

LOS DEFENSORES DEL PUEBLO EN ESPAÑA. REFLEXIONES SOBRE SU FUNCIÓN Y UTILIDAD

ANDRÉS MOLINA GIMÉNEZ
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

RESUMEN

Uno de los principales efectos de la crisis de 2009 ha sido la puesta en cuestión de numerosas estructuras públicas en un contexto de recortes presupuestarios. Las defensorías del pueblo autonómicas no han sido una excepción y varias de ellas han sido suprimidas. En este artículo reflexionamos sobre su utilidad y pautas de funcionamiento. Los defensores deben responder a un perfil políticamente independiente y ejercer su función de manera eficaz. Destacamos aquí sus fortalezas y debilidades, confirmando que cubren un espacio que ninguna otra institución ocupa, al facilitar un cauce de reclamación gratuito, con escasas limitaciones formales, y amplias posibilidades de influencia en las políticas públicas, en las potestades discrecionales, ámbitos de oportunidad y en la creación normativa.

Palabras clave: Defensor del Pueblo; transparencia; participación pública; control de la administración; derechos fundamentales.

ABSTRACT

One of the main effects of the 2009 crisis has been the questioning of many public structures in a context of budget cuts. The regional Ombudsmen have not been an exception and a number of them have been canceled. In this article we reflect on their purpose and operating guidelines. Ombudsmen must have a politically independent profile and carry out their functions effectively. We aim to highlight their strengths and weaknesses, confirming that they cover a space that no other institution does. They also provide a channel of free claim, with few formal constraints, and wide opportunities to influence public policies, discretionary powers, and regulatory making.

Key words: Ombudsman; transparency; public participation; administrative monitoring; fundamental rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUPERPOSICIÓN DE DEFENSORÍAS EN ESPAÑA. LAS TENSIONES CON EL *SÍNDIC DE GREUGES* DE CATALUÑA.—III. EL PERFIL INSTITUCIONAL DE LOS COMISIONADOS PARLAMENTARIOS: 1. *El ombudsman reactivo o proactivo*. 2. *Manifestaciones comparadas del defensor proactivo: la utilidad del concepto anglosajón de maladministration*: A. Aproximación al concepto. B. Recepción del concepto en la Unión Europea y en el Defensor Europeo. 3. *El carácter proactivo de las defensorías españolas*: A. Control integral de la actividad administrativa. B. Equidad y justicia material. Un plus al alcance de las defensorías.—IV. FUNCIONAMIENTO DE LAS DEFENSORÍAS ESPAÑOLAS. LA TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS DEL CIUDADANO: 1. *Principios del procedimiento*. 2. *Sujetos del procedimiento*: A. Legitimación activa. B. Legitimación pasiva. 3. *La presentación de la queja: formalidades y criterios de admisión*. 4. *Fases del procedimiento: justificación de la no necesidad de dar audiencia a terceros*. 5. *Finalización: estudio de las modalidades de pronunciamiento*. 6. *El componente sancionador*.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas de solución de controversias basados en instancias coactivas son imprescindibles en cualquier ordenamiento. Sin embargo, su eficacia no siempre es óptima. Ahí radica el interés de las fórmulas alternativas de heterocomposición. Los defensores del pueblo son uno de esos mecanismos, presentando cierta proximidad con la mediación y la conciliación, sin coincidir con ninguno de estos procedimientos¹.

No son mediadores en la medida en que no se limitan a acercar las posturas de las partes y facilitar el acuerdo, sino que emiten pronunciamientos sobre el fondo de la cuestión. Tampoco son conciliadores, y mucho menos árbitros, al no haber sujeción voluntaria de ambas partes ni compromiso de asunción del laudo². El defensor, en su condición de alto comisionado parlamentario³, con estatus independiente reforzado, confía en la colaboración con las Administraciones públicas para transformar las pautas patológicas de la actuación administrativa por la vía del consenso y de la adhesión.

¹ Luigi COMINELLI (2002), «An Ombudsman for the Europeans: gradually moving towards effective dispute resolution between citizens and public administrators», *The International Ombudsman Yearbook*, vol 6.6, págs. 153-154.

² Roy GREGORY (2001), «The Ombudsman: an excellent form of alternative dispute resolution?», en *The Internacional Ombudsman Yearbook*, vol. V, Kluwer Law International, London, págs. 115 y ss.

³ Condición que, como señala Laura Díez BUESO (2013), «Reflexiones para una nueva regulación constitucional del Defensor del Pueblo», *Revista Vasca de Administración Pública*, 95, pág. 229, no ha afectado en nada a su estatus independiente.

Pese a estas potencialidades, se observa en los últimos tiempos una menor visibilidad de estas instituciones en la defensa de los derechos de los ciudadanos. Junto a ello, la proliferación de comisionados de idéntico perfil en numerosas comunidades autónomas ha podido considerarse como una duplicidad innecesaria, habida cuenta de la existencia del Defensor del Pueblo⁴. En algún caso, además, se han producido serias tensiones derivadas de un eventual conflicto de legitimidades entre la defensoría autonómica y dicha institución estatal. Se trata, como veremos, de la nueva regulación del Síndic de Greuges, finalmente declarada inconstitucional, en la polémica reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006⁵.

Tras la crisis económica iniciada en 2009, algunas comunidades han cerrado sus defensorías como resultado de las políticas de austeridad (Asturias, Castilla-La Mancha, La Rioja y Murcia). Este precedente alerta sobre los riesgos que se ciernen sobre la continuidad de las instituciones que aun subsisten, por lo que conviene reflexionar sobre su presente y futuro, tratando de evaluar si de verdad son útiles, y qué adaptaciones precisarían para no resultar redundantes, innecesarias, o acomodaticias. Para responder a esta cuestión resulta necesario analizar cómo desarrollan su actividad, cuáles son sus puntos fuertes y sus debilidades, e identificar sus potencialidades. Queda con ello delimitado el objeto y finalidad de este trabajo.

II. LA SUPERPOSICIÓN DE DEFENSORÍAS EN ESPAÑA. LAS TENSIONES CON EL SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA.

El Defensor del Pueblo tiene rango constitucional (art. 54 CE), y la Constitución no establece ninguna limitación objetiva para ejercer su función, cualesquiera que sean las materias y el lugar donde se hayan producido los hechos. Junto a ello, la mayoría de las comunidades autónomas contemplan en sus Estatutos de Autonomía la creación de organismos paralelos, para contribuir a la supervisión de la actividad de las administraciones autonómica y local en su territorio. Casi todas, además, han desarrollado legislativamente este mandato y creado defensorías.⁶

⁴ LUIS GALVEZ MUÑOZ y José Gabriel RUIZ GONZÁLEZ (2013), «El defensor del pueblo autonómico, una figura en permanente debate», en Teresa María NAVARRO CABALLERO (dir.), *Estudios constitucionales y administrativos, con especial referencia a la administración local*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones. También, Carmen María ÁVILA RODRÍGUEZ (2013), *La tutela parlamentaria de la buena Administración. Perspectiva estatal y autonómica de los Comisionados Parlamentarios*, Aranzadi, Pamplona, págs. 88-105.

⁵ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

⁶ El Defensor de las Islas Baleares dispone de una regulación legislativa en la Ley 1/1993, de 10 de marzo, del Síndic de Greuges, pero nunca se creó la defensoría. En cuanto al resto, se

No se puede negar que el encaje de las defensorías autonómicas en nuestro sistema jurídico e institucional es todavía precario⁷. Buena prueba de ello es la desaparición de varias de ellas como hemos apuntado. Con motivo de las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía, su regulación experimentó ciertas mejoras dirigidas a fortalecer la figura, aunque en términos generales el contenido estatutario resultante no ha cumplido con las expectativas iniciales⁸.

Mención aparte merece el Estatuto de Cataluña, donde se incorporaron previsiones de hondo calado político y competencial, que conducían a excluir buena parte de la intervención del Defensor del Pueblo en su territorio⁹. El artículo 78 contenía una declaración de exclusividad a favor del Síndic de Greuges, para conocer los asuntos relacionados con la administración autonómica, local, y sus organismos y entidades dependientes con sede en Cataluña¹⁰. El Defensor del Pueblo debía

relaciona a continuación su marco legal: Ley 9/1983 de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz. Ley del Principado de Asturias 5/2005, de 16 de diciembre, del Procurador General, derogada por la Ley 2/2013, de 21 de junio, de supresión del Procurador General. Ley 4/1985 de Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón. Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común de Canarias. Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, derogada por Ley 12/2011, de 3 de noviembre de 2011, de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha. Ley 2/1994 de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León. Ley 24/2009, de 23 de diciembre, del Síndic de Greuges. Ley 11/1988, de 26 de diciembre del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana. Ley 6/1984, del 5 de Junio, del Valedor do Povo de Galicia. Ley 6/2006, de 2 de mayo, del Defensor del Pueblo Riojano, suspendida por Ley 9/2013, de 21 de octubre. Ley Foral 4/2000, de 3 de julio, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra. Ley 3/1985 de 27 de febrero, del Ararteko del País Vasco. Ley 6/2008, de 20 de noviembre, del Defensor del Pueblo de la Región de Murcia, derogada por Ley 14/2012, de 27 de diciembre, que suprime la Institución.

⁷ Carmen María ÁVILA RODRÍGUEZ (2013: 35-45).

⁸ Un buen ejemplo de incumplimiento de las expectativas se observa en el artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana. A requerimiento de la Comisión de estudio para una posible reforma del Estatuto y la consolidación del autogobierno, creada por las Cortes Valencianas el 28 de abril de 2004, el Síndic de Greuges elaboró un informe especial con las siguientes propuestas: a) reubicación sistemática de los preceptos referidos al Síndic en el título dedicado a derechos y libertades, b) reforzamiento institucional de la figura, aplicando mayoría parlamentaria cualificada de dos tercios para su nombramiento, duración del mandato (5 años), independencia y autonomía, c) elevación a rango estatutario de la capacidad de supervisar la actuación de las Administraciones públicas valencianas, d) extensión de los derechos protegibles a todos los recogidos en la Constitución española, e) reconocimiento de su capacidad para controlar no sólo la legalidad constitucional o estatutaria, sino también la ordinaria, f) refuerzo del control parlamentario con la defensa del informe anual ante el Pleno de las Cortes (actualmente ante la Comisión de Peticiones), g) reconocimiento de la facultad de solicitar y obtener información a la Administración estatal periférica. La versión final del Estatuto no recogió ninguna de estas propuestas.

⁹ Algunos autores se pronunciaron sobre su posible inconstitucionalidad, Enrique ÁLVAREZ CONDE (2007), «Reflexiones sobre la reforma constitucional y los actuales procesos de reformas estatutarias», en Vicente GARRIDO MAYOL *et al.*, (coords.), *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, pág. 56.

¹⁰ El Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña informó en su Dictamen 269/2005 (BOPC, 213 y 214, de 1 y 4 de agosto de 2005), que no resultaba legítimo limitar la capacidad de defensa de los derechos del título I C.E. del Defensor del Pueblo, ya que tal circunstancia

abstenerse de conocer estos asuntos aunque el ciudadano interesara su intervención¹¹.

El tema no era nuevo, aunque se consideraba en buena medida superado al haberse abordado en el proceso de tramitación de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. Quedó claro entonces que la Institución actuaría en todo el territorio nacional en garantía de la plena igualdad y efectividad de los derechos de todos los Españoles¹².

Tras la entrada en vigor del Estatuto catalán, el Defensor del Pueblo operó de manera provisional, interesando del solicitante una confirmación de su voluntad de residenciar la queja ante la Institución, como condición necesaria para continuar su intervención. La situación no podía ser más desconcertante, toda vez que podía entenderse que la Ley orgánica que aprueba el Estatuto catalán había derogado parcialmente a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, al menos en Cataluña. La STC 31/2010, de 28 de junio, zanjó esta cuestión declarando inconstitucional el inciso «con carácter exclusivo» del artículo 78.

La sentencia, de alcance más amplio, declara que el Estatuto es en este punto contrario al artículo 54 de la Constitución, que atribuye al Defensor del Pueblo la defensa de los derechos comprendidos en el Título I frente a la actividad ilegítima de «la Administración». Señala el Tribunal que «la Administración» a que se refiere este artículo, en conexión con los artículos 103 y 106, no es la concreta especie «Administración central», sino el género en el que se comprende todo poder público distinto del Legislativo y Judicial. La cláusula de exclusividad del Estatuto resulta por tanto incompatible con dicha interpretación y, por tanto, inconstitucional¹³.

Con anterioridad, el Tribunal Constitucional había sostenido en su Sentencia 157/1986, de 15 de septiembre, que «las competencias del Defensor del Pueblo derivan del propio artículo 54 de la Constitución, que prevé la Institución, y han sido desarrolladas en la Ley orgánica 3/1981 de 6 de abril, que la regula», mientras que «las de los comisionados autonómicos derivan de sus propios Estatutos de Autonomía, y son desarrolladas

infringiría el artículo 54 de la Constitución así como el contenido de la Ley orgánica 3/1981, que atribuyen dicha función al Defensor del Pueblo. El Consejo plantea la supresión del inciso «con carácter exclusivo».

¹¹ Hasta ese momento nadie ponía en duda la competencia del Defensor del Pueblo para supervisar la actividad de todas las Administraciones públicas, incluidas las autonómicas, con la debida coordinación, existiera o no convenio de colaboración, e incluso, como destaca María Carmen LUMBIERRES SUBÍAS (2006), *El nuevo Justicia y la protección autonómica de los ciudadanos en Aragón*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, su competencia no admitía delegación alguna.

¹² http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_127.PDF

¹³ Fj. nº. 33. Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010 (BOE, 172, de 16 de julio de 2010).

por leyes de sus Parlamentos»¹⁴. Destacando así la inconsistencia de que un Estatuto, aun formando parte del bloque de constitucionalidad, pueda limitar las competencias de una Institución a la que no puede regular.

Limitar unilateralmente la función del Defensor del Pueblo, privando al ciudadano de su derecho a utilizar esta vía si así lo considera oportuno, entra además en conflicto con lo establecido en la propia Ley orgánica del Defensor, cuyo artículo 12 le apodera para supervisar con la debida coordinación la actividad administrativa de las comunidades autónomas. Junto a ello, el artículo 2 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, que regula las relaciones entre el Defensor y los comisionados autonómicos, permite al primero fiscalizar a las administraciones autonómica y local (cuando ésta ejerce funciones delegadas por la primera) siempre que el ciudadano así lo requiera. Dicha función debe llevarse a cabo de acuerdo con los mecanismos de colaboración que se establezcan mediante convenio con las comunidades autónomas. El riesgo de contradicción en la tramitación de temas similares debe evitarse con los instrumentos que éste contenga.¹⁵

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse de nuevo sobre estas cuestiones mediante Sentencia 46/2015, de 5 de marzo, con motivo de la impugnación por el Defensor del Pueblo de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2009, de 23 diciembre, del Síndic de Greuges. La Sentencia se refiere a los artículos que de nuevo otorgan al Síndic de Greuges la supervisión «con carácter exclusivo» de la actividad administrativa autonómica, así como la supervisión de «la totalidad» de la administración local y los organismos vinculados a ella. El Tribunal, recordando la doctrina asentada por la Sentencia de 2010, reitera que en ningún caso puede admitirse dicha exclusividad a favor del Síndic. En la Ley, además, se atribuía al Síndic la condición de Autoridad catalana para la prevención de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, con funciones también exclusivas, lo que se declara inconstitucional por vulnerar la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, e invadir funciones atribuidas del Defensor del Pueblo¹⁶.

¹⁴ Véase el f.j. cuarto de la citada Sentencia, en relación con la posible inconstitucionalidad del inciso «cuando actúen en ejercicio de competencias delegadas por aquella» del artículo 2.1 de la Ley orgánica 36/1985 de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las comunidades autónomas.

¹⁵ Antonio ROVIRA VIÑAS (2002), *Comentarios a la Ley orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Pamplona, pág. 45.

¹⁶ La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. El Protocolo Facultativo de la Convención entró en vigor el 22 de junio de 2006, y contiene un sistema de visitas periódicas a los lugares de privación de libertad, a cargo de mecanismos na-

En ciertos aspectos, sin embargo, el Estatuto de Autonomía de Cataluña merece una valoración positiva, toda vez que introduce una regulación más pormenorizada del defensor autonómico. El texto contiene un conjunto de garantías, como la necesidad de preservar su independencia e imparcialidad, la inviolabilidad e inamovilidad del titular, o el reconocimiento de su autonomía organizativa, reglamentaria, funcional y presupuestaria. En el mismo sentido, resulta positivo elevar a rango estatutario la mayoría cualificada para el nombramiento del titular, que se sitúa en los tres quintos del Parlamento autonómico.

III. EL PERFIL INSTITUCIONAL DE LOS COMISIONADOS PARLAMENTARIOS

1. *El ombudsman reactivo o proactivo*

En el ámbito comparado conviven dos tendencias con infinidad de soluciones intermedias; los escenarios oscilan entre lo que podríamos definir como «defensores reactivos», por contraposición a los «defensores proactivos». La diseminación geográfica y sociopolítica de la figura impide una caracterización homogénea, pero el análisis de sus modos de actuación permite situar a cada defensor en una posición más o menos próxima a cada uno de esos modelos.

El defensor reactivo se limita a la investigación de las quejas que le llegan, sobre las que formula soluciones y remedios sólo cuando constata un daño derivado de una actuación administrativa antijurídica. No iniciará investigaciones de oficio ni realizará informes especiales, salvo que reciba un encargo para ello, y no será muy activo a la hora de realizar pronunciamientos prospectivos o propuestas de innovación normativa¹⁷.

El defensor proactivo, sin embargo, proyecta su actuación a todos los espacios de la actividad administrativa que considere perjudiciales para el ciudadano, le sean o no puestos de manifiesto. Gracias a su posición institucional, disfruta de un magnífico observatorio sobre las patologías administrativas, por lo que puede identificar las deficiencias que generan situaciones injustas. En tales casos, iniciará investigaciones de oficio y realizará informes especiales sobre problemas sociales.

cionales de prevención de la tortura. Las Cortes Generales atribuyeron al Defensor del Pueblo la condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP) de España, a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que introduce una disposición final única en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo.

¹⁷ Roy GREGORY (2000), «Comparing Ombudsman offices: statistics, statutory provisions, style and working practices», *Looking for Ombudsman Standards*, Mays & Breesch Gent (Belgica), págs. 13-16.

Sus propuestas van más allá del mero control de legalidad. Puede recomendar o sugerir cambios en los comportamientos administrativos, que se desarrollen nuevas actividades prestacionales, o que se modifiquen los precedentes administrativos que producen resultados injustos. Incluso, está capacitado para proponer modificaciones en normas reglamentarias existentes, o sugerir nuevos desarrollos normativos. También puede interponer acciones jurisdiccionales¹⁸.

El objetivo de este defensor es prevenir la recurrencia de quejas análogas, lo que no siempre trae causa en incumplimientos de la legalidad vigente. La inadecuada asignación de prioridades, o decisiones basadas en discutibles criterios discrecionales o de oportunidad, pueden constituir el núcleo del problema. Se trata de realizar una actividad preventiva, un acercamiento sistémico a la actividad administrativa que permita analizar las causas y proponer soluciones.

El defensor proactivo debe así mismo potenciar su actividad mediadora. Mediante convenios con las administraciones supervisadas, pueden crearse cauces de solución extrajudicial de conflictos bajo su liderazgo. Se trata de formalizar un diálogo, establecer reglas que permitan acercar pacíficamente las posiciones, e influir en las partes para llegar a entendimientos.

Este tipo de defensor no debe contentarse con emitir un pronunciamiento una vez tramitada la queja; debe trabajar con continuidad para garantizar una solución real y efectiva al problema confiado por el ciudadano, lo que precisa un seguimiento de los compromisos asumidos por la Administración. Aunque los expedientes finalicen, su archivo no debe producirse hasta que el asunto quede definitivamente resuelto. De ahí la necesidad de interesar informes periódicos sobre el grado de cumplimiento de los compromisos, las actuaciones realizadas y los avances producidos.

Las instituciones españolas cuentan con un marco jurídico generoso, que les permite desplegar su intervención con escasas limitaciones y cortapisas. Sin duda, están situadas en uno de los niveles máximos de proactividad según la clasificación propuesta. Las dificultades provienen de la realidad institucional en la que conviven, ya que su actividad es a veces obstaculizada por la incomodidad que supone para el poder político. Si estos condicionantes alcanzan niveles excesivos, se corre el riesgo de mantener instituciones ineficaces, que no desarrollen un control efectivo sobre la Administración.

¹⁸ Marcos GÓMEZ PUENTE (1997), *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, pág. 857.

2. Manifestaciones comparadas del defensor proactivo: la utilidad del concepto anglosajón de *maladministration*

A. Aproximación al concepto

Una de las principales características del defensor proactivo es la extensión de sus funciones supervisoras más allá de los límites estrictos del control de la legalidad. En el ámbito anglosajón, esta ampliación de sus facultades se fundamenta en el control de la denominada «*maladministration*». Un concepto que se configura como reacción al paulatino descontento con un sistema de justicia tradicional inadecuado a las transformaciones de la Administración contemporánea¹⁹. Las dificultades para definir el contenido de esta institución jurídica han generado incertidumbre tanto en el ámbito doctrinal como entre los responsables de las organizaciones que lo manejan²⁰.

Inicialmente, su contenido se construyó a partir de listados de actividad administrativa que podía considerarse irregular, incluyendo la mera inactividad. Se trataba de agravios o incorrecciones no susceptibles de recurso administrativo o judicial; no tanto infracciones legales, sino más bien defectos en la tramitación (retrasos injustificados, falta de cortesía, etc.)²¹, o cuestiones de alcance general (insuficiencias normativas, prácticas de gestión inadecuadas, desviación del precedente, entre otras)²².

Esta configuración resultaba muy limitada, de ahí que el concepto se enriqueciera paulatinamente abarcando en la actualidad el control de los aspectos sustantivos de la actividad administrativa²³. Ello permite enjuiciar las potestades discrecionales y los ámbitos de oportunidad, y

¹⁹ Marcos GMEZ PUENTE (1997: 49-50).

²⁰ Juli PONCE SOLE (2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova.. También, Gerardo CARBALLO MARTNEZ (2008), *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Pamplona, págs. 213 y ss.

²¹ Mary SENEVIRATNE (2000), «Ombudsmen 2000», *Nottingham Law Journal*, 9 (1), pág. 18. También, Antonio MORA y María José IMBERNÓN GARCÍA (2003), *El libro del Defensor del Pueblo*, Madrid, pág. 27.

²² Laura DIEZ BUESO (1999), *Los defensores del Pueblo (Ombudsmen) de las comunidades autónomas*, Temas del Senado, Departamento de Publicaciones del Senado, Madrid, pág. 29.

²³ Peter CANE (2004), *An introduction to Administrative Law*, Clarendon Law Series, 4ª ed, Oxford, págs. 322 y 323, destaca que la formulación clásica del concepto de *maladministration* fue definida en el debate sobre la Parliamentary Commissioner for Administration Act de 1967, incluyéndose el siguiente contenido: «parcialidad, negligencia, desatención, retraso, incompetencia, ineptitud, injusticia, desviación de poder, arbitrariedad». El Comisionado enriqueció posteriormente esa definición en su informe anual de 1993, introduciendo aspectos como la denegación de información al ciudadano, el suministro de información incorrecta, infracciones de carácter procedimental, falta de equidad en la interpretación de las Leyes y obstaculización al acceso a los remedios procedimentales disponibles.

aplicar criterios como la equidad o la justicia material²⁴. Este mayor activismo del Ombudsman no está exento de críticas que denuncian posibles contradicciones con la función jurisdiccional. Situación por otra parte previsible si tenemos en cuenta, como señala CRAIG, que los Tribunales ejercen un control puramente jurídico, mientras que el Ombudsman extiende su intervención más allá del mero control de legalidad²⁵.

La tendencia en los países del *Common Law* apunta a interpretaciones cada vez más amplias sobre lo que debe entenderse como *maladministration*, incluyendo los comportamientos contrarios a la legislación (*statute of law*), al derecho jurisprudencial (*case law*), y a la equidad (*equity*); es decir, al conjunto de componentes que integran el Estado de Derecho (*rule of law*) en un sentido amplio²⁶. Así, es común observar en los textos legales cláusulas que califican como *maladministration* a las actuaciones administrativas que no estén motivadas, o cuya motivación evidencie que no son razonables. También las que puedan reputarse injustas u opresivas, las inadecuadamente discriminatorias, o las que se basen en motivos incorrectos²⁷, hechos o consideraciones irrelevantes²⁸. La actividad negligente se menciona también en algunos textos²⁹. Otras veces aparece una cláusula residual referida a actividades *otherwise wrong*³⁰, es decir, consideradas incorrectas por razones de equidad o por contravenir el *duty of fairness* (deber de justicia), que obliga a un proceso justo tanto en su forma como en su contenido.

Estas elaboraciones pueden resultar de interés para ayudar a definir el alcance de la función supervisora de nuestros defensores. Algún autor ha expresado su utilidad para justificar la intervención de las defensorías cuando no se constata una vulneración directa de alguno de los derechos del Título I de la Constitución³¹. A mi juicio, sin embargo, donde el concepto puede resultar más útil es a la hora de identificar agravios que no tengan una conexión clara e inmediata con la Ley, por situarse

²⁴ Parliamentary and Health Service, 4th report, 2006-2007 «The Parliamentary Ombudsman: Withstanding the test of time», London, págs. 7-8. Available at http://www.ombudsman.org.uk/_data/assets/pdf_file/0004/3874/withstanding-the-test-of-time.pdf

²⁵ Paul CRAIG (1999), *Administrative Law*. Sweet and Maxwell, Londres, 4^a ed, págs. 241-242.

²⁶ Gregorio CARBALLO MARTINEZ (2008: 220).

²⁷ Otra acepción del término «*improper*» se aplica a comportamientos inadecuados o incluso deshonestos.

²⁸ Artículo 26 (1) New South Wales Ombudsman Act 1974, sección 26, y artículo 21.1 de Alberta Ombudsman Act de 1980.

²⁹ Artículo 26.1-b iii. British Columbia Ombudsman Act de 1996.

³⁰ Artículo 26 (1-g) New South Wales Ombudsman Act 1974, sección 26, y artículo 21(1-d) Alberta Ombudsman Act, Chapter O-8, entre otras.

³¹ Pedro CARBALLO ARMAS (2003), *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el Derecho comparado*. Tecnos, Madrid, pág. 149.

en el ámbito de la incorrección, del trato inadecuado, o simplemente, por tratarse de un comportamiento ineficaz de la Administración, o materialmente injusto³².

Contamos por otra parte en nuestro ordenamiento jurídico con un principio que se aproxima al anglosajón. Se trata del concepto de «buena administración», que aparece en algunos textos legales³³. El problema es definir qué se entiende por ello, tarea nada fácil, ya que no existe una definición legal de su contenido³⁴. Para integrar el concepto, es necesario acudir a diversos principios constitucionales que afectan a la actividad administrativa, como son los de eficacia, racionalidad, eficiencia y economía de medios, objetividad y coordinación. La jurisprudencia alude habitualmente a ellos para el control de la motivación en las potestades discrecionales³⁵.

B. Recepción del concepto en la Unión Europea y en el Defensor Europeo

El derecho a una «buena administración» fue recogido expresamente en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000³⁶. Este texto recoge el derecho de todos los ciudadanos a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos de manera imparcial y equitativa, en un plazo razonable. Supone también el derecho de toda persona a acceder al expediente y ser oída, la obligación administrativa de motivar las decisiones, y el derecho a obtener la reparación de los daños causados, entre otros aspectos³⁷.

Con anterioridad, el artículo 138 E del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, había incorporado la idea de «mala administración» como elemento objetivo de legitimación para interesar la intervención del Defensor del Pueblo Europeo. En sucesivos informes anuales, esta Institución ha tratado de delimitar el concepto

³² Gregorio CARBALLO MARTINEZ (2008: 225).

³³ Por ejemplo, véase el artículo 25 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público.

³⁴ Gregorio CARBALLO MARTINEZ (2008: 239).

³⁵ Juli PONCE SOLÉ (2007), «¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena Administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno», *Revista de Administración Pública*, 173, págs. 241-245.

³⁶ Artículo II-101 del Proyecto de Constitución Europea.

³⁷ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN (2007), «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo...», en J. BARNÉS, (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, pág. 116.

asociándolo a comportamientos contrarios al contenido de los Tratados y al resto de normas comunitarias vinculantes, así como a los principios y reglas establecidas por las Cortes de Justicia Europeas³⁸. Con todo, la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo ha venido apuntando la necesidad de clarificar y desarrollar el concepto de manera más precisa³⁹.

Los principios que maneja el Defensor europeo para evaluar la presencia de casos de mala administración se infieren en primer término de la jurisprudencia comunitaria: coherencia, buena fe, celeridad, motivación y razonabilidad de las decisiones, proporcionalidad, confianza legítima, y desarrollo de un procedimiento justo. Junto a ello, practica otro tipo de análisis basado en la formulación anglosajona de *maladministration*: control de irregularidades y omisiones administrativas, abuso de poder, negligencia en la tramitación, utilización de procedimientos irregulares, ausencia de equidad, discriminación, retrasos indebidos, o rechazo en el suministro de información⁴⁰. No estamos, por otra parte, ante una lista tasada⁴¹.

En esta línea, el Defensor elaboró el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa⁴², con una doble utilidad, como guía para el buen funcionamiento de las instituciones europeas, y como herramienta para evaluar en cada caso la existencia de comportamientos que pudieran considerarse como supuestos de mala administración⁴³. Los principios resultantes pueden reunirse en tres grupos:

a. Principios generales. Entre estos encontramos el principio de igualdad e interdicción de los comportamientos discriminatorios (art. 5), el principio de proporcionalidad y ponderación del justo equilibrio entre el sacrificio del interés particular y el interés general (art. 6), la interdicción del abuso de poder (art. 7), el principio de objetividad (art. 9), así como el principio de confianza legítima y actuación conforme al precedente, con la obligación de motivar aquellas decisiones que se aparten

³⁸ Asteris PLIAKOS (1994), «Le mediateur de l'Union européenne», *Cahiers de Droit Européen*, 30: 5-6, págs. 563 y ss.

³⁹ Informe de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo sobre la actividad anual del Ombudsman de la Unión Europea de 30 de mayo de 1996 (C4-0257/96), págs 7-9.

⁴⁰ Informe anual al Parlamento Europeo, correspondiente a 2006. El texto íntegro puede consultarse en <http://www.ombudsman.europa.eu>.

⁴¹ Roy GREGORY (2000), págs. 24-26.

⁴² Adoptado mediante Resolución del Parlamento Europeo de 6 de septiembre de 2001. Puede consultarse en: http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_146851_ES_code2005_es.pdf

⁴³ Fernando GARCÍA VICENTE (2002), «Instrumentos supranacionales reguladores de figuras defensoriales», XVO Jornadas de coordinación de defensores del Pueblo. 12 y 13 de noviembre de 2001, Gabinete de estudios y documentación del Defensor del Pueblo, Madrid, págs. 37 y ss.

de aquél (art. 10). Junto a ello, el Código hace una apelación al principio de justicia (art. 11), que conecta con la imparcialidad y razonabilidad de la decisión, la sana crítica y la valoración circunstanciada de los hechos.

b. Principios de procedimiento. El Código recoge la obligación de abstenerse cuando converja un conflicto intereses (art. 8.2). También el principio de cortesía (art. 12)⁴⁴, y la obligación de emitir acuse de recibo salvo en el caso de escritos impertinentes por su número excesivo, o por su carácter repetitivo o absurdo (art. 14.3). El artículo 16 reconoce el derecho de los ciudadanos a realizar alegaciones, y por tanto a la audiencia. El principio de celeridad viene recogido en el artículo 17, y el artículo 18 contiene la obligación de motivar las decisiones.

c. Principios relativos al acceso y tratamiento de la información. Varios preceptos acogen una serie de obligaciones de protección de datos personales, y la garantía del acceso a la información y asesoramiento a los interesados. El límite se sitúa en que la documentación solicitada tenga algún tipo de clasificación de reserva.

3. *El carácter proactivo de las defensorías españolas*

A. Control integral de la actividad administrativa

El Ombudsman presenta en España una extraordinaria potencialidad para reducir tanto los incumplimientos como los malos hábitos administrativos, dada su condición de alto comisionado del poder Legislativo con estatus independiente⁴⁵. Su gratuidad y agilidad procedimental, el carácter no vinculante de sus resoluciones, que las dota de gran flexibilidad, la imparcialidad e independencia del titular, unidos a su prestigio personal y solvencia técnica, son aspectos fundamentales para lograr dicho objetivo⁴⁶.

A diferencia de los instrumentos comparados analizados, correspondientes al ámbito anglosajón y al Derecho Comunitario, la legislación española no procura casi ninguna pauta sustantiva que permita definir el alcance y contenido material de la intervención de las defensorías.

⁴⁴ Se utiliza con frecuencia en las resoluciones en las que se recomienda la apertura de expediente informativo o en su caso disciplinario ante la actitud irrespetuosa de los funcionarios frente al ciudadano.

⁴⁵ Para Marcos GMEZ PUENTE (1997: 52), «muchos malos hábitos administrativos presentan como común característica una inmunidad que resulta anormal y contradictoria con la posición de la Administración en un Estado de Derecho».

⁴⁶ Sobre las principales divergencias de este tipo de control respecto de la jurisdicción, véase Laura Díez BUESO (1999: 124 y 125).

Para delimitar ese contenido es necesario analizar una doble vertiente. Por un lado, cuáles son los bienes jurídicos que se deben proteger y, por otro, cuáles deben ser las herramientas que permitan garantizar su tutela de manera efectiva.

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos, se trata de todos los derechos e intereses legítimos que tengan como marco de referencia la actividad o inactividad de la Administración pública, incluidas las vías de hecho y la función reglamentaria; y todo ello tanto en su dimensión individual como colectiva. La práctica ha superado las iniciales reticencias acerca de la extensión de la función supervisora más allá de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución y, en su caso, en los Estatutos de Autonomía. La posibilidad de reconducir prácticamente cualquier asunto a alguno de esos derechos convierte el debate en algo estéril⁴⁷.

En relación con las herramientas de supervisión, el análisis que efectúan las defensorías españolas no difiere en exceso del que desarrollan los órganos jurisdiccionales, extendiéndose tanto al control de la legalidad como de la discrecionalidad del acto. Ahora bien, el Defensor puede ir más allá: puede sustentar sus decisiones en juicios de equidad, y analizar los casos desde la óptica de la justicia material y de los principios democráticos, aproximándose así al concepto anglosajón de *maladministration*⁴⁸. Los principios que utiliza el Defensor europeo no son tampoco ajenos a la actividad supervisora ordinaria de los defensores españoles. Este amplio alcance es precisamente lo que justifica la existencia de un organismo de estas características en un ordenamiento jurídico pleno de garantías⁴⁹.

En el control de la actividad discrecional encuentra el Defensor un extraordinario campo de intervención. En las defensorías concurre un elemento del que carece la jurisdicción, como es su carácter de magistratura de persuasión, de influencia, su dimensión cooperativa. Su aportación radica precisamente en no limitarse al mero control de la legalidad, sino en analizar el conflicto desde otra óptica, con el objetivo de corregir los problemas puntuales y promover soluciones generales.

Por ello, no se pueden trasladar al Ombudsman, de manera mimética, las objeciones relacionadas con los posibles excesos de sustitución de

⁴⁷ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (1991), «Defensor del Pueblo y Administración Pública». *Estudios sobre la Constitución Española*, Civitas, Madrid, pág. 2677.

⁴⁸ Laura DIEZ BUESO (2013: 232), propone incorporar el concepto de «maladministración» al texto constitucional con la finalidad de especificar que el Defensor del Pueblo debe controlar, especialmente, este parámetro de supervisión, lo que constituye una versión más avanzada de la figura y más coherente con la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.

⁴⁹ Carmen María ÁVILA RODRÍGUEZ (2013: 167-172), explica el tránsito desde un concepto de «supervisión de la mala administración» hacia la «tutela del derecho a una buena administración» en los comisionados españoles.

las potestades administrativas que condicionan la acción de los tribunales⁵⁰. El Defensor no puede imponer sus decisiones de manera coactiva, de modo que la Administración retiene siempre la potestad de aceptar o rechazar sus pronunciamientos. Mantiene así su estatus independiente, como instrumento del poder ejecutivo, en la toma de decisiones.

El control de la discrecionalidad técnica tampoco está vedado al Defensor, si bien en este campo concurren importantes limitaciones prácticas, dado que estas instituciones no disponen de oficinas técnicas. Ello no impide analizar la suficiencia del informe remitido por la Administración, observar si aborda todos los extremos necesarios de manera congruente, si tiene la necesaria profundidad y concreción, así como si adolece de posibles contradicciones o incorrecciones a la vista de la documentación aportada.

El Defensor encuentra otro interesante campo de acción en el terreno del control de los elementos de oportunidad, ya que nada le impide valorar las razones que sustentan este tipo de actuaciones administrativas, y tratar de influir en la toma de decisiones a través de la sugerencia. Aquí son particularmente útiles los criterios de equidad y justicia material, así como las enseñanzas del ordenamiento jurídico anglosajón, donde el Ombudsman se plantea como una institución capaz de encauzar pretensiones cuya revisión jurisdiccional presentaría escasa viabilidad.

Este mayor activismo tiene algunos riesgos, puesto que puede derivar en una pérdida de «*autoritas*» si la Administración elude sistemáticamente los pronunciamientos⁵¹. Se trata de un problema importante, ya que la efectividad de su actuación reside en la colaboración de la Administración, y su aparataje «sancionador», fundamentalmente político, es débil e inefectivo si se utiliza en exceso. Por esta razón, y no por un eventual riesgo de desequilibrio en el juego de los poderes del Estado, el Defensor debe ser prudente en sus juicios relacionados con las potestades discrecionales y los ámbitos de oportunidad.

Por otra parte, es importante subrayar que la labor de supervisión desarrollada por las defensorías españolas se extiende a todas las formas posibles de la actuación administrativa. Tanto la actividad expresa como los actos presuntos, la inactividad material o las vías de hecho, forman parte de su campo de actuación; también la actividad reglamentaria. Su intervención resulta, sin embargo, improcedente en relación con el acto

⁵⁰ Coincido con Laura Díez Bueso (2013: 231), quien sostiene que: «*la función de defensa de derechos no ha supuesto una restricción en las capacidades supervisoras de la administración pública*».

⁵¹ Laura Díez Bueso (1999: 132).

político —salvo en sus aspectos reglados—, así como sobre los actos sin trascendencia externa, como son los de naturaleza organizativa.

Cabe preguntarse si el Defensor puede actuar frente a actos administrativos de mero trámite o si, por el contrario, debe esperar a la existencia de un acto definitivo o de trámite cualificado. La Ley orgánica del Defensor del Pueblo, en su artículo 17, no plantea ninguna duda en cuanto a la admisibilidad de las quejas que tengan que ver con actuaciones de trámite. No ocurre lo mismo en alguna normativa autonómica, que presenta un contenido más restrictivo⁵². Tales limitaciones son inadecuadas, ya que reducen las posibilidades de influir en el proceso de toma de decisiones, evitando con ello la producción del conflicto. El Defensor en ningún momento sustituye con ello la potestad administrativa, dado el carácter no vinculante de sus resoluciones.

Por otra parte, nada obsta, y así se hace en la práctica, a que estas instituciones extiendan su actividad sobre los actos firmes. Esta es otra de sus grandes ventajas. El interesado no puede obtener en estos casos el amparo de la jurisdicción por razones de seguridad jurídica. Sin embargo, la posición institucional del Defensor, su condición de compositor no coactivo de conflictos, junto con la amplia potestad que tiene la Administración para corregir sus actos desfavorables, proporcionan extraordinarias posibilidades.

El cauce más efectivo para ello es sugerir la revocación del acto sancionador o restrictivo de derechos, o incluso la revisión de oficio de aquellos que tengan un contenido favorable para terceros y presenten vicios de nulidad o anulabilidad. Se utilizarán los artículos 102, 103 y 105 de la LRJPAC, con los límites establecidos en el artículo 106 de la misma Ley⁵³. La institución debe, no obstante, ser muy cuidadosa en estos casos, ya que no debe convertirse en una instancia que permita sin más eludir los plazos y trámites de los procedimientos administrativos y contenciosos.

Para favorecer una actuación administrativa más eficaz⁵⁴, el Defensor puede recomendar o sugerir que se aprueben o modifiquen normas reglamentarias cuando observe que su inexistencia o deficiente contenido conduce a situaciones materialmente injustas. Esta posibilidad está definida en términos muy amplios en las leyes, sirviendo como ejemplo

⁵² Dice el artículo 17.2 de la Ley 11/1988 de 26 de diciembre, del Síndico de Agravios de la Comunidad Valenciana, que el Síndico «no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución administrativa o judicial definitiva».

⁵³ Véanse sus equivalentes en la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre de 2016 (artículos 106 a 110).

⁵⁴ Loreto FELTRER RAMBAUD (2002), *Comentarios a la Ley orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Pamplona, págs. 210 y 211.

la Ley orgánica del Defensor del Pueblo, que se refiere simplemente a «situaciones injustas o perjudiciales» como factor habilitante para pronunciamientos de esta naturaleza (art. 28.2).

El defensor no es una suerte de vigilante del ordenamiento jurídico, pues no es ésa su función institucional. Sin embargo, su posición privilegiada como observatorio de la patología administrativa le capacita para abrir quejas de oficio y elaborar informes especiales para el órgano parlamentario, lo que debe justificar en la experiencia acumulada en la tramitación de quejas, y en su percepción de los problemas colectivos que hayan tenido repercusión social. El alcance de estas investigaciones puede abarcar toda la actividad administrativa, entendida en un sentido amplio, incluyendo la función reglamentaria. En la dimensión legislativa, no son pocas las ocasiones en que el defensor, en su calidad de alto comisionado parlamentario, propone a las Cortes la creación o modificación de normas legales.

El hecho de que determinadas recomendaciones o sugerencias puedan tener una repercusión presupuestaria no limita su capacidad de supervisión, ya que la decisión sobre cómo financiar la actuación propuesta en todo momento recae en la Administración, de acuerdo con su política presupuestaria y definición de prioridades. Decir otra cosa supondría condenar al defensor a un papel muy residual, ya que muchos de sus pronunciamientos tienen inevitables consecuencias económicas para la Administración.

B. Equidad y justicia material. Un plus al alcance de las defensorías

El principio de equidad se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en íntima asociación con lo que su artículo 41 define como «buena administración». El precepto consagra en su apartado primero el derecho de todos los ciudadanos a que «las instituciones, órganos y organismos traten sus asuntos imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable». Ese llamamiento a la equidad constituye un presupuesto para el ejercicio de la buena administración.

En nuestro ordenamiento jurídico, la equidad es un principio general del Derecho que despliega toda su eficacia como criterio de interpretación. En las defensorías españolas, esencialmente proactivas, encuentra un terreno particularmente propicio. Se manifiesta en un doble plano:

a) Como guía del defensor en su actividad más esencialmente proactiva, como es la selección de sus actuaciones de oficio, así como la elabo-

ración de informes especiales. Estas investigaciones pueden conducir a recomendar modificaciones normativas tanto reglamentarias como dirigidas al propio legislador, así como recomendar cambios en las políticas administrativas y presupuestarias.

b) En lo que se refiere al contenido ordinario de su actividad de supervisión, el defensor puede utilizar la equidad para formar su juicio sobre las decisiones administrativas discrecionales o de oportunidad que el ciudadano somete a su conocimiento, proponiendo la solución legítima que resulte materialmente más justa. Debe también proponer remedios ante la aplicación aséptica de las normas, y dispone para ello del poderoso instrumento de la recomendación o la sugerencia.

IV. FUNCIONAMIENTO DE LAS DEFENSORÍAS ESPAÑOLAS. LA TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS DEL CIUDADANO

1. *Principios del procedimiento*

El cauce formal que siguen estos organismos en la tramitación de las quejas no constituye un procedimiento formalizado de naturaleza administrativa ni mucho menos judicial⁵⁵. Pese a ello, existen determinados hitos formales necesarios al estar contemplados en la legislación. Aceptada la existencia de un procedimiento básico, conviene desentrañar cuáles son los principios que lo caracterizan.

a. Principio de celeridad. La rapidez es uno de los factores que justifican la existencia de estos organismos. Los escasos plazos que aparecen en las leyes tienen como regla general un carácter meramente orientativo; no son pocos los expedientes que se resuelven en días o incluso en horas, con simples llamadas telefónicas a la Administración responsable. Otros, por su complejidad, pueden durar meses, sobre todo si la Administración no colabora a la hora de remitir el informe inicial o el informe de aceptación de los pronunciamientos realizados.

Las cartas de servicios de los defensores contribuyen a fijar con mayor exactitud los tiempos de tramitación para las fases más importantes del procedimiento. Aunque no tienen carácter vinculante, constituyen un compromiso frente al ciudadano, y un criterio para evaluar la calidad

⁵⁵ Luciano PAREJO (1992), «El Defensor del Pueblo como institución de control de la Administración pública», en *Diez años de la Ley orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, pág. 110.

de la tramitación. La falta de imperatividad de los plazos se extiende en igual medida a los que conciernen al ciudadano⁵⁶.

b. Principios de eficacia y objetividad. Un funcionamiento eficaz comporta que todos los procedimientos conduzcan, en un tiempo razonable, a un pronunciamiento congruente con la pretensión planteada que resuelva el problema suscitado por el ciudadano. Además, la actuación sería incompleta sin un seguimiento posterior. Cuando la Administración acepta la resolución y adopta un compromiso formal de cumplimiento, es preciso verificar su plasmación práctica. Así se evitan aceptaciones meramente formales que no encierran una auténtica voluntad de solucionar el problema.

La eficacia no entraña una obligación de resultado, puesto que la solución de la queja depende de la Administración. Dado que las resoluciones no son imperativas, su eficacia se sitúa en el terreno de la persuasión, de la capacidad de influencia, lo que exige que la trayectoria del Defensor haya generado una relación de respeto, confianza y lealtad con la Administración; la elaboración de resoluciones bien fundamentadas, objetivas, independientes y de altura jurídica favorece dicha situación.

La objetividad exige valorar los hechos, fundamentos jurídicos y principios aplicables al caso al margen de cualquier tipo de planteamiento ideológico o político. Los asuntos deben abordarse con imparcialidad, valorando los hechos de manera racional y razonable. Ahora bien, siendo una institución eminentemente personalista, el pronunciamiento puede contener algún grado de subjetividad en la interpretación de la realidad, de los principios jurídicos, o de los planteamientos morales y de equidad; aun con ello, la decisión debe ser motivada y fundarse en Derecho, tratando de reducir el conjunto de valoraciones extrajurídicas.

c. Carácter informal del procedimiento. Las defensorías españolas no están sujetas a un procedimiento tasado más allá de unos mínimos formales que veremos en los apartados siguientes. La reducida presencia de condicionantes formales está relacionada con el principio «pro-actione», ya que se pretende favorecer el acceso del ciudadano al procedimiento y su impulso. No es que las formas carezcan de toda importancia; más bien podríamos decir que tienen un carácter estrictamente instrumental. Se sacrifican algunas garantías en aras de una mayor eficacia; garantías que no desaparecen, sino que quedan diferidas

⁵⁶ La Carta de Servicios del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana establece objetivos temporales de tramitación. El acuse de recibo se enviará en el plazo máximo de 5 días desde su entrada en la Institución y la decisión sobre la admisión a trámite se adoptará en el plazo máximo de 15 días. La resolución se adoptará en el plazo máximo de un mes desde la conclusión de las diligencias de investigación. Disponible en http://www.sindicdegreuges.gva.es/carta_ser.pdf

al procedimiento y actuaciones que desarrolle la Administración en respuesta a los pronunciamientos.

Puede afirmarse que la configuración de los Ombudsmen españoles es una de las más antiformalistas del mundo, en clara convergencia con los modelos nórdicos. Otros modelos, sin embargo, no comparten esta tendencia. Buena muestra de ello es el Parliamentary Commissioner for Public Administration, con jurisdicción en Inglaterra, que mantiene los procedimientos establecidos en su legislación de 1967, en los que se contienen importantes trabas formales. Una de ellas es el acceso indirecto al Comisionado, de manera que cualquier ciudadano que pretenda interponer una queja se ve obligado a acudir antes a un miembro del Parlamento para exponer su caso. Sólo éste está legitimado para, si lo considera oportuno, elevar la queja al Comisionado⁵⁷.

d. Principio de confidencialidad. Protege los datos sensibles que se desprendan del expediente, incluidos, principalmente, los datos personales del interesado, los hechos, así como, en ocasiones, los propios términos en que se plantean los escritos de queja. La confidencialidad debe garantizarse tanto frente a la Administración como respecto de terceros, e incluso con relación a los propios órganos judiciales que pudieran requerir información obrante en los expedientes.

El deber de reserva se fundamenta en la necesidad de salvaguardar derechos fundamentales como el honor o la propia imagen del ciudadano, su intimidad, así como los derechos que se deducen de la legislación de protección de datos. Pero además, alcanza a todo aquello que pueda afectar negativamente al ciudadano, puesto que la actuación del Defensor se basa en la confianza; el ciudadano acude al procedimiento sin el parapeto de la postulación y sin garantías formales que aseguren la indemnidad de su esfera jurídica (como, por ejemplo, el derecho a no declarar contra sí mismo), de manera que es preciso asegurar que la utilización de este mecanismo no le resultará perjudicial. El personal debe por ello «traducir» la cuestión a términos jurídicos e interesar la información necesaria para resolver la controversia.

En lo relativo a los requerimientos de información enviados por autoridades judiciales, la obligación genérica de colaborar con la jurisdicción queda igualmente mediatizada por el deber de confidencialidad, discreción o reserva que está recogido en la legislación que regula las defensorías. La cuestión pasa por delimitar la forma en que debe concretarse esta obligación. Así, por ejemplo, el deber de remitir el expediente íntegro, de acuerdo

⁵⁷ Parliamentary and Health Service, 4th report, 2006-2007, pág. 20. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/the-parliamentary-ombudsman-4th-report-session-2006-2007>

con lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no resulta aquí aplicable, toda vez que ni el procedimiento de queja tiene naturaleza administrativa, ni el Defensor es una Administración Pública.

Ante la falta de un marco legal claro, JIMÉNEZ ASENSIO propone satisfacer los requerimientos judiciales de información mediante la remisión de una certificación general que explicita el contenido de la queja, sin remitir todos los documentos⁵⁸. En mi opinión, cabría proponer otra operativa: el defensor deberá enviar la información documental contenida en el expediente al órgano jurisdiccional, omitiendo los documentos presentados por el ciudadano que estime «sensibles». Bastará por tanto con remitir copia diligenciada de los documentos administrativos y de aquellos que haya generado la Oficina, adjuntando los aportados por el interesado que no puedan perjudicarlo. Se certificará la existencia del resto, justificando las razones por las que no se remite copia de los mismos. Mayor grado de colaboración es exigible cuando se trata de la jurisdicción penal, cuyos requerimientos han de ser atendidos con preferencia. Aun así, es necesario evaluar cuándo se vulneraría la confianza del ciudadano con motivo de la revelación de datos, sin obstaculizar el ejercicio de la función jurisdiccional.

El deber de confidencialidad no puede invocarse, sin embargo, por parte de la Administración supervisada con el objeto de eludir el envío de información relacionada con una queja. Precisamente, el artículo 11.2.d de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, prohíbe comunicar datos personales a terceros salvo consentimiento del interesado, excepto cuando la comunicación tenga por destinatario al Defensor del Pueblo.

e. Impulsión de oficio. Las quejas a instancia de parte, una vez interpuestas por el ciudadano, se impulsan por iniciativa del defensor en todos sus trámites. Ahora bien, la manifestación más interesante de este principio radica en la apertura de quejas de oficio y en la elaboración de informes especiales. No existe ninguna limitación para este tipo de actuaciones. La principal diferencia entre ambas modalidades radica, al margen de aspectos cualitativos, en que las primeras se tramitan de manera ordinaria con dación de cuentas al órgano parlamentario en la memoria anual, mientras que los informes especiales tienen una tramitación específica con dación de cuentas individualizada.

f. Principios de congruencia y contradicción. La congruencia tiene una lectura diferente en las defensorías, ya que éstas no están suje-

⁵⁸ Rafael JIMENEZ ASENSIO (2007), «El deber de colaboración del Síndic de Greuges con jueces y Tribunales, y con la Administración de justicia: alcance de su contenido y posibles límites». *Revista Derechos Ciudadanos*, 2, pág. 43.

tas de manera estricta a las cuestiones planteadas por las partes. Si de la investigación se desprende la conveniencia de realizar alguna recomendación *extra-petita* en beneficio del interesado, para prevenir daños a terceros, o por razones de interés general, puede ser realizada sin problema.

La contradicción se manifiesta plenamente entre la Administración y el ciudadano que interpone la queja. La primera expondrá sus posiciones en el informe inicial, mientras que el interesado podrá realizar alegaciones a la vista del mismo. No ocurre de la misma forma en relación con terceros titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, ya que no es necesario darles audiencia en los procedimientos de queja. Estos podrán defender sus derechos ante la Administración en el procedimiento sustantivo.

2. *Sujetos del procedimiento*

A. Legitimación activa

La legitimación activa es objeto de una interpretación amplia en el procedimiento de queja; cualquier ciudadano, español o extranjero, persona física o jurídica, puede interponer una queja. La principal limitación radica en las quejas presentadas por autoridades o funcionarios sobre asuntos que forman parte de su competencia, dado el riesgo de instrumentalización política. Si estos ponen de manifiesto una irregularidad administrativa, lo más oportuno sería inadmitir la queja e iniciar, si procede, una investigación de oficio.

Más discutibles son las quejas que tienen relación con conflictos interadministrativos. Para empezar, habrá que tener en cuenta lo que establece la Ley reguladora de cada defensoría. En el caso del Defensor del Pueblo, su Ley orgánica sólo excluye a las autoridades en el ámbito de su competencia. No existe una prohibición expresa a la admisión de quejas que provengan de una Administración por actuaciones de otra. El riesgo radica de nuevo en instrumentalizar la institución en temas políticos y conflictos de competencia, pero no se puede invocar una prohibición absoluta.

El ciudadano, en el escrito de interposición de la queja, debe evidenciar un interés propio afectado por alguna actuación administrativa, por su inactividad, o por una vía de hecho⁵⁹. Sólo cabrá la inadmisión

⁵⁹ En la actualidad, ninguna defensoría solicita firma electrónica acreditada.

cuando la desconexión subjetiva con el objeto de la queja sea absolutamente manifiesta (en cuyo caso siempre existe la posibilidad de abrir la queja de oficio)⁶⁰. Los criterios que amplían la legitimación activa en el procedimiento administrativo, tales como los denominados «intereses difusos» o la «acción pública», operan de igual forma. No es por otra parte exigible acreditar la vulneración de un derecho fundamental. Bastaría con invocar alguno de los derechos o libertades reconocidos por la Constitución o los Estatutos de Autonomía.

B. Legitimación pasiva.

La presencia de un sujeto público es determinante para justificar la intervención de las defensorías en un asunto concreto. Las Administraciones territoriales concentran el mayor número de quejas. El Defensor del Pueblo puede controlar todas ellas, mientras que los comisionados autonómicos extienden sus funciones sobre la Administración autonómica y local en su territorio.⁶¹ Se incluyen las actividades que desarrollen con sujeción al Derecho privado, donde es posible aislar núcleos de carácter público.

La Administración corporativa queda igualmente sujeta cuando actúa con prerrogativas públicas; en la práctica, los asuntos suelen versar sobre aspectos organizativos y de régimen interno, incluidos los conflictos electorales. Las Administraciones «especiales», como la militar, la diplomática, la judicial o la electoral, tampoco quedan al margen salvo en temas relativos a relaciones políticas internacionales, seguridad del Estado, o que puedan afectar a la independencia de los poderes del Estado⁶².

En la Administración de Justicia todos los conflictos de índole laboral-organizativa (acceso a la función pública, ascensos, régimen disciplinario, etc.), o incluso más cercanos a la función judicial, como la celeridad en la tramitación de los procesos, pueden ser supervisados. No se controla, sin embargo, el contenido de la función judicial

⁶⁰ María Carmen LUMBIERRES SUBÍAS (2006: 216). Marcos GÓMEZ PUENTE (1999: 844), postula la conveniencia de un acceso universal, generalizado o popular.

⁶¹ El Tribunal Constitucional se pronunció favorablemente al control de la Administración local por parte de los comisionados autonómicos en la Sentencia 142/1988 de 12 de julio, limitando su función «en materias en las que el Estatuto de Autonomía atribuya competencias a la Comunidad Autónoma de Aragón y que ésta haya, además, transferido o delegado en los entes locales» (f.j. quinto).

⁶² En cuanto a la Administración militar, el Defensor del Pueblo debe velar por el respeto de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución en dicho ámbito, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el Mando de la Defensa Nacional.

propiamente dicha; de hecho, ésta tiene total preferencia respecto al defensor, que debe abstenerse de analizar los conflictos que han sido judicializados, y suspender los expedientes en curso si tiene conocimiento de ello⁶³.

El defensor actúa con plena eficacia en relación con los organismos públicos, a quienes puede dirigir sus resoluciones. En cuanto a las empresas públicas, las quejas deben elevarse a la Administración matriz, dado que es la última responsable de la adecuada prestación de la actividad o del servicio, y puede dirigir al gestor las correspondientes instrucciones. Esta forma de actuación garantiza una mayor eficacia, al comprometer al sujeto políticamente responsable.

El alcance subjetivo no se agota en los organismos y entidades vinculados directamente a la Administración, sino que va más allá. La liberalización y privatización de numerosas actividades y servicios públicos (energía, telecomunicaciones, agua, etc.), ha trasladado la titularidad de estas actividades a agentes privados bajo esquemas reguladores. Podría pensarse que la naturaleza privada de estas empresas impediría la supervisión, pero no es así⁶⁴. Algunas leyes autonómicas no dudan en extender su ámbito de aplicación a estas empresas cuando ejercen «funciones de servicio público»⁶⁵. El procedimiento debe involucrar a la Administración reguladora, y referirse a asuntos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones de servicio público o servicio universal por las empresas operadoras.

Esta extensión de la intervención por razones objetivas se visualiza también en la actividad materialmente administrativa de los Parlamentos en el ámbito patrimonial, de contratación y de personal. Esta labor puede resultar comprometida al concurrir un posible conflicto de intereses, dado que el defensor es alto comisionado de la Cámara. Su independencia respecto del comisionante, al menos formal, permitiría superar esta objeción⁶⁶. Otro tanto habría que decir respecto de la supervisión de la actividad de otras instituciones parlamentarias como los Tribunales o Síndicos de Cuentas.

Finalmente, el ciudadano puede estar insatisfecho con la actitud del propio defensor, no siendo razonable que aquél aborde la queja; el cauce

⁶³ Marcos GÓMEZ PUENTE (1997: 847), concluyó que la supervisión debe circunscribirse a la Administración auxiliar de Justicia, así como a la actividad no vinculada con la función jurisdiccional, reducto infranqueable vinculado a la esencia del Poder judicial.

⁶⁴ Enric BARTLET (2001), *El Síndic de Greuges*, Marcial Pons, Barcelona, págs. 175 y 200. También en el mismo sentido, véase Loreto FELTRER RAMBAUD (2002: 219).

⁶⁵ Pongamos por caso lo establecido en el artículo 12.1.c. de la Ley 11/1988 de 26 de diciembre, del Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana.

⁶⁶ Loreto FELTRER RAMBAUD (2002: 222). También, Carlos GARRIDO LÓPEZ (2005), «El Justicia de Aragón», en Antonio EMBID IRUJO (dir.), *Derecho público aragonés*, 3ª edición, pág. 257.

oportuno sería su elevación a la Comisión de Peticiones del Parlamento o Asamblea legislativa correspondiente.

3. *La presentación de la queja: formalidades y criterios de admisión*

La presentación de la queja no requiere mayor formalidad. Son admisibles los escritos que llegan por correo ordinario e incluso por correo electrónico, sin firma electrónica. Cualquier fraude es fácilmente detectado en las primeras gestiones que se realizan con la Administración, por lo que mayor acreditación no suele ser necesaria. Si existieran dudas, el Defensor puede interesar cualquier medio de identificación que considere oportuno.

El escrito de interposición debe venir firmado y expresar el contenido de la pretensión en términos reconocibles. No hay, como hemos señalado, postulación obligatoria. Se trata de una simple comunicación que pone de manifiesto unos hechos que en la percepción del ciudadano suponen una actuación injusta o arbitraria⁶⁷. Una vez presentada la queja se acusará recibo y se asignará un número de expediente. Tras ello será turnada al personal técnico para analizar la concurrencia de motivos de inadmisión, pudiendo requerirse la subsanación o mejora del escrito de interposición.

Las leyes contemplan un amplio listado de causas de inadmisión que procede sujetar a una interpretación restrictiva. El artículo 17.3 de la Ley orgánica del Defensor del Pueblo, cuyas determinaciones reproducen con algunas matizaciones las legislaciones autonómicas⁶⁸, contempla como motivos de inadmisión las quejas anónimas, aquellas en las que se advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, o las que puedan producir un perjuicio a terceros. Hay que mencionar también los supuestos contemplados en el apartado segundo de dicho precepto, en referencia a los casos en que esté pendiente resolución judicial. Si el procedimiento de queja ya estuviera iniciado, procederá entonces su suspensión.

Las quejas anónimas deben ser inadmitidas de plano con el objeto de blindar a la defensoría frente a usos fraudulentos. Los casos en que pueda apreciarse mala fe del interesado suelen ser difíciles de aislar, aunque hay que tratar de objetivar los supuestos en que dicha condición

⁶⁷ Antonio ROVIRA VIÑAS (2002: 29 y 30), señala que la queja es una manifestación de los derechos de petición y participación.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley 11/1988 de 26 de diciembre, del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana.

subjetiva puede ser observada. Es preciso analizar los hechos y desentrañar la verdadera finalidad que persigue el ciudadano. Son criterios útiles verificar si existe algún tipo de interés propio, si la pretensión se ajusta a la legalidad, y si la finalidad que se persigue es legítima.

Otro de los motivos es la carencia de fundamento, que no debe entenderse como la ausencia de fundamentación jurídica en el escrito del interesado. Encajan aquí aquellos supuestos en los que se advierte de manera clara e indubitada la plena conformidad de la actuación administrativa con la legalidad vigente. Cierta proximidad con esta causa presenta la inexistencia de pretensión, si bien este motivo permite incluir quejas basadas en alegaciones genéricas o inespecíficas. La mera disconformidad con una norma se inscribe también bajo esta causa, aunque pueda excitar la apertura de una queja de oficio o la elaboración de un informe especial.

La causa de inadmisión relativa al perjuicio del legítimo derecho de terceros puede conectarse con la mala fe, ya que tendrá sentido cuando no existe ningún interés más allá de la voluntad de perjudicar los derechos o expectativas legítimas de otros ciudadanos⁶⁹.

La pendencia judicial y la cosa juzgada son motivos de inadmisión objetivos que pretenden evitar un conflicto de legitimidades con la jurisdicción, dado que el defensor es un alto comisionado del poder legislativo. Ahora bien, la queja sólo deberá rechazarse cuando exista un proceso en sentido técnico jurídico, en el que vayan a juzgarse aspectos sustantivos coincidentes con la pretensión deducida en la queja. No sucede lo anterior cuando se desarrollan diligencias preliminares en el contencioso administrativo, o cuando no se ha comunicado la admisión del recurso mediante providencia⁷⁰. En la jurisdicción penal, la mera presentación de una denuncia o querrela, o el desarrollo de investigaciones extraprocesales, no sería suficiente⁷¹.

Es necesario aclarar que la existencia de un proceso judicial no impide cualquier tipo de actuación del defensor. Siempre cabe la posibilidad de investigar los aspectos generales que se deriven de la cuestión planteada, así como velar por el cumplimiento de la obligación de resolver. Además, en la práctica es frecuente que el objeto de la impugnación

⁶⁹ El principio de buena fe, como norma de conducta y límite en el ejercicio de los derechos ciudadanos, comporta que aquéllos deben tener un comportamiento leal en la fase de constitución de sus relaciones jurídicas con la Administración, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2009), *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 5ª ed.

⁷⁰ Arts. 43 a 51 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso administrativa.

⁷¹ En otro caso estaríamos limitando la eficacia de la institución cuando existan actuaciones de mera averiguación, o incluso en el supuesto de denuncias o querrelas falsas, o que no se refieran propiamente a actividades delictivas.

judicial no coincida completamente con el objeto, muchas veces más amplio, de la queja.

4. *Fases del procedimiento: justificación de la no necesidad de dar audiencia a terceros*

En las Leyes que regulan las defensorías las normas de procedimiento son escasas; en ningún caso se fija un cauce tasado, y las previsiones de contenido necesario se reducen a algunos aspectos esenciales: necesidad de informar a los ciudadanos de las actuaciones realizadas e informes administrativos recibidos, obligación de confidencialidad y reserva, evaluación de la admisibilidad, necesidad de comunicar a las partes el resultado de las actuaciones, y previsiones que refuerzan la obligación de colaborar de las Administraciones, como la formulación de requerimientos.

Entrada la queja en el Registro General, se remite al departamento técnico competente, donde en primer término se evalúa si concurre alguna causa de inadmisión. Si la queja no resulta admisible, se comunicará al ciudadano, sin que esté previsto recurso alguno frente a dicha decisión. Admitida la queja, la primera actuación es la petición de informe a la Administración, lo que pone el caso en conocimiento del órgano administrativo competente, y da inicio a la investigación formal y materialmente.

La petición se realiza habitualmente por escrito, pero puede hacerse verbalmente o incluso sustituirse por una visita a las dependencias administrativas realizando la oportuna diligencia. Si se utiliza la forma escrita, la práctica aconseja realizar una petición concreta y lo más pormenorizada posible. La concreción permite delimitar los aspectos a informar, y derivar conclusiones tanto de los documentos e informaciones que se aporten como de los que, habiendo sido solicitados, se silencien.

Una vez cursada la petición, se efectuarán sucesivos requerimientos si la Administración no cumple con su obligación; finalizados éstos sin éxito, se acordará el cierre del expediente con declaración de hostilidad. El número de requerimientos no está establecido por Ley, pero en la práctica oscila entre dos y cuatro. Cabe flexibilizar tanto el número como sus plazos, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

Es conveniente dirigir todas las comunicaciones al titular del órgano superior de cada Administración, quien a través de su Gabinete dará curso de la queja a la dependencia administrativa competente en el marco de su organización. Esta operativa permite que la máxima autoridad

tenga conocimiento de la queja desde el principio, pueda dictar instrucciones a los órganos inferiores, y en su caso exigir responsabilidades. Dirigirse al nivel orgánico superior de carácter político es además idóneo, teniendo en cuenta que es la autoridad política la que cargará con el reproche que pudiera derivarse de la falta de colaboración ante la asamblea legislativa correspondiente.

Cuando se recibe el informe administrativo, se debe dar traslado del mismo al ciudadano para que pueda ejercer su derecho a presentar alegaciones. Este trámite tiene una evidente similitud con la audiencia en el procedimiento administrativo. Al igual que en ese caso, es para el interesado una posibilidad procedimental cuya desatención no tiene efecto preclusivo alguno; de no realizarse alegaciones, el expediente será resuelto con el material que obre en el expediente.

Una de las cuestiones más discutidas pasa por determinar si deben ser llamados al procedimiento los terceros que puedan ver afectados sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la actuación del defensor. Es decir, ciudadanos a los que la actividad administrativa objeto de la queja les hubiera beneficiado. Ni la legislación ni los códigos de buenas prácticas contemplan este extremo, y en la práctica no suele realizarse. Existen varias razones para ello.

Para empezar, no existe obligación legal, ya que las leyes que regulan a las defensorías no lo contemplan. Además, a los procedimientos de queja no les resulta aplicable la legislación administrativa. Resultaría por otra parte difícil llamarles al procedimiento de manera sistemática, dado que las defensorías no tienen acceso directo a los registros administrativos, y los terceros no siempre están claramente identificados en la documentación remitida por la Administración. Existe otra razón, de índole material, toda vez que dichos ciudadanos pueden defender sus posiciones con total garantía en el procedimiento administrativo que se sustancie tras la intervención del defensor. No se les causa por tanto ningún tipo de indefensión. Todo ello no impide que se les pueda comunicar la existencia del expediente y se les escuche, si se considera necesario para alcanzar una solución justa.

5. *Finalización: estudio de las modalidades de pronunciamiento*

La resolución se adopta cuando la investigación acredita algún tipo de irregularidad en la actuación administrativa, o simplemente cuando se considera que existen alternativas que responden mejor a la problemática planteada por el ciudadano. En otro caso, la resolución deja

paso a un simple acuerdo de cierre y archivo, que también tiene cabida cuando la Administración soluciona la cuestión o asume un compromiso para ello durante el procedimiento.

En los expedientes que finalizan mediante resolución, existen tres opciones de terminación del procedimiento dependiendo de la respuesta de la Administración: a) acordar el cierre del expediente por aceptación íntegra o parcial de la resolución adoptada, y por tanto obteniendo el compromiso de solucionar el conflicto; b) acordar el cierre por no haber sido aceptados total o parcialmente los pronunciamientos del Defensor de manera motivada, en cuyo caso se comunicará dicha circunstancia al órgano parlamentario sin declaración de hostilidad; c) acordar el cierre con declaración de hostilidad por haber recibido una respuesta carente de todo fundamento, evidenciando falta de colaboración.

Cuando el expediente finaliza sin resolución, con un acuerdo de cierre y archivo, las opciones serían las siguientes: a) cierre conforme al no haberse apreciado ninguna irregularidad en la actuación administrativa; b) cierre por solución del problema; c) cierre con seguimiento al haberse comprometido la Administración a solucionar la cuestión; d) cierre con declaración de hostilidad ante el órgano parlamentario al no haberse remitido informe alguno en contestación a la petición de informe inicial y sucesivos requerimientos.

Llegados a este punto, conviene profundizar en las distintas modalidades de pronunciamiento que puede contener la resolución, teniendo en cuenta que muchas veces se utilizan de manera inespecífica. Los pronunciamientos adoptan la forma de advertencia, recomendación, sugerencia o recordatorio de deberes legales, y no pueden ser recurridos. En la práctica, su uso depende más de la intensidad o gravedad de la irregularidad detectada que de cualquier definición apriorística. La sugerencia suele utilizarse para las cuestiones de menor calado, y se recurre a la recomendación o al recordatorio de deberes legales ante incumplimientos de mayor trascendencia. La advertencia queda circunscrita a los requerimientos de información y como paso previo a la declaración de hostilidad.

Alguna normativa ha intentado especificar el alcance de cada modalidad. El Reglamento de Organización y Funcionamiento del Justicia de Aragón reserva el recordatorio de deberes legales para los incumplimientos de preceptos legales, y la advertencia para cuando sea necesario alertar sobre un comportamiento que, de persistir, podría generar el reproche del Defensor. La sugerencia se utilizará para resaltar la conveniencia de iniciar o corregir actuaciones administrativas, y la recomendación pondrá de manifiesto defectos o irregularidades administrativas

que precisan ser corregidas⁷². Si observamos con detenimiento cada uno de los supuestos, se puede concluir en que la delimitación es ambigua.

La doctrina tampoco ha sabido distinguir con claridad entre estas modalidades, aunque existen aproximaciones interesantes. Hay quien mantiene que existe un único tipo de resolución bajo la forma de recomendación⁷³; algunos plantean que las resoluciones deberían clasificarse en simples, referidas a casos concretos, y de carácter general⁷⁴. No falta quien prefiere clasificarlas atendiendo al tipo de actividad supervisada⁷⁵; Otros agrupan los pronunciamientos entre aquellos que comportan un juicio jurídico (recordatorios y recomendaciones), y los que contienen un juicio de oportunidad (sugerencias y advertencias)⁷⁶. Ninguna de estas propuestas agota toda la casuística.

En mi opinión, es más útil atender al tipo de actividad administrativa supervisada y su relación con el principio de legalidad⁷⁷. El recordatorio de deberes legales se reconduciría a los actos administrativos dictados en infracción de normas jurídicas y, en particular, de los elementos reglados que aquéllas contengan. Es una fórmula adecuada también para superar las situaciones de inactividad material, las vías de hecho, así como los reglamentos afectados por vicios de nulidad. Se recordará a la Administración su obligación de anular el acto o disposición, llevar a efecto la actividad debida, o cesar en la actuación de hecho.

La recomendación se concilia mejor con las potestades discrecionales. Si se recuerda a alguien su deber legal es porque no hay alternativa legítima, mientras que la recomendación presupone que es posible justificar una decisión distinta, también legítima, mediante unas razones adecuadas. La sugerencia, aun cuando podría abarcar también este tipo de potestades, tiene mejor encaje cuando se barajan cuestiones de oportu-

⁷² Reglamento de Organización y Funcionamiento del Justicia de Aragón de 5 de julio de 1990. BOA 85, de 20 de julio de 1990. Sobre el particular, María Carmen LUMBIERRES SUBÍAS (2006: 227-228).

⁷³ ALBERTO PÉREZ CALVO (1996), «Comentario al artículo 54 de la Constitución», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, págs. 566 y ss.

⁷⁴ Luciano PAREJO ALFONSO (1992: 126 y ss).

⁷⁵ Alberto ANGUITA SUSI (2006), *El Defensor del Pueblo andaluz y la tutela de los derechos fundamentales*, Tirant-Defensor del Pueblo Andaluz, Valencia, págs. 214-215.

⁷⁶ Pedro CARBALLO ARMAS (2003: 227).

⁷⁷ La Advertencia es para José Luis LÓPEZ GONZÁLEZ (2002), *Comentarios a la Ley orgánica del Defensor del Pueblo*, cit, pág. 769, un «juicio de oportunidad en relación con la existencia de situaciones o circunstancias que requieren la adopción de medidas tendentes a mejora». La recomendación estará relacionada con «la aplicación, la anulación o el dictado de normas», aunque también podrán utilizarse para efectuar «juicios de carácter jurídico en relación al funcionamiento de la actividad administrativa». Los recordatorios de deberes legales se relacionan con el control de la legalidad. Las sugerencias se refieren a la adopción o reconsideración de actos, y a la modificación de criterios de aplicación de normas, de nuevo «juicios de oportunidad».

tunidad, o cuando se pretende inducir a la Administración a modificar alguna norma reglamentaria legítima. De hecho, es un instrumento que permite al defensor superar los límites de la facultad revisora de la jurisdicción.

La advertencia, finalmente, se mueve mejor en el terreno procedimental, organizativo o disciplinario; tiene un componente de amonestación, por lo que es una fórmula poco utilizada, que suele aparecer únicamente en los apercibimientos que contienen los últimos requerimientos de informe a la Administración. En éstos se advierte a las autoridades y funcionarios de las consecuencias legales de su falta de colaboración, e incluso de la posible declaración de hostilidad.

El carácter no vinculante de todos estos pronunciamientos, más que una limitación, resulta una oportunidad para influir en las potestades discrecionales, ámbitos de oportunidad y en la creación normativa. Conviene precisar que el defensor no es más que un mecanismo peculiar de solución extrajudicial de controversias, basado en el prestigio institucional y cimentado en la objetividad e imparcialidad de sus decisiones. Sus actuaciones no tienen carácter sancionador o represivo porque residen en su eficacia en la fuerza moral y en la capacidad para generar adhesión. Se trata de convencer, de recabar la cooperación de la Administración para alcanzar objetivos por la vía de la persuasión.

La solución coactiva de conflictos tiene cauces propios en el ordenamiento, de manera que lo que aquí se aporta obedece a otra lógica. CANE, analizando la figura inglesa del *Parliamentary Commissioner for Administration*, afirma que la coactividad de las decisiones sería incompatible al menos con tres elementos cruciales: el carácter informal del procedimiento, que limita las posibilidades de intervención y defensa tanto de la Administración como de terceros, su privacidad y confidencialidad, y la imposibilidad de recurrir las resoluciones⁷⁸.

No tendría sentido reproducir el modelo jurisdiccional creando una instancia en la que se pudieran alcanzar similares resultados con menores garantías; es cierto que el Defensor, al igual que los jueces, es inamovible e imparcial, pero el procedimiento que se sigue para tramitar las quejas dista mucho del núcleo de garantías que adornan al proceso. Tampoco resultaría operativo reproducir el procedimiento administrativo para alcanzar un acto vinculante, entre otras cosas porque se importarían sus problemas (lentitud, exceso de formalismo, etc.), y no sus beneficios, ya que el defensor no tiene competencia objetiva ni medios materiales para solucionar las cuestiones planteadas.

⁷⁸ Peter CANE (2004: 319 y 320).

Lo que puede verse como una limitación es en consecuencia uno de los principales puntos fuertes de la Institución, proporcionando mayor flexibilidad. Como el resultado del procedimiento no vincula a las partes, no es necesaria una sujeción estricta a las pretensiones planteadas, ni el análisis tiene por qué reducirse a la actividad administrativa supestatamente lesiva, como si concurriera un cierto carácter revisor. Por el contrario, las resoluciones pueden enriquecerse con recomendaciones o sugerencias de carácter general destinadas a mejorar los procedimientos y pautas administrativas. Se trata, en definitiva, de influir, de manifestar un sentido de justicia y de oportunidad que la Administración puede adoptar o razonadamente rechazar.

No hay en todo ello tensión institucional alguna, puesto que la Administración es la única responsable para decidir, con lo que el núcleo esencial de la potestad queda preservado. El pronunciamiento del Ombudsman nunca contendrá ningún tipo de reproche político (hostilidad) si la Administración justifica la no aceptación del contenido de la resolución adoptada.

6. *El componente sancionador*

La «sanción» en sentido impropio o, si se prefiere, amonestación o reproche que puede utilizar el Defensor es la llamada «declaración de hostilidad», de la que dará cuenta al órgano parlamentario en su informe anual. Este pronunciamiento sólo tendrá lugar cuando se evidencie una actitud entorpecedora de la investigación⁷⁹. Es necesario remarcar que la declaración no es necesariamente el resultado de la no aceptación de la resolución. Si la Administración mantiene su postura por considerar que el pronunciamiento del Defensor es erróneo, y justifica su decisión en motivos discrecionales o de oportunidad legítimos, no habrá reproche alguno.

Conviene, por otra parte, no hacer uso de esta declaración en exceso, y utilizar todas las posibilidades para evitarla. Ello por varias razones. Por un lado, su abuso termina por reducir su valor coercitivo. Si son muchas las Administraciones destacadas en la memoria anual, el efecto individualizado de la medida es menor. Además, si una Administración resulta hostil en un expediente, figurará desde ese momento en la memoria anual

⁷⁹ En los artículos 24 y 33 de la Ley orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se observa que no son criterios tasados los que pueden conducir a la hostilidad, entrando en juego conceptos jurídicos indeterminados de amplio significado como el propio término hostil o entorpecedora.

entre las Administraciones no colaboradoras, por lo que nuevas faltas de colaboración en sucesivos expedientes no tendrán prácticamente ningún coste.

La declaración genera además una dinámica de enfrentamiento con la Administración que puede resentir la solución pacífica de otros expedientes. El Defensor debe insistir en la búsqueda de una solución consensuada de las quejas, de forma que la Administración perciba su intervención como un apoyo, e incluso como una oportunidad para resolver cuestiones enquistadas. Sólo cuando la falta de colaboración sea flagrante, deliberada y sin razón alguna, no quedará otra salida. No son pocos los expedientes en que una simple llamada telefónica al funcionario permite solucionar el problema y evitar esta situación. Pero por encima de todo, lo cierto es que la declaración no termina solucionando el problema del ciudadano, que es a lo que se debe aspirar.

Dado que el objetivo natural de estas instituciones es obtener la colaboración voluntaria de las Administraciones públicas, los informes anuales no deberían limitarse a destacar a las Administraciones no colaboradoras, sino incluir una lista de aquellas que hayan adoptado una actitud más positiva de colaboración. Este proceder facilitaría que las Administraciones no consideren al defensor como una instancia de conflicto, sino como una oportunidad que pueden rentabilizar en términos de imagen.

Aun siendo la declaración de hostilidad el principal mecanismo reactivo, existen otros de carácter todavía más excepcional. Destaca la posibilidad de acudir al Ministerio Fiscal con motivo del conocimiento de hechos delictivos, o como consecuencia de reiteradas negativas a colaborar por parte de funcionarios, a lo que debe añadirse la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad⁸⁰. También es importante la capacidad del Defensor del Pueblo para interponer recursos de amparo o inconstitucionalidad (arts. 32.1 y 46.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

V. CONCLUSIONES

Se ha planteado en este trabajo la necesidad de reflexionar sobre la utilidad de las defensorías del pueblo, en el actual contexto de reducción de estructuras públicas que se ha impuesto tras la crisis económica y

⁸⁰ Esta posibilidad aparece también en las legislaciones autonómicas. A modo de ejemplo, el artículo 26 de la Ley 11/1988 de 26 de diciembre, del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana.

financiera de 2009. A lo largo del mismo se han puesto de relieve una serie de fortalezas y debilidades que son comunes a la mayor parte de estas Instituciones.

Entre las fortalezas destaco el hecho de que estos organismos proporcionan al ciudadano un cauce gratuito de reclamación frente a la actividad administrativa, ante una instancia pública, imparcial e independiente. Constituyen un mecanismo de resolución alternativa de conflictos, y una fórmula interesante para superar las limitaciones formales que imponen los procedimientos administrativo y judicial. También cabe destacar la rapidez en la resolución de los asuntos, derivada del carácter informal de los procedimientos, y la capacidad del Defensor de influir en las políticas administrativas de manera activa, tanto en el terreno puramente funcional como normativo.

Otras fortalezas se corresponden con los elementos que caracterizan a los defensores proactivos, entre los que se encuentran las defensorías españolas. La continua recepción de quejas convierte al defensor en un observador privilegiado de las situaciones materialmente injustas que se dan en la sociedad. Esa posición le capacita para iniciar investigaciones de oficio sobre temas que preocupan a los ciudadanos, así como elaborar informes especiales a los Parlamentos sobre problemáticas sociales. En ambos casos, la iniciativa del defensor permite evidenciar las patologías administrativas y las insuficiencias normativas, recomendando soluciones generales.

No existe ninguna otra figura comparable, dotada de suficiente *autoritas*, con pleno acceso a los datos administrativos, así como con un pleno conocimiento de las deficiencias administrativas y las situaciones más desfavorecidas. Sus capacidades, por ello, no deben ser desaprovechadas dirigiendo sus esfuerzos a ámbitos adecuadamente tutelados por otros organismos. Los defensores, por otra parte, rinden cuentas de su gestión anualmente ante los parlamentos que les han elegido, y los diputados deberían tomar buena nota del contenido de sus informes, para adoptar todas las medidas parlamentarias que sean necesarias para la mejora de los derechos de los ciudadanos.

Su condición de instancia no coactiva les permite, además, mediante la sugerencia o la recomendación, superar las limitaciones propias de la jurisdicción revisora. Aunque algunos vean en el carácter no vinculante de sus resoluciones una debilidad, a mi juicio se trata de una fortaleza, puesto que les permite eludir los límites que son consustanciales a las instancias verdaderamente decisorias. El Defensor aporta elementos al debate, a la reflexión, y ejerce de magistratura de persuasión, siempre en los límites de la legalidad.

Este tipo de defensor no se limita a recibir las quejas y analizar su ajuste a la legalidad, como si de un órgano administrativo o judicial se tratara. No está sujeto a las limitaciones del principio de congruencia, pudiendo ir más allá de lo que las partes le piden si existe un interés público o privado a proteger. Puede así mismo controlar la actividad reglamentaria, sin quedarse en un mero análisis de legalidad, incluso proponiendo modificaciones en la norma para abordar mejor los problemas del ciudadano.

Igualmente interesante resulta su capacidad para intervenir incluso frente a actos de trámite no cualificados, anticipándose así al fin del procedimiento administrativo, y por tanto a la generación del conflicto; o todavía más, su aptitud para supervisar actos que han devenido firmes, pudiendo sugerir la activación de los procedimientos de revocación de actos desfavorables, o incluso de la revisión de oficio de aquellos actos en los que un tercero pueda haberse visto beneficiado.

Pese a estas fortalezas, no son pocas las debilidades. Una de ellas es la polémica generada en los últimos años en torno a la coordinación de las funciones del Defensor del Pueblo y sus homólogos autonómicos. Tensión que tuvo su mayor exponente en la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que el Tribunal Constitucional hubo de declarar inconstitucional al pretender desapoderar al Defensor del Pueblo de sus atribuciones sobre las Administraciones autonómica y local de Cataluña. La norma resultaba contraria a la configuración constitucional del Defensor, donde ningún límite o cortapisa se pone a su intervención; además, cercenaba el legítimo derecho del ciudadano de optar por residenciar sus reclamaciones ante una u otra Institución.

Durante la crisis económica, se ha planteado la conveniencia de suprimir los defensores regionales para ahorrar gasto público. El Defensor del Pueblo nacional sería el encargado de tramitar todas las quejas de los ciudadanos, evitándose la duplicidad que supone la existencia de los defensores regionales. Creo que el funcionamiento de los defensores regionales y del Defensor del Pueblo estatal no supone tal duplicidad, ya que ambas instituciones funcionan coordinadamente y no es habitual que se produzcan solapamientos ni actuaciones redundantes o reiteradas sobre un mismo asunto o queja. El Defensor del Pueblo fiscaliza a la Administración estatal, autonómica y local, mientras que el defensor regional únicamente a estas dos últimas Administraciones, coordinándose entre sí de tal manera que si actúa una no actúa la otra.

La supresión de los defensores regionales no supondría además, salvo que se cuantifique lo contrario, un ahorro significativo en el gasto público, puesto que la necesidad de atender las quejas que ahora resuelven

los defensores regionales provocaría que el Defensor del Pueblo estatal tuviera que incrementar sus medios personales y materiales. Además, con la eliminación de los defensores regionales por el argumento de la duplicidad, también se pondría en cuestión el modelo autonómico diseñado por la Constitución Española, que también contempló la existencia de parlamentos autonómicos respecto de los que se podría predicar igualmente su duplicidad con respecto al Parlamento nacional.

Convendría, no obstante, fortalecer el estatus jurídico de estas instituciones, elevando a rango estatutario cuestiones tan importantes como la autonomía financiera, la independencia, inamovilidad e inviolabilidad del Defensor, así como la mayoría parlamentaria cualificada para su designación. Estas determinaciones, que en la mayoría de los casos sólo tienen rango legal en las CC. AA., son muy importantes para garantizar un funcionamiento realmente imparcial, objetivo y eficaz.

En definitiva, el balance entre las fortalezas y debilidades expuestas a mi juicio se inclina claramente hacia las primeras, siendo las defensorías un instrumento útil para los ciudadanos. Ahora bien, desde mi punto de vista, la institución todavía tiene un largo recorrido para instalarse de manera sólida en nuestra cultura jurídica, para lo que sería necesario, sobre todo, que la Administración pública comience a considerarla como una instancia de apoyo, y como una oportunidad para la mejora de sus pautas de actuación.