

APUNTES SOBRE UNA REFORMA DE LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: UN PASO MÁS HACIA LA JUSTICIA SOCIAL

MANUEL GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de León

RUBEN GARCÍA LÓPEZ
Asesor Coordinador del Procurador del Común de Castilla y León

SUMARIO

- I. Algo más que una introducción: ¿es necesario modificar el artículo 54 de la Constitución?
- II. Breves notas acerca de la regulación constitucional del Defensor del Pueblo.
- III. La necesidad de reforzar las garantías del Estado social como justificación de la reforma.
- IV. Propuestas concretas de cambio.
- V. Conclusión: un punto de partida para el debate

I. ALGO MÁS QUE UNA INTRODUCCIÓN: ¿ES NECESARIO MODIFICAR EL ARTÍCULO 54 DE LA CONSTITUCIÓN?

Contestar a la pregunta formulada como enunciado de este apartado introductorio exige partir de una valoración, aun cuando sea breve, del Ombudsman en España, una vez transcurridos más de treinta y tres años desde su recepción constitucional. Un rápido recorrido sobre la bibliografía existente en la materia nos conduce a afirmar que la doctrina se ha decantado mayoritariamente por otorgar una alta puntuación al balance arrojado por la regulación de la Institución y, en general, por el funcionamiento de la misma¹.

1 Tres ejemplos de esta valoración positiva, de menor a mayor distancia temporal entre su emisión y la aprobación de la CE, son: BAR CENDÓN, A., «El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español», en *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1982, pág. 326; ROVIRA VIÑAS, A., «Veinte Años del Defensor del Pueblo», *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59 (2003-2004), págs. 365-366;

Opiniones doctrinales al margen, una prueba de este éxito relativo de la constitucionalización *ex novo* del Ombudsman en nuestro país es la utilización de esta figura como referente tanto en países de nuestro entorno como en otras instancias territoriales del Estado.

Así, como supuesto de *exportación* a otros sistemas constitucionales, tenemos reciente la recepción constitucional en Francia de la Institución de *Le Défenseur des Droits* en el art. 71.1 de la Constitución francesa, de 4 de octubre de 1958, tras su revisión de fecha 23 de julio de 2008. En efecto, el *Comité Balladur*², creado para estudiar las modificaciones constitucionales que eran pertinentes, reconoce, en el informe que se encuentra en el origen de aquella revisión, haberse inspirado para el diseño del Defensor de los Derechos en el éxito obtenido aquí por el DP³.

En un sentido contrario desde un punto de vista territorial, no debemos olvidar que hasta doce Comunidades Autónomas cuentan en la actualidad con sus propios defensores con sus diferentes denominaciones⁴, habiéndose recogido su existencia y configuración esencial en la norma básica institucional de trece de ellas⁵. Resulta evidente que, aun cuando no es posible equiparar ni la institución del Defensor del Pueblo con los distintos defensores autonómicos, ni la naturaleza jurídica del texto constitucional con la de los Estatutos de Autonomía, lo cierto es que el Ombudsman estatal ha servido de modelo y referencia para los defensores territoriales.

Corroborra esta opinión general favorable hacia la regulación constitucional del DP, la práctica inexistencia de propuestas en orden a su modificación⁶.

Ahora bien, lo hasta aquí afirmado tampoco puede conducirnos a negar de forma rotunda una reforma de la configuración constitucional del Ombudsman en España. Muy al contrario, en una situación de crisis como la actual cuya traducción al ámbito de las estructuras políticas está aún por verse y en la que una remodelación del Estado social parece imponerse, la modificación del DP podría enmarcarse dentro de una reforma más general cuyo objeto sea, entre otros, garantizar el mantenimiento de aquel Estado social y su adaptación a las circunstancias cambiantes.

Lo anterior resulta coherente con la vinculación existente entre esta figura y la propia evolución del Estado, como sistema constitucional y político formulado en el art. 1 CE. Se ha apuntado que la definición de España como *Estado social y democrático de de-*

y ASTARLOA VILLENA, F., «Veinticinco años del Defensor del Pueblo: una aproximación al origen, naturaleza y estatuto de la institución». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 58/59, pág. 156.

2 Este Comité, denominado *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, fue creado mediante Decreto 2007-1108, de 18 de julio, y presidido por el antiguo primer ministro Edouard Balladur.

3 Una referencia amplia a esta recepción la encontramos en SÁNCHEZ SAUDINÓS, J.M., «La insuperable levedad del ser: el Defensor de los derechos establecido en la Constitución francesa», *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 34.35, 2008, INAP, págs. 155 a 157.

4 Recientemente ha sido objeto de supresión el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, mediante la aprobación y entrada en vigor de la Ley 12/2011, de 3 de noviembre.

5 No obstante, en tres Comunidades (Illes Balears, Cantabria y Extremadura), no se ha creado aún la Institución, a pesar de la regulación estatutaria.

6 No obstante, una de ellas ha sido la propuesta por COLOMER VIADEL, A., «El Defensor del Pueblo: Un Órgano Político-Administrativo de Protección de los Derechos», *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, enero-agosto 2008, pág. 61, en el sentido de establecer la elección popular directa del DP.

recho, desde un punto de vista estrictamente histórico, va de lo más reciente a lo más previo temporalmente, puesto que la aparición del constitucionalismo social en el siglo XX fue el resultado de la transformación progresiva del Estado de Derecho, evolución del Estado Liberal en Estado Democrático pasada la mitad del siglo XIX⁷. Una especial relación entre el Estado cristalizado en la CE y el DP hace que uno de sus fines esenciales sea el de servir de medio institucional para reforzar las garantías de los derechos y libertades propios de un Estado constitucionalizado como *social*. En consecuencia, una reforma de la configuración de esta Institución debe tener como premisa esencial esta idea fuerza, a la que recurriremos en no pocas ocasiones en estas líneas.

Por tanto, uno de los objetivos primordiales de una hipotética reforma de la configuración constitucional de la institución del DP, sería fortalecer su función de búsqueda y defensa de la justicia social en el contexto de un *Estado social* como el postulado en el art. 1 CE. Si bien una modificación aislada del DP no parece cumplir actualmente con los parámetros clásicos exigidos a las reformas constitucionales⁸, distinta sería la situación si de lo que se trata es de introducir diversos cambios en la CE cuyo fin último sea reafirmar y reforzar su art. 1.1, con todo lo que ello implica.

Fundamentar y desarrollar la idea anterior exige realizar una breve referencia al estatuto jurídico-constitucional del DP dentro de la arquitectura institucional diseñada por la CE, para colocar esta figura en el contexto económico, político y social actual, y enunciar una posible modificación de su posición en el marco de una reforma más general cuyo fin sea, entre otros, el fortalecimiento del carácter *social* del Estado español.

2. BREVES NOTAS ACERCA DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Si bien desde los primeros pasos de la redacción de la CE era evidente la voluntad de recoger en la norma básica del Ordenamiento jurídico-político español la figura del Ombudsman, diversos aspectos relacionados con su regulación, tales como su dependencia de las Cortes Generales, el conjunto de derechos cuya protección debía serle encomendada o su función de supervisión de la Administración, fueron objeto de discusión en el proceso de elaboración y aprobación de la Carta Magna. Materia de disputa especial fue la forma de garantizar que el DP velara por el respeto de los *principios del Estado de Derecho*,

7 Cfr. ASTARLOA VILLENNA, op.cit., págs 133 y 134.

8 En la consulta formulada al Consejo de Estado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, incorporada al propio Informe emitido en atención a aquella en febrero de 2006 por el citado órgano consultivo, se señalaba lo siguiente: «... como enseña el Derecho Constitucional comparado, la adaptabilidad de las constituciones es un valor positivo para su pervivencia. Las más duraderas y estables, las que obtienen un indiscutido aprecio ciudadano, son las que han sido capaces de introducir reformas parciales. Por ello mismo, no son nada infrecuentes las reformas constitucionales en muchos de los países que, junto a nosotros, forman parte de la Unión. Ahora bien, el acierto en los procesos de revisión constitucional depende de la conjunción de varios factores, a saber: a) que los cambios a introducir respondan a demandas consistentes y que busquen resolver problemas o insuficiencias ampliamente reconocidas; b) que sean limitados y prudentes para no alterar el equilibrio en el que se sustenta el equilibrio constitucional; c) que las alternativas propuestas hayan sido suficientemente maduras y sean consecuencia de un diálogo sostenido y sereno entre las fuerzas políticas y con la sociedad; d) que se genere en torno a las modificaciones un consenso asimilable al que concitó el texto que se quiere reformar».

mención esta que se incluía en la redacción de la Ponencia Constitucional y que, finalmente, fue eliminada por la Comisión Mixta Congreso-Senado⁹.

Finalmente, el DP se convirtió en una Institución cuya exigencia viene contemplada en el art. 54 CE, precepto que prefigura también su naturaleza, al definirlo como alto comisionado de las Cortes Generales, así como su función esencial, que no es otra que la defensa de los derechos de los ciudadanos. Se trata, por tanto, de un órgano constitucional en sentido formal o no esencial, concepto diferente del de órgano constitucional en sentido estricto, caracterizado, fundamentalmente en la doctrina italiana, como aquel cuya existencia y configuración afecta a la estructura misma del Estado. En este sentido, se ha afirmado que «*así entendido, el Defensor del Pueblo sería un órgano de relevancia constitucional por cuanto, derivando de modo inmediato de la Constitución, su supresión o cambio radical no incidiría sobre la forma de gobierno*»¹⁰.

En cualquier caso, más allá de la categorización conceptual del DP dentro del marco institucional con el que se dota al Estado en la CE, lo cierto es que la recepción del modelo original sueco recogido en el texto de 1978, resulta perfectamente homologable con la construcción teórica que de los Ombudsman se ha llevado a cabo¹¹, así como con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de este tipo de instituciones acordados en el ámbito de la ONU, contenidos en los *Principios de París*¹². Tanto en su origen democrático e independencia, como en su función y capacidad de actuación, la Institución recogida en el art. 54 CE responde con gran fidelidad a un modelo internacional de Ombudsman.

La función encomendada al DP¹³, aparentemente unitaria, se desarrolla, sin embargo, en un doble ámbito: el primero, al que refiere esencialmente el reiterado art. 54, se encuentra caracterizado por la nota de que en el mismo el Ombudsman actúa como una *magistratura de supervisión* controlando la actividad de la Administración en defensa de

9 Un repaso a la génesis de la redacción definitiva del actual art. 54 lo encontramos en CAVA DE LLANO Y CARRIÓ, M.L., *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, ROVIRA VIÑAS, A. (coord.), Navarra, Aranzadi, 2002, págs. 67-69.

10 FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídico-constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003 Pág. 232-233. Aquí se recuerda que la categoría de órgano del Estado con relevancia constitucional ha sido utilizada por el TC para definir la posición jurídica del Consejo de Estado en su Sentencia 56/1990, de 29 de marzo (f.jco. 37).

11 En la obra clásica de ROWAT, D.C. *The Ombudsman: Citizen's Defender*, London, George Allen and Unwin Ltd., 1968, pág. 39, se da, partiendo de la institución original sueca, la siguiente definición: «*El Ombudsman es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución, que vigila a la Administración; se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y errores administrativos; y tiene el poder de investigar, criticar y dar publicidad a las acciones administrativas pero no el de revocarlas*».

12 Los denominados *Principios de París* recogen una serie de recomendaciones sobre la función y la composición, así como sobre el estatuto y las funciones de las instituciones nacionales cuya misión es la protección y promoción de los derechos humanos, elaboradas con motivo de una reunión técnica internacional celebrada en el año 1991 y aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos en marzo de 1992.

13 Nadie más autorizado para describir la misma que el TC, quien ha señalado que «*La función supervisora atribuida al Defensor del Pueblo por el art. 54 CE tiene por objeto la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución y se configura como una de las «garantías de las libertades y derechos fundamentales» previstas en el capítulo cuarto de ese mismo título (arts. 53 y 54 CE) (...). Tratándose de los derechos fundamentales las garantías establecidas en los arts. 53 y 54 CE han de serlo frente a todos los poderes públicos, pues a todos ellos, sin excepción, vinculan y someten*» (f.jco. 33 de la STC 31/2010, de 28 de junio)

los derechos de los ciudadanos cuyos intereses generales debe servir con objetividad. Ahora bien, junto a este ámbito de actuación, no debemos olvidar que el texto constitucional también reserva al DP un campo donde su labor se desarrolla como *magistratura de acción*, y más concretamente de *acción* ante el TC, al legitimar al Defensor para interponer ante el TC el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo (art. 162.1 a) y b) CE).

Adelantamos que las propuestas que aquí se van a formular, aunque irradian hacia la configuración general de la Institución, se proyectan especialmente hacia el primer ámbito de actuación señalado, sin perjuicio de que puedan afectar también al ejercicio de la legitimación ante el TC reconocida a aquella.

Para finalizar esta breve referencia a la configuración constitucional del DP, es preciso poner de manifiesto una misión o fin que el texto constitucional, si bien no atribuye explícitamente a aquella Institución, sí existe un cierto consenso doctrinal acerca de su presencia, consenso que la actuación del Comisionado estatal a lo largo de casi treinta años no ha hecho más que confirmar: se trata de la defensa y promoción de los derechos de contenido social y económico. No en vano, una voz tan autorizada como la de quien fuera primer Defensor del Pueblo de España, Joaquín Ruiz Giménez Cortés, encontraba en la tutela de estos derechos sociales y económicos la justificación final que da sentido al DP¹⁴.

La recepción constitucional de esta Institución tuvo lugar en el contexto de un Estado intervencionista, en el seno del cual es necesario establecer mecanismos dirigidos a tratar de garantizar la efectividad de los derechos de naturaleza económica y social. En este sentido, se ha afirmado que aquella constitucionalización, más que a un intento de adherirse al fenómeno conocido como «*ombudsmania*», obedeció a una «*firme voluntad de hacer frente a los problemas y necesidades estructurales que derivan del Estado social y democrático de Derecho*»¹⁵. Se crearon, por tanto, unas condiciones en las cuales la intervención del DP en defensa de los derechos sociales y económicos se convertía en el medio idóneo para evitar que aquel Estado social, postulado en el frontispicio constitucional, pudiera diluirse en una *demagógica utopía*¹⁶. Así lo ha confirmado la propia actuación del DP, con especial mención a la desarrollada en atención a aquellos grupos más necesitados de protección¹⁷.

14 Así se afirmaba en CASCAJO CASTRO, J.L., «Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica». *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm 24, 1989, pág.49

15 ANGUITA SUSI, A.. «La Descentralización del Estado Social y la Consolidación de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos». *Parlamento y Constitución*, núm. 6, 2002, pág. 245.

16 CASCAJO CASTRO, J.L., op.cit., pág. 50

17 A esta función esencial del DP, extensible a los defensores autonómicos, nos hemos referido en otros trabajos: GARCÍA ÁLVAREZ, M. y GARCÍA LÓPEZ, R., «El modelo del Estado Social ante la Reforma de los Estatutos de Autonomía: Reconocimiento y Garantía Institucional de los Derechos Sociales», *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. monográfico «La Reforma de los Estatutos de Autonomía», 2006, pág. 401; y más recientemente, en «El Papel de los Defensores del Pueblo como Impulsores de la Modificación del Ordenamiento Jurídico: Una Garantía Adicional de Desarrollo del Estado Social», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26 monográfico «El Defensor del Pueblo», 2.º semestre de 2010, pág. 138.

III. LA NECESIDAD DE REFORZAR LAS GARANTÍAS DEL ESTADO SOCIAL COMO JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA

De forma casi coetánea a la aprobación de la CE, Martín Bassols ponía de manifiesto que el Estado social postulado en la Carta Magna supuso, en términos generales, la recepción del modelo occidental del Estado de bienestar o de la Sociedad industrial, de matiz neocapitalista, con matizaciones, complementos o correcciones que no pueden pasar inadvertidos¹⁸.

El núcleo esencial de este Estado reside en el mandato general dirigido a los poderes públicos en el art. 9.2 CE, donde se recoge un principio de *igualdad material* que determina la relevancia de los derechos de contenido económico y social cuya efectividad real y universal, al menos como horizonte al que se debe tender, se convierte en presupuesto de aquel principio¹⁹. Junto a estos derechos, la mayoría de ellos contenidos en el Cap. III del Tít. I, se prevén también en el propio texto constitucionales directrices de actuación, cuyos destinatarios son los poderes públicos, que persiguen la remoción de los obstáculos que impidan la igualdad material y la satisfacción de los derechos antes señalados, como, por ejemplo, la de estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131 CE).

Es conocida la situación general de relativa debilidad, en cuanto a sus mecanismos de protección, que estos derechos de contenido social y económico presentan frente a los más clásicos derechos fundamentales y libertades públicas de naturaleza civil y política. Son difícilmente justiciables, circunstancia que añadida a su propia naturaleza prestacional en muchos casos, los hace estar supeditados tanto a las decisiones políticas y legislativas como a las circunstancias económicas y presupuestarias de cada momento²⁰. La afirmación anterior cobra en el contexto actual de crisis más relevancia que nunca.

Aunque el TC ha insistido en tratar de despojar a los «principios rectores de la política social y económica» de una naturaleza meramente teórica o programática, los mismos no contienen derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales *ex constituitio- ne*, circunstancia que limita su exigencia por los ciudadanos en nuestro sistema jurídico, configurándose, esencialmente, como mandatos jurídico-objetivos dirigidos al legislador y a la Administración, lo cual los diferencia notablemente de los denominados derechos individuales o de libertad según la clasificación clásica de los derechos²¹. Por su estructura, su virtualidad responde más a una lógica de *eficacia* que de *garantía*, puesto que su realización efectiva implica una actuación positiva de los poderes públicos, siendo, en consecuencia, la vía necesaria para su implementación, no la propia del ámbito judicial,

18 MARTÍN BASSOLS, C. «Los Principios del Estado de Derecho y su Aplicación a la Administración en la Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 87 (septiembre-diciembre 1978), pág. 141.

19 GARCÍA ÁLVAREZ, M. y GARCÍA LÓPEZ, R. «El Papel de los Defensores del Pueblo...» cit., pág. 132.

20 ANGUITA SUSI, A., op.cit., pág. 248.

21 Un resumen del régimen constitucional de los derechos sociales contenidos en los principios rectores de la política social y económica lo encontramos en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El Régimen Jurídico de los Derechos Sociales Estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre*, *Revista General de Derecho Constitucional*, 5 (2008), págs. 4-17.

sino la correspondiente al nivel ejecutivo o de administración²², nivel que, precisamente, debe ser supervisado por el DP.

En un contexto de severa crisis económica, como el que sufrimos actualmente, la efectividad de estos derechos económicos y sociales puede verse seriamente en peligro, debido a que la degradación de la economía y la profunda depresión de la Hacienda pública afectan directamente al nivel de satisfacción de aquellos. Revelador de esta situación resulta el Informe de Amnistía Internacional publicado en el mes de abril de 2011 cuyo título resulta altamente significativo al respecto: «*Derechos a la Intemperie: obstáculos para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales de España*». Si a esto añadimos que, como ha puesto de manifiesto la OCDE²³, España ha invertido una tendencia de los últimos años al incrementarse los datos relativos a la desigualdad, se podría afirmar que la efectividad real del Estado social, en cuanto materialización de los derechos de esta naturaleza, se encuentra en tela de juicio.

Ante esta coyuntura, conviene resaltar que en el marco de la ONU se ha señalado que los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas dirigidas a garantizar la plena efectividad de estos derechos, sin que esta obligación desaparezca por el hecho de que no se disponga de los recursos necesarios para ello²⁴. El mantenimiento de este deber, aunque pudiera parecer lo contrario, es coherente con el pensamiento político y con los sistemas constitucionales de los países de nuestro entorno. Como señala Tony Judt en su excelente obra *Algo va mal*²⁵, lo cierto es que el Estado de bienestar no ha perdido ni un ápice de popularidad, puesto que en ningún país de Europa existe una opción política mayoritaria contraria al mantenimiento de la sanidad pública, de la educación gratuita o de reducir la provisión pública de servicios que se consideran esenciales²⁶.

Ni un cierto intervencionismo fue excluido en su día por los pensadores más opuestos a la filosofía política del Estado de bienestar, ni en la actualidad desde ninguna postura política o de pensamiento mayoritaria se aboga por un abandono de aquel. El mantenimiento de un Estado social donde los poderes públicos actúen en orden a procurar una cierta igualdad material de todos los miembros de la sociedad, con especial atención a quienes se hallan en una posición más débil, debe ponerse fuera de duda.

22 PORRAS NADALES, A.J., «Los Defensores del Pueblo ante la Reforma de los Estatutos de Autonomía» en *Jornadas sobre reformas estatutarias, derechos sociales y defensores del pueblo autonómicos*, Defensor del Pueblo Andaluz, Baeza, mayo de 2005, pág.32.

23 Informe «*Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising*», OCDE, diciembre de 2011.

24 En opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «*la disponibilidad de recursos, aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes. Como ya ha puesto de relieve el Comité, los Estados parte tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo*» (Doc. E/C.12/2007/1, párrafo 4).

25 JUDT, T., *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 2010, pág. 21.

26 Incluso el mismo autor nos ilustra acerca de que, ni tan siquiera, un pensador tan significativo para el pensamiento liberal y no intervencionista como Friedrich Hayek era totalmente contrario a «*un amplio sistema de servicios sociales, siempre y cuando la organización de dichos servicios no esté diseñada de manera que baje la competencia ineficaz en campos más amplios*». (HAYEK, F, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944, pág. 87).

En consecuencia, la virulencia con la que la actual crisis está golpeando las estructuras económicas y sociales de España y de otros países de nuestro entorno, impone llevar a cabo una reflexión seria acerca de los mecanismos con los que deben dotarse los sistemas político-constitucionales para garantizar la pervivencia de aquel Estado social, con las adaptaciones que para ello sean necesarias. En este marco, los Ombudsmen se pueden erigir en cauce idóneo de las demandas de los ciudadanos, dentro de lo que se ha conocido como *cultura de la reclamación*, con una actuación dirigida a superar las situaciones de indefensión colaborando de forma crítica con el Estado²⁷.

Dentro de una posible reforma constitucional que, persiga, entre otros fines, garantizar una protección adecuada de los derechos de contenido económico y social²⁸, estaría plenamente justificado potenciar la figura del DP como garantía institucional, promoviendo que los poderes públicos orienten su actuación hacia aquellos ciudadanos que más requieren de su apoyo y defensa para alcanzar un nivel mínimo de satisfacción de aquellos derechos, así como fomentando la redistribución y la reducción de la desigualdad.

IV. PROPUESTAS CONCRETAS DE CAMBIO

Coherentemente con lo hasta aquí afirmado, una hipotética modificación en la constitucionalización de la figura del DP en España debería tener como finalidad esencial potenciar su función como garantía institucional de derechos en general, y de aquellos de contenido económico y social en particular, así como de impulso del cumplimiento de los principios y directrices previstos en la CE para la realización de aquellos derechos. Estos cambios afectarían exclusivamente al art. 54, dejando a salvo su legitimación ante el TC.

A efectos sistemáticos, podemos agrupar estas reformas en cuatro grupos, según afecten a la delimitación del objeto de su actuación, a sus formas de intervención, a su elección, y, en fin, a la colaboración de los poderes públicos con su labor.

1. OBJETO DE LA ACTUACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

El art. 54 CE delimita este objeto con una referencia a la función para la que es designado el Defensor por las Cortes Generales, señalando que tal función es la defensa de los derechos comprendidos en el Tít. I. Ciertamente esta delimitación objetiva tiene un carácter amplio, comprensivo, en términos constitucionales, de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, de los derechos y deberes de los ciudadanos (secciones

27 En este sentido, DALLA CORTE, G. «La Vuelta al Globo: condiciones de la expansión de la figura del Ombudsman en el mundo a partir de la Segunda Guerra Mundial». *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 69, 1 de agosto de 2000.

28 En el Informe de Amnistía Internacional antes citado se propone, entre otras medidas, que «... en el supuesto de una posible reforma constitucional, se garantice la máxima protección de todos los derechos económicos, sociales y culturales, sin establecer distinciones entre derechos y asegurando la eficacia y la disponibilidad de recursos idóneos y accesibles para hacerlos valer» (pág. 100).

primera y segunda del Cap. II del Tít. I), y, en fin, de los principios rectores de la política social y económica (Cap. III).

Sin embargo, en su literalidad, esta delimitación incluye una doble restricción que puede ser superada. Así, en primer lugar, se refiere al término *derechos*, pareciendo excluir el control del cumplimiento de los principios y directrices dirigidos a los poderes públicos por el constituyente, precisamente, con el fin de que la efectividad de aquellos sea real. Por otra parte, la referencia al Tít. I, parece impedir que el DP pudiera fundamentar su actuación en un precepto constitucional no incluido en aquel. A la vista de esta doble limitación, podríamos concluir que el DP no podría actuar apelando a preceptos constitucionales tan básicos para la configuración del Estado social como son los arts. 9.2 o 103, artículo este último donde se recogen el fin de la actuación de la Administración Pública, cuya supervisión corresponde al DP, y los principios que deben presidir su actividad.

La práctica ha demostrado que las restricciones literales del art. 54 CE no han sido sentidas como tales. No en vano, correspondiendo al DP la supervisión de la Administración resulta necesario que la misma deba llevarse a cabo a la luz de lo dispuesto en el precitado art. 103 CE. En concreto, el principio de eficacia recogido en este precepto se encuentra llamado a cumplir un papel principal en la actuación supervisora de la Administración²⁹.

Reflejar en el texto constitucional la realidad de la actuación diaria del DP, eliminando limitaciones literales innecesarias, supondría, a nuestro juicio, una mejora de la configuración del Ombudsman en la CE. Bastaría para ello con sustituir la referencia a los derechos comprendidos en el Tít. I CE por una delimitación de su función comprensiva de los derechos y principios recogidos en la Carta Magna. Con ello, también se incidiría especialmente en la labor del DP como garantía de los derechos económicos y sociales, considerando que los mismos se incluyen, en su gran mayoría, dentro del Capítulo dedicado, precisamente, a los *principios rectores de la política social y económica*³⁰.

Por otra parte, no queremos dejar de hacer una mención aquí al novedoso concepto de *buena administración*, como principio rector de la actuación administrativa integrador de un conjunto de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas. Se trata de una forma nueva de concebir la posición de la Administración respecto a los administrados y, aunque quizás no sea la CE el texto jurídico idóneo para reflejarlo, resulta evidente el papel relevante que está llamado a desempeñar el DP como garante del respeto de aquella posición³¹.

29 En este sentido, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Defensor del Pueblo y Administración Pública» en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.) *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas. Madrid, 1991, págs. 2.678-2.679

30 No se trataría de realizar una mención genérica a los *principios del Estado de Derecho*, a semejanza de la que se incluyó en el apartado segundo del art. 49 del texto redactado por la Ponencia Constitucional (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de abril de 1978), sino de una remisión a los principios rectores de la política social y económica, así como al resto de directrices dirigidas a los poderes públicos en la CE con la finalidad de garantizar los derechos de los ciudadanos.

31 Respecto a la relación entre el concepto anglosajón de *maladministration* y el DP, FERNÁNDEZ SEGADO, F., op.cit. pág.259, señala lo siguiente «Este control es de enorme relevancia práctica por cuanto sitúa al Defensor ante actuaciones difícilmente fiscalizables por otras vías al no vulnerar por lo general, pese a su irregularidad, el ordenamiento jurídico. Por todo ello, la supervisión que aquí puede llevar a cabo el Defensor puede convertirse en un instrumento de notable utilidad en la lucha contra las corruptelas administrativas que, sin transgredir el ordenamiento jurídico, inciden de forma muy negativa sobre los derechos y legítimos intereses de los administrados».

Esta relación directa entre la figura de los defensores del pueblo y el principio de *buena administración* se manifiesta con claridad en el ámbito comunitario. De hecho, aquel principio se construye a partir del concepto de *mala administración*, con el que el Tratado de Funcionamiento de la UE, en su artículo 228.1 (primer párrafo), delimita las funciones del Defensor del Pueblo Europeo³².

La supervisión por el DP de la actuación de la Administración pública a la luz de los principios previstos en el art. 103 CE, puede considerarse comprensiva de la defensa por aquel de un derecho ciudadano a obtener una *buena administración*. No obstante, si no en el texto constitucional, en la LO reguladora del DP se debería recoger una referencia a este derecho y al papel que debe jugar esta Institución en su defensa.

Finalmente, se puede apuntar la conveniencia de que en un reformado art. 54 CE se haga una referencia a la prestación de los servicios públicos y de los servicios de interés general³³, como declaración de intenciones acerca de la extensión de la supervisión llevada a cabo por el DP a ámbitos donde la actuación directa de la Administración ha venido a ser sustituida por intervenciones mediatas. Si bien en la práctica no ha existido, con carácter general, una renuncia del DP al control de estos sectores de actividad en defensa de los derechos de los ciudadanos, constitucionalizar una mención concreta de estos ámbitos materiales supondría una conveniente actualización del objeto de su acción.

2. FORMAS DE INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Siendo uno de los fines esenciales de un cambio en la configuración constitucional del DP potenciar su posición como garante de los derechos sociales y económicos, parece lógico que se incorporen a la referencia a su forma de actuación aspectos relacionados con tales derechos. En este sentido, ya hemos expuesto en el presente trabajo que este tipo de derechos presenta una estructura que difiere de la propia de los derechos clásicos de libertad, encontrándose más relacionada con su satisfacción la idea de *eficacia* que la de *garantía*.

Por este motivo, en primer lugar, parece conveniente que el término defensa de derechos (directamente vinculado con los derechos de libertad clásicos) se complemente con el de promoción de derechos, más relacionado con la necesidad de que se lleven a cabo actuaciones materiales por los poderes públicos dirigidas a su realización. En este sentido, en los *Principios de París* se describe a las instituciones entre las que se incluye el DP por su función de protección y promoción de los derechos humanos³⁴.

32 «El Parlamento Europeo elegirá a un Defensor del Pueblo Europeo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Inscribirá estas reclamaciones e informará al respecto» (antiguo art. 195.1 TCE)

33 Esta terminología propia del derecho comunitario ha sido acogida en la legislación nacional en sectores como el de las telecomunicaciones. Una delimitación del concepto de interés general la encontramos en RINCÓN SALCEDO, J.G., «La noción de servicio de interés general: un elemento jurídico de base para la construcción de un derecho global», *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 11, 203-204, mayo de 2008, págs. 203-223.

34 La Asamblea General de la ONU en su Resolución 63/172, adoptada con fecha 18 de diciembre de 2008, ha reafirmado «... la importancia de establecer instituciones nacionales, eficaces, independientes y pluralistas para

En segundo lugar, no se hace referencia en el art. 54 CE a los procedimientos de actuación del DP, sino que es el art. 9.1 de la LO 3/1981, de 6 de abril, donde se señala que este puede llevar a cabo sus investigaciones relativas a actos o resoluciones de la Administración pública y sus agentes a instancia de los ciudadanos o de oficio. Es evidente que no es necesario que el precepto constitucional se refiera expresamente a ello para que ambos cauces de actuación sean perfectamente admisibles.

Sin embargo, las actuaciones de oficio, y en concreto aquellas que tienen un carácter general, se rigen en un instrumento singularmente idóneo para supervisar las actuaciones administrativas dirigidas a satisfacer derechos de contenido económico y social, en especial en relación con los grupos de población más desfavorecidos. La inclusión en el texto constitucional de una referencia a los dos medios a través de los cuales se puede iniciar la actuación del DP, por otro lado, sería también coherente con la referencia a la *defensa* (vinculada, en principio, a la presentación de una queja) y a la *promoción* (que apela más a un inicio de la actuación del DP por su propia iniciativa), de los derechos de los ciudadanos a la que antes se ha hecho mención³⁵.

3. ELECCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Ya hemos puesto de manifiesto el origen democrático y la independencia que caracterizan al DP en la Norma Fundamental. En relación con estas notas, procede señalar que el art. 54 CE establece que es el poder legislativo a quien corresponde elegir al DP, aunque no especifica la mayoría que debe corroborar esta elección. Es el artículo 2.4 de la LO 3/1981, de 6 de abril, donde se exige la votación favorable de tres quintas partes de los miembros del Congreso y del Senado para designar a quien corresponda desempeñar la titularidad de esta Institución.

La exigencia de una mayoría cualificada para proceder a la elección del DP tiene como objetivo lograr su neutralidad³⁶, elemento esencial de su independencia, procurando que su nombramiento sea fruto de un amplio consenso político alrededor de la persona llamada a desempeñar esta función. A pesar de las dificultades que la exigencia de esta mayoría cualificada genera alrededor de la búsqueda y elección de la persona llamada a ser Defensor, una vez que aquella es alcanzada, dota de un fundamento especial a la Institución que fortalece su posición como garante de derechos e impulsor del cumplimiento de principios rectores.

Por este motivo, elevar al ámbito constitucional la exigencia de aquella mayoría, equiparando en este sentido al DP con los magistrados del TC, tendría como efecto re-

la promoción y protección de los derechos humanos, en consonancia con los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (Principios de París)

³⁵ En Francia, la posibilidad del Defensor de los Derechos de actuar de oficio, además de a solicitud de cualquier persona, se recoge explícitamente en el art. 71.1 de la Constitución Francesa, de 4 de octubre de 1958, tras la revisión constitucional de 23 de julio de 2008. El inicio de actuaciones de investigación por iniciativa propia también se prevé para el Defensor del Pueblo Europeo en el segundo párrafo del citado art. 228 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 195 TCE).

³⁶ Cfr. PÉREZ CALVO, A., «Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril», *Revista de Derecho Político*, n° 11, otoño 1981, pág. 70.

forzar sus notas de neutralidad e independencia, dotándole en la propia CE de una ubicación privilegiada para el desarrollo de su labor supervisora de los poderes públicos.

4. COLABORACIÓN CON EL DEFENSOR DEL PUEBLO

El correcto desempeño de la función encomendada al DP exige la colaboración de las autoridades e instancias públicas sujetas a su supervisión, a través de la remisión de los informes y datos que aquel les solicite en el curso de una investigación iniciada de oficio o a instancia de cualquier ciudadano. En otras palabras, la eficacia de esta figura se subordina ineludiblemente a la colaboración de la Administración. Por este motivo, elevar a rango constitucional la obligación de colaborar con el DP³⁷ supondría, a nuestro juicio, un fortalecimiento relevante de la posición constitucional de la Institución como garantía de derechos de los ciudadanos y del cumplimiento de los principios de actuación dirigidos a los poderes públicos.

Evidentemente, la constitucionalización de aquella obligación de colaborar, cuya concreción corresponde llevar a cabo en sede legislativa, debe ir acompañada de la inclusión en el precepto de las consecuencias del incumplimiento de aquella obligación. El Ordenamiento jurídico actualmente vigente recoge dos formas de reacción frente a actitudes hostiles o entorpecedoras de la labor de investigación del Defensor: la primera de ellas es hacer público el organismo, funcionario, directivo o persona al servicio de la Administración pública que impida el normal desarrollo de la función encomendada al Ombudsman a través de su inclusión en la sección correspondiente de su informe anual³⁸ o en un informe especial (arts. 18.2 y 24.1 de la LO 3/1981, de 6 de abril); la segunda, de mayor gravedad, es la atribución de responsabilidad penal en el marco del delito de desobediencia tipificado en el art. 502.2 del Código Penal³⁹. En virtud del principio de intervención mínima propia del Derecho penal, la aplicación de este precepto queda reservada para aquellos supuestos de falta de colaboración con el DP especialmente graves. En la práctica, hasta la fecha no ha existido ninguna condena penal por obstaculizar la labor del Comisionado parlamentario estatal⁴⁰.

37 Evidentemente, esta obligación ya se encuentra recogida en el Cap. IV del Tít. II (arts. 19 a 21) de la LO 3/1981, de 6 de abril

38 En el Informe Anual correspondiente al año 2010, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 423, de 18 de abril de 2011, se incluye en el punto III, dividido en tres apartados: administraciones entorpecedoras; administraciones que no han contestado en el año 2010 tras el tercer requerimiento; y, en fin, administraciones que han contestado al tercer requerimiento

39 La tipificación de este delito es actualmente la siguiente: «*En las mismas penas incurrirá la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que estos solicitaren o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación*».

40 Sí ha tenido lugar una condena por falta de colaboración con el Ararteko (Defensor del Pueblo vasco) dictada, con fecha 11 de abril de 2003, por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de San Sebastián, Sentencia que fue confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, con fecha 1 de octubre de 2003 (rec. 1067/2003). En aplicación del mismo tipo penal, el Juzgado de lo Penal n.º 8 de Málaga condenó, con fecha 21 de octubre de 2002, al Alcalde de Marbella por obstaculización de la actuación de la Cámara de Cuentas de Andalucía. Sin embargo, este cargo público fue, finalmente, absuelto en este caso al ser estimado el recurso presentado ante la Audiencia Provincial de Málaga (Sentencia núm. 37/2003, de 5 de febrero).

Desde el punto de vista constitucional, dotar de mayor eficacia a la actuación del DP aconsejaría, a nuestro juicio, recoger en el art. 54 la obligación de colaborar con esta Institución y enunciar las consecuencias de su incumplimiento, sin perjuicio de que deba ser la legislación penal y la reguladora de la Institución donde deban desarrollarse los supuestos en los que se deban adoptar medidas frente a una actitud obstaculizadora de su labor, así como su alcance. Aunque, por su propia naturaleza, el Ombudsman no dispone de *coertio* para imponer imperativamente sus decisiones, el correcto ejercicio de su *autoritas* en el desarrollo de su función como garantía institucional de derechos, exige una adecuada colaboración de los sujetos que se encuentran dentro de su ámbito de supervisión.

No deseamos finalizar esta enunciación de propuestas sin hacer referencia a la coexistencia del DP con figuras análogas en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Si bien parece que, en principio, no debe ser el texto constitucional donde se resuelva esta cuestión, es conveniente reiterar que, en modo alguno, la literalidad del art. 54 impide ni dificulta la creación de aquellas figuras, como, por otro lado, se ha evidenciado a través de su generalización⁴¹. No obstante, debemos resaltar aquí que el mismo fundamento expresado en este trabajo que podría impulsar una reforma constitucional del DP, es el que conduce a reafirmar el papel desempeñado por los defensores autonómicos como garantía de derechos en general, y sociales en particular, en el marco de un Estado netamente descentralizado. Es el principio de coordinación, y no el de exclusión, el que debe presidir las relaciones entre estas instituciones.

V. CONCLUSIÓN: UN PUNTO DE PARTIDA PARA EL DEBATE

En el contexto político y económico actual se impone una reflexión acerca de la forma en la cual deban ser apuntalados los fundamentos del Estado social. En circunstancias de dificultad como las actuales siempre aparece la tentación de responsabilizar de la situación al logro de conquistas sociales que pueden correr el riesgo de ser calificadas como imposibles o utópicas. No parece esta la respuesta adecuada en un marco constitucional donde se asumieron aquellas conquistas como objetivos necesarios y como directrices que debían guiar la acción de los poderes públicos.

Desde el punto de vista de las garantías institucionales de los derechos, el DP juega un papel protagonista respecto a aquellos derechos que caracterizan singularmente el Estado postulado en el art. 1 CE, como son los de naturaleza económica y social. Por este motivo, aunque la regulación del DP se puede considerar de exitosa a la vista de la importante labor que se ha podido desarrollar al amparo de la misma, una reforma constitucional que afecte a la configuración del Estado social con el fin de garantizar su pervivencia, podría incluir cambios en la figura del Ombudsman.

⁴¹ A esta cuestión, incluso, se hizo referencia en el debate constituyente. Así, por ejemplo, el senador del Grupo Socialista Ramos Fernández Torrecilla expuso lo siguiente: «Respecto de alguna otra propuesta en el sentido de que exista esta figura o parecida en las Asambleas regionales, nuestra opinión es que, si bien eso no es incompatible con la figura tal y como aquí se hace y queda delineada, no es éste el lugar apropiado para entrar en este tema; por lo que, sin oponernos a ello, creemos que no debe ser tratado en este momento y en estos artículos concretos». Cfr. BARLETT CASTELLÀ, E.R. *El Sindic de Greuges*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág.43.

El futuro del DP es consolidarse como instrumento del orden jurídico al servicio de una mejor defensa de los derechos de los ciudadanos, con especial incidencia para aquellos cuyos mecanismos de protección son más débiles. Con este carácter teleológico se han apuntado en el presente trabajo diversas reformas que, sin afectar a la esencia de la Institución, podrían contribuir a reforzar su posición como garante de aquellos derechos. Es cierto que muchas de las novedades aquí indicadas, solo lo son en cuanto a la regulación constitucional, puesto que las mismas ya se recogen en la LO o han sido asumidas en la práctica del trabajo diario desarrollado por el DP. Sin embargo, su incorporación al texto constitucional no es un tema menor, puesto que la misma implicaría una declaración expresa del constituyente acerca del papel clave del Defensor en la arquitectura institucional del Estado postulado en el art. 1.1 CE.

Como colofón a esta propuesta, queremos ofrecer una posible redacción de un nuevo art. 54, con el único fin de establecer un posible punto de partida para la discusión y el debate. Las propuestas aquí realizadas podrían tener su traducción en un precepto constitucional que tuviera un tenor literal análogo al siguiente: 1. Una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo para la defensa y promoción de los derechos constitucionales, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración y velar por el cumplimiento de los principios rectores. Podrá recibir quejas acerca del funcionamiento de la Administración y de los servicios públicos o de interés general, así como actuar de oficio. 2. El Defensor del Pueblo lleva a cabo su función como alto comisionado de las Cortes Generales, siendo designado por estas por mayoría de tres quintos y debiendo dar cuenta de su actuación ante ellas. 3. Todas las autoridades y funcionarios están obligados a colaborar con el Defensor del Pueblo, quien podrá hacer públicas las conductas que obstaculicen su labor. La autoridad o funcionario que incumpla esta obligación podrá incurrir también en responsabilidad penal en los términos previstos en la legislación vigente.

A lo largo de estas notas se ha puesto de manifiesto que uno de los objetivos esenciales que debe guiar la actuación del DP es colaborar en la realización de un principio de justicia social a través de la garantía de efectividad de derechos, con especial atención para aquellos que más protección necesitan. Así, un cambio constitucional de la figura sería deseable sobre todo en la medida en que contribuyera a profundizar en el desempeño de este papel de defensa de los más débiles en el marco de un Estado social que sufre constantes zozobras en la época actual.

TITLE: Some remarks on a constitutional reform concerning the Spanish ombudsman. Another step towards social justice.

ABSTRACT: The constitutional regulation of the Spanish ombudsman, as well as the functions performed by the latter has generally been appraised in a positive way. This notwithstanding should a Constitutional reform be undertaken, having in mind the strengthening of the Welfare (social) state, it may be advisable to reinforce the ombudsman as a warrant of social, economic rights. With this end in view, we suggest to undertake some changes in article 54 of our Constitution. These changes should concern the functions which it performs, its proceedings and its election. And last but not least, the necessary cooperation by authorities and civil servants, as well as the aftermath in case they break their duty to provide the ombudsman with the information required by it.

RESUMEN: *La regulación constitucional del Defensor del Pueblo y la función llevada a cabo por esta Institución, ha sido valorada, con carácter general, de forma positiva. No obstante, en el marco de una posible reforma de la Constitución que tenga como fin, entre otros, el fortalecimiento del Estado social, sería aconsejable reforzar su posición como garantía institucional de los derechos sociales y económicos. Con este objetivo, se podrían introducir cambios en el artículo 54 relativos a la delimitación de la función del Defensor, a sus formas de actuación, a su elección, y, en fin, a la necesaria colaboración de las autoridades y funcionarios con la Institución, así como a las consecuencias de la vulneración de este deber.*

KEY WORDS: *Ombudsman. Spanish Constitution. Amendments. Welfare (social) state. Social rights. Warranties. Public Administration*

PALABRAS CLAVE: *Defensor del Pueblo. Constitución español. Reforma. Estado social. Derechos sociales. Garantías. Administración pública*

FECHA DE RECEPCIÓN: 16.01.2012

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15.02.2012