

UN EXTRAÑO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

A STRANGER IN OUR CONSTITUTION

LORENZO HERNÁNDEZ MÁRQUEZ
Profesor Tutor Derecho Constitucional
UNED Talavera de la Reina

Resumen: Con motivo del cincuenta aniversario de la creación de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y dentro del marco de la inauguración del Curso Académico en el Centro Universitario de Talavera de la Reina, por parte de la dirección del Centro, se me propuso impartir la lección inaugural del curso académico 2022-2023. Tarea ésta que agradecí enormemente a mi compañero y director del Centro Asociado, Dr. D. Enrique Martínez de la Casa. El trabajo que ocupa esta conferencia se centra en la investigación realizada en mi tesis doctoral acerca del Defensor del Pueblo y, más concretamente, en las formidables competencias que dicha magistratura ostenta, a raíz de la legitimación que el artículo 162. 1. a) de nuestra Constitución otorga al Defensor para interponer el Recurso de Inconstitucionalidad. Facultad ésta única, que le distingue sobremanera de sus homólogos del resto del mundo y, sobre todo, de los *Ombudsman* escandinavos, cuyos modelos se tuvieron en cuenta a la hora de importar la figura. Ahora bien, tal arma deslocaliza la insigne magistratura que, de defensor de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la Administración, según reza el artículo 54 del texto constitucional, ha pasado a ser, además, vigilante de las Cortes y del Gobierno en su producción legislativa, convirtiéndose en guardián de la suprema norma.

Palabras clave: Ombudsman; Recurso de Inconstitucionalidad; Defensor del Pueblo; Extraño constitucional.

Abstract: On the occasion of the fiftieth anniversary of the creation of the National University of Distance Education, and within the framework of the inauguration of the Academic Year at the University Center of Talavera de la Reina, by the direction of the Center, I was proposed to teach the inaugural lecture of the academic year 2022-2023. This task I greatly thanked my colleague and director of the Associated Center DR. D. Enrique Martínez de la Casa. The work of this conference focuses on the research carried out in my doctoral thesis on the Ombudsman and, more specifically, on the formidable powers that this judiciary holds, as a result of the legitimacy that Article 162 holds. 1. a) of our Constitution grants the Ombudsman to file the Appeal of Unconstitutionality. This unique faculty, which greatly distinguishes it from its counterparts in the rest of the world and, above all, from the Scandinavian Ombudsmen, whose models were taken into account when importing... However, such a weapon relocates the distinguished magistracy that, from defender of the fundamental rights of citizens against the Administration, according to article 54 of the constitutional text, has also become vigilant of the Courts and the Government in its legislative production, becoming guardian of the supreme norm.

Keywords: Ombudsman; Appeal of Unconstitutionality; Defensor del Pueblo; Constitutional Stranger

Excelentísimas autoridades, dirección del centro, queridos compañeros tutores, personal de administración y servicios, nuevos graduados, estimados oyentes:

En el 50 aniversario del nacimiento de la UNED y con motivo de la inauguración del Curso Académico 2022-2023 en el Centro Asociado de la UNED de Talavera de la Reina, por encargo de la dirección, me honra dictar esta lección magistral titulada “UN EXTRAÑO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN: EL DEFENSOR DEL PUEBLO”.

Hoy me propongo hablar de una institución clave y original en el devenir de nuestra historia constitucional. Clave, por disponer entre sus competencias *ex constitucione* de mecanismos jamás dispuestos por figuras similares en el mundo occidental democrático, que la convierten en algo más que en una magistratura de persuasión. Y original, porque por primera vez, la institución de la que hablo aparece regulada en una Constitución española, sin que con anterioridad, a lo largo de nuestra historia constitucional y legal tuviera cabida en los textos jurídicos de nuestra patria. Naturalmente, me estoy refiriendo al Defensor del Pueblo.

En 1978, nuestros padres constituyentes, creyeron conveniente la utilización de una figura jurídica que estuviera más cercana al ciudadano en su defensa frente a la todo poderosa administración, ya que los Tribunales de Justicia, aunque eficientes, se mostraban lentos y costosos el acudir a ellos. Se tomó, por tanto, la decisión de establecer en el art. 54 de la Constitución la figura que se denominaría Defensor del Pueblo, y cuyo nombre le fue dado por el entonces diputado y constituyente Manuel Fraga Iribarne.

La magistratura importada de Suecia, que en aquellos lares se denomina *Ombudsman* y cuyo significado es “persona que actúa como vocero o representante de otra” data del siglo XVIII, y nuestro Defensor del Pueblo debía tener unas funciones idénticas o muy semejantes a aquella, consistentes en recabar cuantas quejas se presentaran ante esta instancia por los ciudadanos en su interacción con la administración. Quejas que mediante una simple llamada de atención a esta nueva figura y sin costo alguno, pudieran ser resueltas sin trámites engorrosos ni tribunales de por medio. No se trataba de un nuevo tribunal sentenciador, puesto que la nueva magistratura no era resolutoria, pero su *auctoritas* al estilo de los *Ombudsman* suecos y nórdicos, conduciría a lograr mediante su intervención una actuación administrativa más justa para con el ciudadano, resolviendo así las quejas presentadas.

Así se creó el artículo 54 de nuestra Constitución que establece lo siguiente:

“Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.”

Así pues, nuestro constitucionalismo histórico alumbra por primera vez esta extraña figura nunca vista en nuestro acervo jurídico, pues los antecedentes más parecidos a la misma: el Defensor Civitatis, el Justicia Mayor de Aragón, el Sahib Al Mazalim árabe y el Defensor de los indios en la América hispana se parecen, sin lograr identificarse plenamente.

Desarrollada su Ley Orgánica, 3/5 partes de ambas Cámaras lo eligen por un periodo de 5 años, con unas prerrogativas tales como la de no estar sujeto a mandato imperativo alguno, independiente, autónomo, inviolable e inmune, que hacen de esta magistratura un formidable ariete en su lucha contra la mala administración estatal, excluida la de justicia, esta última por un mal entendido principio de separación de poderes que hace que el poder legislativo, junto con sus agentes, no se puedan entrometer en otro poder estatal (diferenciándose claramente del *Ombudsman* sueco en este sentido apuntado).

En esta lucha podrá dirigirse a cualesquiera órganos administrativos incluidos los ministros, bien de oficio o por voluntad del quejoso, utilizando como arma su *auctoritas* y empleando los medios que su Ley Orgánica le proporciona como son las recomendaciones, las sugerencias, los recordatorios de deberes legales y las advertencias.

El informe anual de su actividad a las Cortes culmina tan enojoso, pero al mismo tiempo importante quehacer y, se puede decir que, hasta ahora y en este sentido, ha mostrado alcanzar cierta integración en el conjunto de la ciudadanía, con más de 800.000 quejas tramitadas en estos 40 años de su existencia (en torno a 20.000 anuales) y con un 80 % de aciertos en sus actuaciones. Eso sí, sin haber presentado un solo informe especial en el que recoja los nombres de los funcionarios y autoridades que protagonizaron actitudes hostiles y entorpecedoras de la labor de investigación del Defensor, ni ejercitado la acción de responsabilidad contra el funcionario rebelde, ubicada ésta en el art 26 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD).

Hasta aquí, lo descrito con anterioridad se puede considerar como un patrón de encuentro y semejanza con la figura del *Ombudsman* nórdico que, salvando determinados aspectos, podríamos concebir a nuestro Defensor en plena sintonía con aquellos. Pero hete aquí que sin saber cómo ni por qué nuestros padres constituyentes decidieron establecer un artículo más, el 162 constitucional, que otorga al Defensor unas competencias jamás vistas entre sus homólogos de todo el mundo. Competencias que, por otra parte, le dan al Defensor un poder inigualable y mayor que el que pudiera tener cualquier órgano estatal; incluidas las Cortes Generales. No bastaban las establecidas en el artículo 54 referidas a la defensa de los derechos incluidos en el Título I, entre ellos los fundamentales; sino que ahora se le asigna, nada menos, que la defensa de toda la Constitución.

Al escuchar estas palabras, la audiencia podría considerarlas huera y desproporcionadas. Sin lugar a dudas, producto de la pasión con que el conferenciante nos transmite sus observaciones. Pero la realidad es otra.

Veamos pues:

El art 162 de nuestra Constitución nos dice:

- “Están legitimados,
- a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.
 - b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.”

Centrándonos ahora solamente en el recurso de inconstitucionalidad, tal competencia supone un haz de facultades de tal magnitud que, utilizado sin reservas, podría ocasionar nada menos que la inestabilidad en la gobernación de la nación. De “arma que convierte al Defensor del Pueblo en una poderosa institución si hace uso de tal facultad,” nos diría Óscar Alzaga y Álvaro Gil Robles apostilla que “Reconocer una legitimación al Defensor será reconocerle un poder aparentemente desmesurado.”

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, en su artículo 27 establece:

- “2. Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad
- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas
 - b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley....
 - c) Los Tratados internacionales
 - d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales
 - e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas
 - f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.”

De todo ello sacamos en consecuencia lo siguiente:

1.º) Es el único órgano unipersonal que puede decidir el solo, es decir, la persona de carne y hueso que encarna a la institución, si interpone un recurso de inconstitucionalidad sobre cualquier norma con rango de Ley, al igual que el Presidente del Gobierno; estando la diferencia en que en el caso de este último entendemos le es dable presentarlo en todas las normas que tengan carácter legal excepto en aquellas que provengan nacidas de su Gobierno (Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Proyectos de Ley...) o de sus grupos parlamentarios del Congreso y Senado (Proposiciones de Ley), por pura congruencia. Mientras que en el caso del Defensor del Pueblo no existen supuestos que le detengan a ello. Los grupos de diputados y senadores que pueden interponerlo deben acatar las directrices de sus partidos y en el caso de las CC.AA. sólo lo pueden interponer en el supuesto de que la norma legal vulnere cualquiera de los ámbitos competenciales que la comunidad autónoma ostenta.

2.º) Por arte de un malabarismo desconocido, el Defensor del Pueblo ha pasado de ser un Comisionado de las Cortes a comitente o vigilante de las mismas, mediante el poder que se le otorga de control legislativo de aquellas. Esta anómala competencia establecida en nuestra Constitución por el artículo 162.1.a) desvirtúa a todas luces la institución creada “ex constitucione” en el artículo 54. Llega a ser tal la transmutación de la figura que a la postre no sabemos con certeza si verdaderamente es el Defensor del Pueblo comisionado de las Cortes Generales, como se dice en el artículo 54 de la Constitución, o son las Cortes de aquel, pues no se entiende que un comisionado pueda enmendar la plana al propio comitente (Las Cortes) al poder presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional por contrario a la Constitución de la legislación salida de estas.

3.º) No podría ser de otra forma que dadas las prerrogativas del Defensor del Pueblo, su figura ha de estar totalmente atada políticamente. Por tanto, su nombramiento se lleva a cabo no por sus cualidades de independencia, ecuanimidad y neutralidad, sino por todo lo contrario. Aspecto este que desvía el funcionamiento natural de dicha institución y nos aleja años luz de los *Ombudsman* nórdicos y de otras latitudes de los que importamos esta figura. En efecto, en este sentido veamos lo que nos dice J. F. Northey sobre el Comisionado parlamentario de Nueva Zelanda:

“La elección de una persona dependerá más de sus cualidades personales que de sus afiliaciones políticas. Y, a su vez, pocas personas con la competencia requerida aceptarían una designación que dependiera de condiciones relacionadas con la simpatía política del gobierno de turno”.

4.º) Su imagen siempre estará en entredicho políticamente con motivo de las interposiciones de inconstitucionalidad que de oficio presente o de las peticiones que le lleguen a su Oficina, tanto individuales como de innumerables colectivos, grupos de presión, instituciones estatales, asociaciones, partidos políticos... a la hora de solicitar su apoyo a favor o en contra de la presentación de un recurso de inconstitucionalidad. Si lo presenta se enajenará la animadversión de una parte de la población y lo contrario si no lo presenta. Hasta la fecha ha presentado 31 recursos de inconstitucionalidad en estos 40 años; es decir un escasísimo 0,77 % anual, de los cuales 7 han sido estimados, 7 estimados en parte, 7 desestimados, 2 desistidos, 5 extinguidos por pérdida sobrevenida del objeto del recurso y 3 pendientes de sentencia; plegándose los sucesivos Defensores a la consigna impuesta a la institución que, no es otra, que mantener la moderación en la interposición de los recursos de inconstitucionalidad, evitando por todos los medios interferir en el juego político, sobre todo si el que juega es el Gobierno que le designó a través de su grupo parlamentario. Traigo a colación los poco edificantes sucesos que

acontecieron cuando siendo Defensor del Pueblo, Fernando Álvarez de Miranda, en abril de 1998, renunció a presentar el recurso de inconstitucionalidad contra la ley del catalán, pese a su clara inconstitucionalidad ante las presiones de la casi totalidad del arco político, del Gobierno Aznar y del presidente de la Generalitat, Jordi Pujol.

5.º) Esta dependencia política que el Defensor arrastra al utilizar el recurso o no, enturbia sobremanera su mayor acercamiento a los ciudadanos; sabedores, además, de que su nombramiento obedece sin duda alguna a su ligazón con el partido que lo elevó al cargo.

Hemos importado una figura que allá de donde viene, sí está en perfecta comunión con los ciudadanos a los que representa y defiende. Los ciudadanos del norte de Europa se identifican con una institución que es ancestral en aquellas latitudes; forma parte de su identidad, de su forma de entender y concebir su relación con la Administración que les gobierna y dirige. Para la inmensa mayoría de estos ciudadanos, la persona que está al frente de la institución, el *Ombudsman* de carne y hueso, casi forma parte de su entorno familiar, se le conoce, se le admira, se le respeta. En su persona cobran vida y sentido los valores que transmite, su independencia, su personalidad, su sentido del deber....Es por eso por lo que, un *Ombudsman* que ha cumplido su mandato sin tacha alguna, le es renovado el mismo por tiempo indefinido porque las cámaras que los eligen se guían por pautas distintas a las meramente políticas.

Por el contrario, en nuestro país se desconoce por completo el perfil, carácter y personalidad de quien detenta tal condición a nivel nacional en un momento dado, ya sea por el escaso tiempo de ejercicio en el cargo (5 años en todos los casos excepto el mandato de Enrique Múgica que llegó a 10 años), ya sea por la escasa publicidad que se da del mismo, ya porque 47 millones de habitantes que España tiene, imposibilita la aproximación requerida que en otras latitudes existe. Y hay que decir sin rodeos que las competencias desmesuradas que la Constitución Española ha dado al Defensor (recurso de inconstitucionalidad) han desviado, sin duda, el núcleo natural de relación con el ciudadano centrado en las quejas.

En definitiva, podemos decir que el recurso de inconstitucionalidad es un arma poderosa de doble filo; por una parte le otorga un poder inigualable y, por otra, desnaturaliza a la institución alejándola de sus homólogos extranjeros, pervirtiendo el funcionamiento de la misma al apartarla en cierta medida del que debería ser su principal cometido: la defensa del ciudadano frente a la Administración.

Sobre el Defensor del Pueblo habría mucho más que contar, pero en esta intervención me ha parecido conveniente hacer hincapié en algunas de sus más destacadas peculiaridades, así como las muy acusadas servidumbres a las que ha tenido que enfrentarse y se sigue enfrentando.

Al final nos encontramos con un extraño por doble partida: extraño en nuestro constitucionalismo y extraño entre sus homólogos del resto del mundo que ven a nuestro Defensor como un remedo del oriundo *Ombudsman* escandinavo.