodio de la Constitución al lado de ese otro *Hüter der Verfassung* que es, *ratione muneris*, el monarca? Aunque quizá no falte algún indicio para construirla, esta perspectiva me parece francamente

un tanto audaz. Aludo precisamente a las reglas constitucionales, que sitúan al Defensor como actor del proceso constitucional parificándolo al ministerio fiscal, ya que se trata exactamente y nada más que de un simple actor. Hay aquí sólo un lejano y pálido reflejo de la tesis sostenida elocuentemente en la Asamblea Constituyente italiana por Piero Calamandrei, que pretendía reunir en un solo órgano las figuras del ministro *Guardasigilli*, del procurador general de la Casación y del *Defensor Constitutionis* e investir a este autorizado magistrado de las garantías —también con las ropas— del ministerio público ante el Tribunal Constitucional (8). Aunque fuera sugestiva, la tesis no tuvo éxito. Y a mí tampoco me parece que pueda sostenerse con referencia al ordenamiento español. El *Defensor* deberá en este sentido moverse dentro de los límites indicados en el artículo 54 de la Constitución y de los que he dado un somero comentario.

(Traducción de JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO)

(8) CALAMANDREI: *Opere giuridiche*, III, Nápoles, 1968, págs. 215 y sigs., especialmente págs. 220-224; allí el informe del autor a la segunda subcomisión de la comisión constitucional de la Asamblea Constituyente y el texto articulado de un proyecto, aún hoy de gran y actual interés por la modernidad y el rigor lógico, de ciertas propuestas en materia de jurisdicción constitucional y del ordenamiento judicial. La idea del procurador general-comisario de la justicia se inserta en el cuadro de una polémica, viva siempre en Italia, acerca de la posición del ministerio público, considerado por algunos como órgano judicial y por otros como órgano ejecutivo, subordinado al *guardasigilli* o vinculado al menos con los órganos del Ministerio de Justicia. CALAMANDREI lo dibuja como un órgano autónomo, y en el vértice del ministerio público coloca al ministro de Justicia, pero en funciones de procurador general y en una posición estable e independiente en relación con el gabinete (véase art. 19 del proyecto). Recordaré que la exigencia de un ministerio público para el Tribunal Constitucional había sido advertida a su tiempo por KELSEN (cfr. de este autor *Judicial Review of Legislation*, en «*Journal of Politics*», 1942, pág. 197). En el ordenamiento italiano la solución ha sido acogida —con óptimos resultados por lo que parece— en la organización de la Alta Corte para Sicilia, establecida específicamente para dirimir las controversias constitucionales entre el Estado y la región autónoma siciliana antes de que esta competencia fuera absorbida por la jurisdicción del Tribunal Constitucional.