

NUEVOS ESTÁNDARES Y EXPECTATIVAS DEL OMBUDSMAN: EN ESPECIAL, SU APORTACIÓN AL CUMPLIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

Guillermo Escobar Roca*

SUMARIO: I. El modelo iberoamericano de Ombudsman: de los estándares a las expectativas. II. El Estado de Derecho. 1. El positivismo legalista. 2. Las barreras de acceso a la Justicia. 3. La escasa responsabilidad.

RESUMEN: El Ombudsman tiene unos estándares de calidad hoy recogidos sobre todo en los principios de Venecia del Consejo de Europa, más altos que los derivados de la regulación y prácticas españolas. Sus expectativas se concretan en el mejor cumplimiento de los principios constitucionales, que el pueblo español aprobó mediante referéndum en 1978. El trabajo se centra en proponer un modelo de Ombudsman que sirva a la consolidación del Estado de Derecho, y ello en tres ámbitos principales: la corrección del positivismo legalista, el acceso a la Justicia y la responsabilidad de los poderes públicos.

PALABRAS CLAVE: Ombudsman, derechos fundamentales, Estado de Derecho, acceso a la justicia, responsabilidad de los poderes públicos.

I. EL MODELO IBEROAMERICANO DE OMBUDSMAN: DE LOS ESTÁNDARES A LAS EXPECTATIVAS

Como es sabido, el origen del Ombudsman (aunque podrían citarse otros antecedentes más remotos) se sitúa en la Constitución sueca de 1809, en una época liberal (centrada por tanto en los derechos defensivos frente al Estado) y marcada por la desconfianza en el poder de la Administración (no democrática entonces), configurándose como un comisionado parlamentario para la protección de los ciudadanos, no tanto de los derechos fundamentales, entonces inexistentes, al menos tal y como los concebimos hoy. Mucho ha llovido desde entonces, pero la esencia de la institución se mantiene hoy. Aunque hay obviamente un amplio (y a veces tortuoso) desarrollo posterior, puede afirmarse que la figura entra en una cierta hibernación, hasta que en 1976 se pone en marcha, con la Constitución portuguesa (*Provedor de Justiça*, art. 23), un nuevo modelo de Ombudsman, más centrado en la defensa de los derechos humanos y fundamentales que en la buena administración, la cual había ocupado el parámetro central de control del Ombudsman predominante hasta entonces en Europa.

* Catedrático de Derecho Constitucional y Director del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (PRADPI) de la Universidad de Alcalá. E-mail: guillermo.escobar@uah.es. Teléfono: (+34) 918854347.

La denominación “Defensor del Pueblo” (en adelante, DP, que aquí entenderé como sinónimo de Ombudsman) fue propuesta en el debate constituyente por Manuel Fraga, uno de los “siete padres” de nuestra Constitución, figurando ya en el primer borrador del proyecto de Constitución elaborado por la ponencia (abril de 1978), sin que tal denominación fuera propiamente discutida en el debate en las Cortes constituyentes. Esta denominación, original de nuestra Constitución, fue después adoptado en varias de las instituciones homólogas latinoamericanas, como las de Paraguay (Constitución de 1992, art. 276), Perú (Constitución de 1993, arts. 161-162, con Fujimori), Argentina (reforma constitucional de 1994, art. 86), Venezuela (Constitución de 1999, arts. 280-283), Panamá (Constitución de 2004, arts. 129-130), Ecuador (Constitución de 2008, arts. 214-216) y Bolivia (Constitución de 2009, arts. 218-224)¹, con algunos estándares más exigentes que el nuestro², pero no tuvo éxito en otras latitudes, salvo muy contadas excepciones³. En todo caso, el modelo de Ombudsman centrado en la garantía de los derechos viene a ser

¹ En Uruguay, la Institución Nacional de Derechos Humanos, creada por ley en 2008 (no figura en la Constitución), cambió en 2011 su nombre, para pasar a añadir al mismo “Defensoría del Pueblo”: un nombre muy largo, sin mucha justificación. En México desde la misma Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que ha perdido desde fecha reciente gran parte de su prestigio, pues ha sido cooptada por el partido de Gobierno, se propugna su transformación en una “auténtica” Defensoría del Pueblo, algo absurdo, pues ya lo es, y el cambio de denominación no aporta nada a la institución, bien diseñada en la misma Constitución: el art. 122 B (introducido en 1992 y reformado en 1999, 2011 y 2016) incorpora algunos estándares novedosos: obligatoriedad de comisiones de derechos humanos en cada entidad federativa (Estados), cuyas resoluciones son recurribles ante la Comisión Nacional (algo extraño en un Estado que se dice federal y que no aceptaríamos en España); consulta pública para la designación del titular del órgano; puede presentar “denuncias y quejas ante las autoridades” (lo que suele entenderse que incluye legitimación procesal); existencia, en cada comisión, de un comité consultivo-participativo; una sola reelección; y, por lo que se refiere a la eficacia de sus recomendaciones, se señala: “Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa”.

² Por limitarnos a estos siete países y a las provisiones constitucionales que añaden estándares a nuestro modelo: el DP tiene iniciativa legislativa en Perú, Venezuela y Bolivia. No cabe su reelección en Venezuela, Bolivia y Ecuador. En Argentina se introduce la legitimación procesal del DP. En Venezuela se requiere “manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos”, y en términos similares se pronuncian las Constituciones de Ecuador y Bolivia (en esta se exige además convocatoria pública). En Venezuela, Panamá y Ecuador se añade expresamente la protección de los derechos humanos (de Derecho internacional). En Ecuador se incluye, entre sus atribuciones, “emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos”. Salvo la última, que no parece corresponder a la naturaleza propia del Ombudsman, considero todas estas novedades positivas y exportables a nuestro país, si bien en algún caso quizás se requeriría una reforma constitucional.

³ La práctica totalidad forman parte de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI), una organización de naturaleza formalmente privada, pero auspiciada por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. La relación puede verse en <https://ganhri.org/membership/>. En Albania y en Moldavia se denomina “abogado del pueblo” (no creo que por influencia española), pero la denominación claramente predominante es comisión, procuraduría, institución o instituto de derechos humanos.

hoy el predominante, como lo demuestra su exportación a los países del Este de Europa⁴. Sea como fuere, todas estas instituciones comparten tres elementos comunes o definitorios⁵ (independencia, control de la Administración y carácter no vinculante de sus decisiones), a los que se van añadiendo diversos matices y complementos.

En cuanto a los estándares de calidad del Ombudsman, no tanto de conceptualización, debemos acudir inicialmente al *soft law* internacional, constituido sobre todo por tres documentos: los llamados principios de París, relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, aprobados por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993 (A/RES/48/134); las Observaciones Generales del Subcomité de Acreditación de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI, por sus siglas en inglés), de 21 de febrero de 2018; y los llamados principios de Venecia, sobre el desarrollo y fortalecimiento de instituciones nacionales de derechos humanos efectivas, pluralistas e independientes, aprobados por Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa el 31 de marzo de 2021 (CM / Rec (2021) 1). Por tratarse del documento más reciente, podemos centrarnos en los principios de Venecia⁶ (después añadiré otros estándares interesantes, procedentes de la experiencia latinoamericana), que en síntesis proponen (cito solo lo más novedoso o relevante para España, por no estar previsto en nuestra legislación, adelantando de paso el enfoque de este trabajo) lo siguiente:

a) El DP debe ser nombrado por concurso público de méritos, objetivo y transparente, entre personas con “alto carácter moral, integridad, conocimientos profesionales y experiencia apropiados, incluyendo el ámbito de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, “preferentemente” sin reelección. Este estándar tiene que ver con la democracia, y va de suyo en la misma denominación del órgano en España, pues si la institución ha de servir al pueblo, parece lógico que el pueblo pueda conocer, e inclusive participar, en el proceso de designación de su titular: este estándar queda más claro todavía en las Observaciones de GANHRI. Tiene también que ver con el Estado de Derecho, pues un órgano fuerte y que funcione debería estar a cargo de personas cualificadas y creíbles, pues recordemos que su autoridad, y por tanto la eficacia de la

⁴ Los datos, en Kucsko-Stadlmayer, 2008: 56-57.

⁵ Esta caracterización puede deducirse de los llamados principios de París, que después se citarán.

⁶ Los cito por el documento inicial de la Comisión de Venecia, pues la posterior Recomendación del Comité de Ministros resume y edulcora en parte el texto original, que era algo más exigente.

institución, depende de esto. El nombramiento de personas expertas y con trayectoria previa en derechos humanos es muy revelador de la importancia que la clase política otorga en cada momento a la institución, y a nadie se le ocurriría nombrar, por ejemplo, a un profesor de latín como gobernador del Banco de España⁷.

b) Su mandato debe abarcar “todos los servicios públicos y de interés general”, incluyendo los prestados por entidades privadas. El estándar engarza también con el Estado de Derecho (si el Estado sometido al Derecho se reduce, asimismo se reduce el Estado de Derecho), y sobre todo con el Estado social, pues los derechos sociales dependen muchas veces de las empresas, y si reducimos los controles a éstas, la eficacia de tales derechos se reducirá también.

c) Aunque no está claro, parece que no se exige interés legítimo para acudir al DP (“Cualquier persona física o jurídica, incluidas las ONG, tendrá derecho al acceso libre, gratuito y sin obstáculos” al DP). Este estándar refuerza de nuevo el Estado de Derecho, como después se dirá.

d) Amplia legitimación procesal, como demandante en la justicia contencioso-administrativa (“facultado para impugnar la constitucionalidad de las leyes y reglamentos o los actos administrativos generales”) y como coadyuvante o *amicus curiae* (“intervenir ante los juzgados y tribunales competentes”). Esto refuerza de nuevo el Estado de Derecho, al ampliar las posibilidades de control del poder en su ámbito natural, que es la Administración de Justicia.

e) En cuanto a la fórmula “los informes del DP [...] serán debidamente tenidos en cuenta por las autoridades”, es poco concreta: después volveré también sobre ella, pues se mueve de nuevo en la línea de reforzar el Estado de Derecho, con fórmulas complementarias o alternativas a los mecanismos habituales de responsabilidad, tantas veces insuficientes o fallidos.

Hasta aquí los “estándares” más recientes, que, aunque sin duda podrían diseñarse de modo aún más exigente (son para toda Europa, y no podemos pedir lo mismo a Noruega que a Bosnia-Herzegovina, con una diferencia de casi cinco puntos sobre diez en el índice

⁷ Esta línea más participativa y de aseguramiento de la preparación técnica del cargo fue propuesta en el acuerdo de gobierno PSOE-Ciudadanos de febrero de 2016, y Ciudadanos llegó a presentar una proposición de ley el 23 de septiembre de 2021, que no fue tomada en consideración. La fórmula del concurso parece sin embargo que va imponiéndose: p. ej., en la nueva legislación de protección de datos (LO 3/2018, art. 48.3), la Presidencia de la Agencia de Datos se nombra tras concurso público “entre personas de reconocida competencia profesional, en particular en materia de protección de datos”, e igual sucede con el Presidente y los consejeros de RTVE, “todos ellos con suficiente cualificación y experiencia profesional”, llegándose a celebrar un (tortuoso) concurso público (BOE de 20 de julio de 2018).

de democracia de *The Economist*), resultan ya bastante avanzados, y al menos cuentan con la legitimación democrática que les otorga el Consejo de Europa.

En cuanto a las “expectativas”, lo primero que hay que determinar es de quiénes. Pues bien, atendiendo a la misma denominación del órgano, parece claro que deben ser las expectativas del pueblo, concepto este que aparece varias veces en nuestra Constitución (se trata por tanto de un concepto jurídico-constitucional), pero cuyo significado no está claro⁸. El problema no es menor, pues no sabemos bien a qué pueblo debe la institución defender, pues, en mi opinión, no se puede defender a todo el pueblo a la vez, sea porque cada institución abarca lo que puede y no tiene más remedio que establecer prioridades⁹, sea porque en cualquier sociedad, y más en las actuales, dentro del “pueblo” cohabitan intereses muchas veces contradictorios, cuando no directamente enfrentados, y resulta imposible defender simultáneamente a todos a la vez. Téngase en cuenta, no obstante, que para el DP este último problema se atenúa en parte, pues raramente se enfrenta a conflictos entre particulares¹⁰, siendo su ámbito natural de actuación el control de la Administración, donde el conflicto tiene una dimensión algo menor, o en todo caso diferente¹¹.

⁸ El término “pueblo”, “pueblos” o “popular” aparece en veinte ocasiones en la CE, con significados diversos y escasa eficacia jurídica en la práctica. Descontando el Preámbulo (donde parece que hay varios, el “pueblo español”, los “pueblos de España” y los “pueblos de la tierra”), cabe citar los arts. 1.2 (soberanía popular), 6 (los partidos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular), 66.1 (las Cortes Generales representan al pueblo español), 87.3 (iniciativa legislativa popular), 117.1 (La justicia emana del pueblo) y 125 (acción popular). Queda pendiente la construcción de un concepto de pueblo adecuado a nuestro texto constitucional, pero de momento, vemos dos acepciones: el pueblo como unidad casi metafísica (arts. 1.2, 66.1 y 117.1, más bien ficciones jurídicas) y el pueblo como conjunto algo más identificable de ciudadanos (art. 6), a los que viene a atribuirse un derecho fundamental (arts. 87.3 y 125). De otro lado, parece evidente que los partidos (palabra que viene de parte), aunque algunos puedan ser calificados como populistas (precisamente los que se presentan como defensores del pueblo) y aunque continuemos en la etapa del partido *catch-all*, no pueden manifestar la voluntad de “todo” el pueblo.

⁹ Se echa de menos en estas instituciones la elaboración de un plan estratégico, que ayudaría mucho a establecer prioridades o al menos a organizar de forma más eficaz su trabajo, y es que pocas veces hemos tenido un Defensor con una clara visión de futuro. Podría permitírsele, gracias a su privilegiada posición, durante cinco años, inmune (en la ley, y creo que también en la realidad) a las presiones de partido y sobre todo a la preocupación de ganar las próximas elecciones. El Ararteko elaboró unos *Objetivos programáticos para el período 2010-2014*, que convendría recuperar, tras su necesaria evaluación.

¹⁰ Aquí está abierta una discusión, y las tendencias más recientes (Principios de Venecia incluidos) postulan la intervención del DP, al menos, en los casos de vulneración de derechos por parte de las empresas que desempeñan funciones de servicio público material. Así figura expresamente en las dos únicas Comunidades Autónomas que han aprobado una segunda ley reguladora del Ombudsman: Cataluña (Ley 24/2009, art. 26 d) y Comunidad Valenciana (Ley 2/2021, art. 17 g).

¹¹ En teoría, la Administración sirve al interés general (art. 103.1 CE), y el conflicto se produciría entonces entre ese interés general (otra ficción jurídica) y los intereses particulares de los ciudadanos que acuden al DP. Más que conflicto social propiamente dicho, lo que encontramos aquí son demandas de protección de derechos frente al poder administrativo, que pueden ser razonables o no, y solo en casos más bien excepcionales debe optarse entre unos intereses privados u otros. Está claro que la Administración, al decidir, toma partido en ocasiones a favor de unos y en perjuicio de otros. Un indicio de que esta conflictividad resulta excepcional puede ser la referencia, entre las causas de inadmisión de la queja, del art. 17.3 LODP al “perjuicio al legítimo derecho de tercera persona”, casi nunca utilizado, como después se verá.

Uno de los peligros del DP es que seleccione arbitrariamente a la parte del pueblo que va a defender, es decir, que se erija en representante de un pueblo que en realidad no existe como tal y que él lo construya a su antojo, como en la denostada democracia “de identidad” de Carl Schmitt o su reedición en las actuales concepciones agonistas, según las cuales no es posible consensuar nada y no hay otra salida que el enfrentamiento. Como no hay forma de conocer objetivamente las expectativas del pueblo, pues este carece de cauces para expresar lo que quiere¹², podemos acudir a la ficción siguiente (aceptable y no dañina)¹³: tales expectativas fueron establecidas el 6 de diciembre de 1978, con el referéndum constitucional. Está claro que nuestra Constitución no señalaba tanto el fin de un proceso (que en parte también) como el comienzo de otro, es decir, marcaba un rumbo a seguir por el Estado constituido (y en parte también por la sociedad), en una suerte de nuevo contrato social, en cuya virtud los españoles aceptábamos someternos al poder, pero a cambio de que el poder cumpliera una serie de compromisos. Esta idea, central en la teoría constitucional desde hace ya bastantes años, queda meridianamente clara en la importancia actual que adquieren los principios en el Derecho constitucional. Un análisis mínimamente completo de las expectativas del pueblo y del papel del DP en cumplirlas, debería referirse, para empezar, a los tres principios de nuestra forma de Estado: Estado de Derecho, democracia y Estado social (art. 1.1 CE), pero por razones de espacio me centraré solo en el primero.

II. EL ESTADO DE DERECHO

Estado de Derecho significa que el Derecho debe ser racional, que el Estado debe cumplirlo, y que, si no lo hace, haya consecuencias negativas mínimamente eficaces

¹² El único mecanismo de expresión de todo el pueblo es el referéndum (art. 92 CE), pero desde la Constitución, solo ha habido dos a nivel nacional (el 12 de marzo de 1986, sobre la permanencia de España en la OTAN, donde seguimos, y el 20 de febrero de 2005, sobre la llamada Constitución europea, que después no se aprobó); en todo caso, más que expectativas, en ellos se tomaron decisiones.

¹³ En su famosa conferencia sobre las ficciones en Derecho constitucional de 1948 (donde extrañamente no cita la ficción de la representación), Pérez Serrano (1984: 369-372) concluía con un juicio positivo sobre ellas, como mecanismos útiles que permiten el funcionamiento eficaz del sistema. Que el pueblo tiene expectativas es una ficción sobre todo por el hecho de que quienes votaron la Constitución fueron los padres o abuelos de buena parte del pueblo español de hoy. El pueblo aprueba la Constitución pero fue el pueblo de hace 45 años; el dato no es baladí y ya preocupó a los autores de la Constitución norteamericana y más aún a los revolucionarios franceses, quienes en el artículo 28 de la Constitución de 1793 llegaron a afirmar que “una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”; después, la polémica cayó en el olvido, pero en todo caso resulta cuando menos difícil mantener sin trampa que lo aprobado por el pueblo en 1978 (yo no tenía entonces edad para votar) vincule al pueblo de 2023. Es cierto que en teoría la Constitución puede ser reformada cuando se quiera, pero en la práctica no es así, y hay una contradicción interna (ahora la crítica es externa, no jurídica sino política) entre la afirmación de la soberanía popular del art. 1.2 y la imposibilidad de la iniciativa popular de reforma constitucional del art. 166. Se nos impone la Constitución de nuestros padres y no podemos cambiarla, lo que no parece muy democrático.

contra el incumplidor¹⁴. El principio, así simplemente definido, se traduce en una serie de subprincipios que lo concretan: seguridad jurídica (básicamente, certeza y por tanto previsibilidad del Derecho y de su aplicación, es decir, “saber a qué atenernos”, o la más moderna “confianza legítima”); control de la arbitrariedad del poder público; acceso a una justicia independiente (lo que emparenta al Estado de Derecho con la división de poderes, pues si el incumplidor del Derecho es el Parlamento o la Administración, debe existir otro poder del Estado diferenciado de ambos que resulte creíble en su vigilancia del cumplimiento del Derecho); y responsabilidad de los poderes públicos (al menos, cuando incumplan el Derecho). Obviamente, cada uno de estos subprincipios, todos constitucionalizados en España (arts. 9.3, 24.1 y 117.1), se puede cumplir más o menos, y aunque no lo podemos demostrar ahora, convendrá el lector (salvo que crea vivir en el mejor de los mundos posibles) en que todos se cumplen a medias.

La contribución del DP al mejor cumplimiento del Estado de Derecho puede ser muy relevante. Veamos seguidamente alguno de los problemas de nuestro sistema y lo que un Ombudsman de calidad podría (o más bien debería) hacer al respecto.

1. El positivismo legalista

Los jueces y la mayor parte de la dogmática jurídica solo conciben como derechos subjetivos los intereses claramente reconocidos sobre todo en las leyes. Ciertamente, hay distintas aproximaciones y sensibilidades, pero esta es la mentalidad dominante. El problema que así se plantea es que aquellas normas jurídicas de las que no cabe deducir de forma más o menos expresa intereses identificables de personas también identificables casi siempre se cumplen mal...pero son Derecho. Los principios jurídicos raramente tienen entrada en el razonamiento jurídico¹⁵. Se trata de un problema de identificación del Derecho vigente¹⁶. De otro lado, las obligaciones de los poderes públicos (del legislador y de la Administración) que no van acompañadas de derechos subjetivos se quedan

¹⁴ Soy partidario de una concepción formal, por las razones que expongo en Escobar, 2022: 275-296, con más precisiones sobre cuanto sigue.

¹⁵ Incluso desde la concepción tradicional (art. 1 CC, redacción de 1974), los “principios generales del Derecho” son Derecho, y más todavía los principios constitucionales, estos no en defecto de ley o costumbre, sino por encima de la misma ley (formal).

¹⁶ Aquí se encuentra sobre todo lo que queda del viejo debate positivismo-iusnaturalismo, más que una confrontación radical, una cuestión de estilos de hacer dogmática jurídica y de aplicar el Derecho. Podríamos hoy más bien distinguir entre aproximaciones más tradicionales, que siguen otorgando la centralidad a la ley, y otras más abiertas, que se toman más en serio la normatividad de la Constitución y en especial los valores y principios constitucionales, que incorporan un cierto Derecho natural, pero ya no externo al Derecho positivo, sino dentro de él (positivismo inclusivo).

muchas veces en admoniciones morales¹⁷. Este es otro problema, que también tiene que ver con el positivismo legalista y que se asienta en una construcción a mi juicio obsoleta del Derecho administrativo, que necesitaría de una reformulación desde el Derecho constitucional y en especial desde los derechos fundamentales. Este cambio de perspectiva es clave para el Ombudsman, como iremos viendo.

El DP transforma de continuo obligaciones constitucionales y legales en derechos, aunque no sean estrictamente derechos subjetivos¹⁸, e incluso crea derechos al margen de tales obligaciones (aunque no siempre lo diga¹⁹), pues su parámetro de control es más amplio, no solo el Derecho (legal), sino también la justicia (art. 28.2 LODP), que ya era norma jurídica (art. 1.1 CE), pero que está minusvalorada en la práctica. Los ejemplos son múltiples, pero solo voy a referirme a dos derechos, más bien formales o procedimentales, pero directamente relacionados con el Estado de Derecho mismo, más una reflexión general sobre la argumentación jurídica en la actualidad:

a) La *seguridad jurídica*. Para el Tribunal Constitucional, no existe un derecho fundamental a la seguridad jurídica²⁰. Es cierto que en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes el principio sí aparece (aunque con un grado muy bajo de vinculación, por la famosa “deferencia al legislador”), pero no resulta nada fácil su invocación por los ciudadanos, y podrían contarse con los dedos de una mano los casos de anulación de leyes por vulneración de la seguridad jurídica. Sin embargo, el DP sí lo trata como un derecho, es decir, subjetiva un principio, y a veces hasta consigue que se garantice. Las resoluciones son numerosísimas, pero basta un ejemplo reciente. La resolución del DP de España de 30 de mayo de 2023 (queja n.º 22032240) concluye con un “recordatorio” al Ayuntamiento de Madrid del “deber de motivar las resoluciones tanto

¹⁷ La expresión es de García de Enterría (2020: 58): “si los ciudadanos no pudiesen imponer a la Administración la observancia de las Leyes, éstas carecerían de verdadera eficacia frente a la Administración, serían meras admoniciones morales o de buena conducta deseable, no verdaderas normas vinculantes para ella”. Hace más de diez años propuse ampliar la tesis (con apoyo en la expresión “informarán” del art. 53.3 CE, fórmula evidentemente imperativa) del viejo maestro a un tercer supuesto, que sería el siguiente: cuando, pese a no reconocer expresamente derechos subjetivos, la ley fije, con relativa claridad y precisión, obligaciones de actuar (prestaciones en sentido amplio, incluyendo p. ej. las potestades de inspección y sanción) de la Administración que sirvan de manera directa a la finalidad pretendida por un derecho fundamental concreto, tales obligaciones resultan justiciables, y si esto se dijo para los tribunales, con mayor razón para el DP.

¹⁸ El concepto de derecho subjetivo suele incluir, como elemento necesario, la tutela judicial, y así lo corrobora el art. 24.1 CE. Es decir, parece que conceptualmente un derecho no existe si solo tiene la garantía del DP o de los organismos internacionales no judiciales.

¹⁹ He puesto varios ejemplos en Escobar, 2021.

²⁰ P. ej., STC 325/1994: “la seguridad jurídica, (art. 9.3 C.E.), es un principio general del ordenamiento jurídico y, por otra parte, un mandato dirigido a los poderes públicos, pero sin configurar derecho alguno en favor de los ciudadanos”.

estimatorias como desestimatorias que se adopten a las reclamaciones iniciales que formulen los aspirantes frente a los cuestionarios de preguntas tipo test y plantillas de respuestas correctas, de acuerdo con los principios de seguridad jurídica y transparencia que deben regir los procesos selectivos”. La resolución no es clara en la precisión del significado de la seguridad jurídica, y el problema es más bien de motivación, pero nos sirve: los ciudadanos (en este caso, los aspirantes a la función pública) tienen que saber a qué atenerse, y si hubieran acudido a los tribunales basándose solo en este principio, estos seguramente habrían inadmitido su demanda, por inexistencia de un derecho subjetivo a la seguridad jurídica. Si nos centramos en el deber de motivación, que también tiene que ver con el Estado de Derecho (como principal garantía frente a la arbitrariedad), tampoco parece que tenga naturaleza de derecho fundamental, aunque sí (en parte) de derecho subjetivo (para algunos actos administrativos, art. 35.1 LPC), pero adviértase lo que señala la ley sobre este tema concreto: “La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte” (art. 35.2): aquí el legalismo aparece bien claro, pero es evidente que el DP va más allá de lo que la norma dice.

b) La *buena administración* figura como derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010 (CDF), con las siguientes obligaciones (exigibles, pero solo a las instituciones de la Unión) de la Administración (art. 41): trato imparcial, trato equitativo, plazo razonable, audiencia del ciudadano “antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente”, acceso de toda persona al “expediente que la concierna”, motivación, responsabilidad patrimonial y derecho de petición. Algunas de estas obligaciones figuran en nuestra legislación administrativa e inclusive en la CE, pero no todas²¹, y la CDF no se aplica a

²¹ Una configuración amplia del derecho, ya con este *nomen iuris* y en línea con la CDF, comienza lentamente a abrirse paso, y a nivel legal ya figura en los nuevos (o en sus reformas) Estatutos de Autonomía de Cataluña, Castilla y León, Islas Baleares o Andalucía (al respecto, Ávila, 2013: 172-182), si bien la buena administración ha sido “descafeinada” como derecho por las muy discutibles SSTC 247/2007 y 31/2010. En cuanto a la legislación autonómica de desarrollo, podemos citar a modo de ejemplo el art. 3 de la Ley 1/2015, de Galicia, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, que añade otros elementos, y que conviene transcribir: “La ciudadanía tiene derecho a una administración eficaz que gestione sus asuntos con imparcialidad, objetividad y dentro del marco temporal establecido. En concreto, tiene derecho a: a) Recibir un trato respetuoso, imparcial y sin discriminaciones; b) Recibir atención, orientación e información de carácter general dentro de los límites establecidos en la normativa, c) Identificar a las autoridades y al personal al servicio del sector público autonómico bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; d) Presentar sugerencias y quejas sobre la prestación de los

las Administraciones españolas. Sin embargo, al DP esto no le preocupa, y garantiza en la práctica un derecho a la buena administración en términos muy amplios. Por ejemplo, el Ararteko, en su Informe anual de 2022 (p. 129) se refiere, entre otros, al problema de la atención directa a la ciudadanía, y tras denunciar las dificultades de acceso a la atención directa y presencial y la desatención telefónica y digital, formula recomendaciones al respecto. Nótese que la “atención directa” no está reconocida como derecho en nuestro ordenamiento y que ni siquiera figura como tal en el artículo 41 CDF y, sin embargo, el Ararteko la protege, como parte de un nuevo componente del derecho a la buena administración, y así él mismo lo conceptualiza.

c) Un *nuevo modelo de argumentación jurídica*. Las conceptualizaciones del Derecho como coacción, que centran en la sanción aplicada por el Estado (y con la fuerza física) la definición de lo jurídico, se encuentran en cierto declive. Desde hace tiempo se presentan concepciones del Derecho, quizás más adecuadas a la realidad actual (aunque entreveradas, en algunos casos, de una cierta dosis utópica, o al menos normativa o de redefinición), que lo conciben, bien como comunicación, bien como argumentación. El Derecho no es solo algo impuesto desde fuera, sino también, y quizá sobre todo, una construcción colectiva, donde lo importante no es tanto el origen o el texto de la norma como lo que se obtiene tras el razonamiento de varios interlocutores. El DP se muestra más coherente con esta nueva concepción del Derecho, pues, a diferencia de los tribunales, no impone sus decisiones, sino que las recomienda, en una suerte de diálogo (más bien ficticio) entre el ciudadano y el poder o, mejor dicho, de él mismo con la Administración. Esto nos llevaría a otro tema, el modelo deliberativo del Ombudsman, que aquí no podemos abordar, bastando con destacar que, si de lo que se trata es de convencer y no de imponer, debe esmerarse en realizar una buena argumentación, y una buena argumentación en derechos, lo que a veces se echa en falta. En el trabajo antes citado, sobre “relectura iusfundamental” he puesto varios ejemplos de cómo debería el Ombudsman argumentar, y a ello me remito.

2. Las barreras de acceso a la Justicia

En la visión clásica o tradicional, la garantía del Estado de Derecho se centra sobre todo en los tribunales. Dando por hecho que son independientes e imparciales, estos

servicios públicos, que contribuyan a su mejor funcionamiento; e) Relacionarse con la Administración autonómica a través de cualquiera de las modalidades de atención a la ciudadanía en los términos establecidos en la presente norma”.

presentan, entre otros problemas, dificultades de acceso por causas sobre todo de legitimación, de coste y de incapacidad para resolver problemas estructurales o sistémicos.

En este cuadro comparativo podemos apreciar mejor las diferencias entre las posibilidades de exigir el cumplimiento del Derecho en la justicia contencioso-administrativa y en el DP de España:

	Justicia contencioso-administrativa (LJCA)	Defensor del Pueblo
1) Apertura del procedimiento	A instancia de parte	A instancia de parte o de oficio
2) Legitimación	Derecho o interés legítimo, individual o colectivo (art. 19.1 a) y b); acción popular solo “en los casos expresamente previstos por las Leyes” (art. 19.1 h)	Interés legítimo, pero raramente se inadmite una queja por falta de legitimación; si esta es dudosa, el DP actúa de oficio
3) Coste del proceso	Pago de abogado y en determinados casos de procurador, y frecuente imposición de costas (se imponen como regla general, art. 139.1)	Gratuito
4) Enjuiciamiento de problemas estructurales	Difícil, salvo que deriven de un reglamento. Resulta complicado recurrir frente a una vulneración estructural, pues para cada acto administrativo se requerirá abrir un proceso independiente contra él.	El DP puede agrupar en un mismo procedimiento quejas similares (de 29.015 quejas en 2021, 2.735 fueron agrupadas). Sus actuaciones de oficio pueden dirigirse contra políticas públicas (activas o pasivas), no solo contra un acto u omisión administrativa concreta. Además, puede abrir un único procedimiento contra varias Administraciones a la vez.
5) Derechos garantizados	En principio, todos los derechos fundamentales pueden protegerse, pero en la práctica, para los derechos del capítulo III del título I CE, solo si tienen desarrollo legislativo.	El DP, aunque no suele argumentar desde la perspectiva de derechos, protege en la práctica no solo todos los derechos fundamentales del título I de la CE (incluyendo el capítulo III) sino también derechos subjetivos de rango meramente legislativo, e incluso derechos morales.
6) Posibilidad de fallo estructural / recomendación general	No está previsto y más bien se prohíbe (los fallos del art. 71.1 parecen un <i>numerus clausus</i>); además, se señala expresamente que los jueces no pueden “determinar la forma en que han de quedar	Son frecuentes las recomendaciones generales, que no se limitan a un caso concreto o individualizado

redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni [...] el contenido discrecional de los actos anulados” (art. 71.2)

7) Tiempo medio del proceso o procedimiento

355 días en los JCA y 674 días en la AN (datos de 2021)²²

No hay datos sobre tiempo medio del procedimiento ante el DP. Se da un plazo a la Administración para contestar, pero esta muchas veces lo incumple. El tiempo medio de resolución de admisión a trámite de la queja del ciudadano en 2022 fue de 43 días y de resolución del DP tras la respuesta de la Administración fue de 47 días.

Si no llegamos a los tribunales, no es fácil que el Estado cumpla las normas, pero esto puede lograrlo el DP. Veamos:

a) La *legitimación* es más abierta. Es cierto que las leyes siguen exigiendo el “interés legítimo” (p. ej., arts. 10.1 LODP y 18.1 LA), pero aquí el DP es más flexible, y en todo caso, a diferencia de los tribunales, puede actuar de oficio. Convendría en todo atender los estándares de la Comisión de Venecia, que prevén la legitimación procesal del DP en la justicia contencioso-administrativa, sea como demandante, sea como coadyuvante (en España no está prevista la figura del *amicus curiae*, que yo mismo he ejercido en varias ocasiones en Latinoamérica, precisamente para defender al Ombudsman), pues quien puede lo más (recursos de amparo y de inconstitucionalidad, denuncia al Fiscal General del Estado -art. 25 LODP- y acción de responsabilidad contra funcionarios -art. 26-), puede lo menos²³.

Conviene abrir aquí un paréntesis sobre la admisibilidad de las quejas, tema este que tiene que ver no solo con el Estado de Derecho, sino también con la democracia. El DP podría ayudar a paliar no solo el problema del acceso a la justicia, sino también el elitismo deliberativo (suponiendo que haya buena deliberación dentro del poder mismo, lo que es mucho suponer, pero tampoco hoy es este nuestro tema), dando voz a los que no la tienen: el pueblo al que defiende el DP sería, sobre todo, el conformado por las personas en situaciones de vulnerabilidad²⁴, y así parece serlo estadísticamente²⁵.

²² Datos de Egea (2022: 55 y 58).

²³ Y quizás con moderación en su uso, pues también hay inconvenientes (por todos, Aguiar y Elvira, 1992).

²⁴ La otra acepción del término “pueblo” de la propia RAE: “gente común y humilde de una población”, el viejo “tercer estado” del absolutismo monárquico francés.

²⁵ Ahora que se habla mucho de “visibilizar”, convendría que esto se explicitara en algún lugar. Creo recordar que hace tiempo en la web del DP podían buscarse sus resoluciones por grupos de atención prioritaria, pero acabo de comprobar que esta categoría ha desaparecido. Los informes anuales, contrariando

Encontramos sin embargo un filtro muy importante, la admisión a trámite de la queja, que es el modo que tenemos los ciudadanos de acceder a la institución. Según el artículo 17 LODP:

1. El Defensor del Pueblo registrará y acusará recibo de las quejas que se formulen, que tramitará o *rechazará*. En este último caso lo hará en escrito motivado, pudiendo informar al interesado sobre las vías más oportunas para ejercitar su acción, caso de que a su entender hubiese alguna, y sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes. [...].

3. El Defensor del Pueblo rechazará las quejas anónimas y *podrá rechazar* aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, así como aquellas otras cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. Sus decisiones no serán susceptibles de recurso.

La duda fundamental que suscita este precepto es si las cuatro causas de inadmisión del apartado 3 (y otras que se deducen claramente del resto del articulado) son tasadas, y desde la interpretación de conformidad con el artículo 9.3 CE (seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad), entiendo que sí²⁶.

En 2022, el DP español inadmitió a trámite nada menos que 14.530 quejas, por los siguientes motivos:

Expedientes de queja y recursos no admitidos	
MOTIVOS DE NO ADMISIÓN	Número
No actuación administrativa previa	3.670
No indicios de irregularidad administrativa	3.333
No contestación a la ampliación de datos	2.161
Otros motivos de no admisión	1.401
Intervención judicial	798
No es competencia del Defensor del Pueblo	771
Conflicto particular ajeno a la Administración	522
Resuelto sin intervención del Defensor del Pueblo	365
Actuación incorrecta reconocida en vías de solución por otros expedientes	359
No hay queja, solicita información	242
Renuncia a continuar la tramitación	160
Intervención defensor autonómico	150
No hay queja, envía información	131
Plazo superior a un año	97
Sentencia firme	76
Autoridad administrativa en asuntos de su competencia	53
Carencia de fundamentos	45

la centralidad de la defensa de derechos exigida por el art. 54 CE, se estructuran por áreas administrativas, y así resulta más difícil detectar prioridades. Más correctamente, el Ararteko sistematiza sus informes en dos bloques: áreas administrativas y “defensa de los colectivos de atención pública”, que vienen a coincidir con las personas en situación de vulnerabilidad.

²⁶ En su comentario al art. 17, Bruñén (2002: 455 y ss.) hace al menos un esfuerzo de juridificar esos motivos.

No interés legítimo	43
Inexistencia de pretension	43
No actuación de los poderes públicos	32
No se cumplen los requisitos para la admisión del recurso	21
No se encuentran fundamentos para interponer recurso	16
No contestación a defecto subsanable	8
Perjuicios a terceros	3
Imposibilidad de contactar con el interesado	2
Mala fe	1
TOTAL	14.503

Parece claro que algunos de los motivos de inadmisión que cita el propio DP no encajan en los motivos legales, y esta forma de actuar no me parece muy correcta. El mayor número (3.670) se produce por “no actuación administrativa previa”, y esto es sorprendente: aparte de que no se entiende la diferencia con el motivo “no es competencia del Defensor del Pueblo”, la falta de actuación administrativa no es suficiente por sí sola para la inadmisión, pues el DP también debe controlar las omisiones administrativas (art. 23 LODP) y, de otro lado, controlar asimismo a los demás poderes públicos (inclusive al legislador, art. 28.2 LODP), salvo a los jueces, cuando ejercen su función jurisdiccional o no administrativa (art. 17.2).

En todo caso el rechazo *ab initio* de la queja no es recurrible ni se hace público²⁷. Para el ciudadano, la sensación puede ser muy dolorosa, similar a la propia de los abogados que ven rechazada la admisión a trámite de sus recursos de amparo (un 99%, lo que ha llamado la atención al propio TEDH en varias ocasiones²⁸), pero ellos están más acostumbrados a sufrir, y al fin y al cabo no es su problema personal el que está en juego. No creo conveniente judicializar esta fase²⁹, pero al menos el DP debería publicar las

²⁷ En su comentario al art. 17, Bruñén (2002: 436) señala: “Aquí la motivación del rechazo no puede cumplir la función de servir como medio de control ante otras instancias, puesto que las decisiones de admisión o rechazo de la queja no son susceptibles de recurso [el autor parece dar por hecho que tampoco de recurso judicial, GER], aunque sí permite un control indirecto, social, contribuyendo a asegurar la seriedad en el tratamiento preliminar de las quejas presentadas, y constituyendo, desde tal prisma, una garantía para el solicitante de que el rechazo de la queja tendrá una justificación objetiva y razonable, y se ajustará a lo establecido en la LOPJ”. Pues bien, no entiendo a qué se refiere el autor con ese “control indirecto, social”, a no ser que el “inadmitido” publique la resolución en las redes sociales, ejerciendo una especie de “derecho al pataleo”.

²⁸ Cuando terminamos este trabajo leemos en la prensa (22 de junio de 2023) que el TEDH acaba de condenar nuevamente a España, en esta ocasión porque nuestro Tribunal Constitucional inadmitió a trámite el recurso de varios candidatos al CGPJ, cuya elección se encuentra aplazada sine die. Un caso interesante que habrá que analizar despacio.

²⁹ Ya en Escobar (2008: 180) sostuvo una interpretación conforme a una visión exigente del Estado de Derecho: la imposibilidad de recurso del art. 17.3 se refiere a recurso ante el propio DP, y no impide el recurso judicial, aunque no nos consta ningún precedente al respecto sobre recomendaciones (pero sí sobre actos más típicamente administrativos: la STS de 27 de noviembre de 2009 (con votos particulares) permite

inadmisiónes (anonimizadas, claro está), dando ejemplo de transparencia, o al menos incardinar todas ellas en los motivos (tasados) establecidos en la ley. Yo he llegado a leer (porque me lo proporcionó la interesada) una resolución de inadmisión motivada en que “el Defensor del Pueblo no puede valorar las opciones del legislador”, lo cual es falso (art. 28.2 LODP) y a mí personalmente, hace ya muchos años, se me inadmitió una queja porque el DP no veía indicios de irregularidad, sin más argumentos, y a mi juicio claramente los había. En definitiva, la decisión de inadmisión ha de ser especialmente cuidadosa, pues de lo contrario se cerraría a la ciudadanía una de las puertas que tiene abiertas para poder participar (en el sentido amplio del término) en las instituciones, y no tiene muchas.

b) Los *derechos colectivos* tienen más fácil entrada en el DP que en los tribunales. Es cierto que la LJCA permite la legitimación por “interés colectivo”, pero los criterios para considerar su existencia resultan en la práctica bastante restrictivos³⁰, y en todo caso, por el coste de la justicia (y, todo hay que decirlo, por el individualismo español), no es fácil que un grupo de ciudadanos se ponga de acuerdo para iniciar un proceso juntos. La cuestión de los derechos colectivos está pendiente de análisis en la dogmática constitucional, y no podemos ahora adentrarnos en ella³¹, pero es evidente que al menos

el control judicial del DP (siguiendo en parte la STJCE *Lamberts*, de 23 de marzo de 2004) por vía de responsabilidad patrimonial, pero deja abiertos muchos interrogantes.

³⁰ Véase, a título de ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 307/2021, que niega a una asociación judicial legitimación para recurrir un acuerdo del CGPJ. El acuerdo puede ser ilegal, pero nadie puede impugnarlo, y esto evidentemente implica un cumplimiento a medias del principio del Estado de Derecho.

³¹ Extrañamente, la dogmática constitucional, que suele preocuparse del tema de la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas, apenas ha estudiado los derechos colectivos (no obstante, recientemente y de interés, Simón, 2023), que presentan una problemática similar, aunque no idéntica. La expresión “derechos colectivos” presenta bastante ambigüedad y es utilizada en contextos muy diferentes. En nuestra opinión, puede mantenerse con matizaciones el individualismo liberal (un autor de referencia en esta materia, Will Kymlicka, defiende aquí un “liberalismo corregido”), debiendo justificarse caso a caso las excepciones a la regla de la atribución de derechos exclusivamente a personas individuales: si los derechos responden a intereses de las personas, convendría reservar la expresión derechos colectivos a aquellos intereses que el ordenamiento considera relevantes, pero que no puedan traducirse a intereses individuales o que no puedan individualizarse. He aquí algunos ejemplos: el derecho al patrimonio cultural y el derecho a la cultura de las minorías (en línea con la Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005, ratificada por España en 2007); la propiedad comunal (reconocida en algunas leyes autonómicas y rompiendo la clásica visión individualista de la propiedad, pues no pertenece a ninguna persona en particular, sino a toda la comunidad; recordemos que ya el artículo 17.1 DUDH señalaba que “ Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”); el medio ambiente (que si bien en ocasiones puede individualizarse -p. ej., un vecino afectado por los humos de una fábrica cercana-), lo normal es que se trate de un interés colectivo, e incluso con titulares indeterminados; y la veracidad de la información (si un medio miente y no alude a nadie en concreto, afecta a toda la colectividad). Los derechos colectivos plantean problemas como los siguientes: la posible opresión del grupo sobre sus miembros individuales; la determinación de quiénes pertenecen al grupo (si atribuimos la titularidad de un derecho a un grupo, deberíamos saber de quiénes en concreto estamos hablando); y la garantía de este tipo de derechos, pues la lógica procesal tradicional está pensada para proteger intereses individuales: los ciudadanos podían reclamar contra los actos administrativos que lesionaran sus derechos y no existía un derecho a exigir a la Administración que cumpliera sus obligaciones, pero esta lógica está empezando también a cambiar.

existen aspiraciones legítimas de la ciudadanía que no pueden individualizarse. Pongamos un solo ejemplo, el llamado derecho a la ciudad, que jurídicamente no existe (aunque con algo de creatividad podría encontrarse): un nuevo ejemplo, por tanto, de ampliación del catálogo de los derechos o creación de nuevos derechos por el Ombudsman. Veamos cómo el DP español protege el derecho a la ciudad, aprovechando para comprobar cómo las obligaciones que la ley impone a la Administración pueden llegar a cumplirse.

La queja 17022447, de 17 de junio de 2019 (que consta como aceptada), se refiere a unos solares propiedad del Ayuntamiento de Telde (Las Palmas), abandonados y en mal estado (según los propios servicios técnicos municipales, un vallado en estado de abandono, con escombros, restos inorgánicos varios y vegetación espontánea). El DP comienza recordando la normativa administrativa aplicable: “el deber de conservación [...] obliga a los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones a conservar y mantener estos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público” (RDLEG 7/2015, art. 15; Ley de Canarias 4/2017, art. 168). Si este deber es incumplido, afirma el DP, debe ser exigido (conceptualmente estamos en presencia de una garantía administrativa) por la autoridad municipal: “la legislación urbanística atribuye a los ayuntamientos la competencia de vigilar el cumplimiento del deber legal de conservación y rehabilitación que los propietarios tienen respecto de los terrenos y construcciones cuya titularidad ostenten, competencia que se integra dentro de la labor municipal de inspección urbanística, y que generará, en caso de transgresión del mencionado deber, la actuación administrativa subsidiaria por medio de órdenes de ejecución, cuyo incumplimiento incluso habilita a la Administración pública a adoptar determinadas medidas”. Además, el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, dispone que los entes locales tienen encomendadas, entre sus competencias, la protección de la salubridad pública y el medio ambiente urbano, así como la disciplina urbanística. El DP salta, sin mucha explicación, directamente de la competencia a la obligación administrativa, como si ambas fueran la misma cosa³²: “si las parcelas denunciadas no se

³² La cuestión es crucial. Los derechos fundamentales se cumplen muchas veces mediante actuaciones administrativas, pero luego la legislación administrativa olvida la perspectiva de derechos y las obligaciones públicas quedan diluidas bajo la excusa de la discrecionalidad. Por eso resulta importante aclarar que las competencias administrativas no son habilitaciones sino obligaciones exigibles por los ciudadanos, al menos cuando pueda argumentarse mínimamente que estos se encuentran afectados por aquellas. Para eso se “inventó” en el siglo XIX el concepto de interés legítimo, ahora no tan distinto del derecho subjetivo, por mor de su inclusión conjunta en el art. 24.1 CE; para una buena reinterpretación de todo ello, Medina, 2016: 153 y ss. El llamado derecho a la ciudad, como enseguida veremos, tiene como principal virtualidad destacar la exigibilidad de bienes comunes; en términos de dogmática de los derechos, convertir su carácter

encuentran en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, es claro que ese Ayuntamiento *debe* requerir a sus propietarios para que procedan a realizar los trabajos necesarios que garanticen su salubridad” (cursivas mías, GER). Tampoco encontramos una clara distinción entre las obligaciones relativas a la propiedad pública y a la propiedad privada, y parece que esto resulta indiferente, lo que revela una interesante forma de control, aunque indirecta, de los particulares³³. Concluye recomendando, con cita de la legislación urbanística estatal y autonómica, “garantizar el cumplimiento de la obligación que tienen los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público”, y sugiriendo “girar visita de inspección a las parcelas mencionadas en el informe emitido por la empresa de control integral de plagas [...] a fin de comprobar si cumplen las condiciones de seguridad, salubridad y ornato público exigibles. En caso negativo, dictar orden de ejecución de las actuaciones que sean precisas para garantizar que aquellas reúnan unas condiciones higiénico-sanitarias adecuadas, con advertencia de las facultades municipales en caso de incumplimiento (imposición de multas coercitivas o ejecución subsidiaria)”.

El caso se repite en varias recomendaciones posteriores. En todas estas actuaciones, sorprende la falta de mención a derechos fundamentales, y habría sido interesante la configuración por el DP de un “nuevo derecho” a la ciudad³⁴, tema

objetivo en derecho fundamental subjetivo. En el ejemplo: nadie se ve afectado directa y personalmente en su salud y sin embargo cualquiera puede exigir al municipio que adopte las medidas necesarias para evitar daños a la salud en el futuro. En su tratamiento del tema, García de Enterría (2020: 92-105), aunque destaca la importancia del art. 18.1 g) LBRL (derecho de los vecinos a “exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio”) se queda a mi juicio corto e incluso cae en contradicción. Resumo su planteamiento: las obligaciones administrativas conectadas a derechos fundamentales son exigibles desde la Constitución, pero si las leyes no concretan esta exigibilidad (y ellos se quejan de que no suelen hacerlo), lo único que puede hacerse es plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (dificilísima en la práctica, y más cuando estamos fuera del objeto del amparo, como bien sabe cualquier constitucionalista atento a la realidad -comentario mío, GER-); sin embargo, al final, afirman que “las eventuales imperfecciones de la Legislación aplicable podrán ser corregidas, al menos parcialmente”, por los tribunales ordinarios.

³³ Recordemos que el objeto de control del DP no incluye a los particulares; no obstante, podría hacerlo indirectamente (con un subterfugio similar al utilizado por el Tribunal Constitucional para revisar en amparo intervenciones privadas sobre los derechos): si una Administración pública debe supervisar a los particulares, y no lo hace o lo hace a medias, entonces es esa Administración quien vulnera el derecho. Al respecto, por todos, Ponce, 2012.

³⁴ El llamado derecho a la ciudad está en construcción y apenas contamos con una dogmática jurídica mínima que lo haya delineado. Habríamos de partir de tres documentos clave, que ni siquiera llegan a la categoría de *soft law*, pero que fueron aprobados por entidades públicas municipales: la Carta Mundial por el derecho a la ciudad (2004) y la Carta Europea de salvaguardia de los derechos humanos en la ciudad (2012) y la Carta-Agenda Mundial de derechos humanos en la ciudad (2012). Dejando fuera las facultades que encajarían en el contenido de figuras específicas de derechos expresamente reconocidos, parece que se limita, según el último de los documentos citados, a algo tan indeterminado como el “derecho a una ciudad constituida como comunidad política municipal que asegure condiciones adecuadas de vida a todos y todas y que procure la convivencia entre todos sus habitantes y entre estos y la autoridad municipal. Algo más

levemente apuntado en alguno de sus informes anuales³⁵. Aunque nos encontramos ante uno de los pocos supuestos de acción pública (art. 4 f) RDLEG 2/2008: “para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística”), resulta sin duda difícil que los ciudadanos la ejerzan, por el coste que implica: si nadie en concreto está afectado individualmente, no es probable que los ciudadanos pongan en marcha la maquinaria de la justicia. En este sentido, la actuación del DP cubre este déficit, y seguramente logrará el mismo resultado, de forma más rápida y económica, que la jurisdicción contencioso-administrativa. Nuevamente, el DP ha garantizado un derecho moral.

c) Las *vulneraciones estructurales*. Se trata de un concepto novedoso, a caballo entre la Sociología y el Derecho, que alude a los incumplimientos de los derechos que resultan demasiado reiterados y frecuentes y que no pueden resolverse mediante las técnicas tradicionales de garantía, centradas en casos individuales y que no atacan al problema de fondo. Los tribunales, salvo cuando revisan normas generales, no suelen ser conscientes de los problemas sistémicos, y raramente podrían enfrentarlos, pues a ellos les llegan, por ejemplo, recursos contra actos administrativos de órganos concretos, y muchas veces el problema trae causa de la concatenación de actos y omisiones de muchos órganos, o de problemas sociológicos difícilmente reconducibles a las categorías jurídicas típicas, como podría ser el caso de la violencia de género, el cual, como unánimemente se reconoce, no podrá atajarse solo con condenas penales. Los órganos de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas o el DP no tienen estas limitaciones procesales y suelen ser conscientes de las vulneraciones sistémicas, pero, cuando las detectan, no dictan resoluciones vinculantes: así, respectivamente, los primeros, en sus observaciones finales (cada cinco años) sobre el cumplimiento de los tratados en España, recomiendan al Estado lo que debería hacer para terminar con tales vulneraciones; el segundo, en sus

concreto resulta el “derecho a disponer de espacios y recursos para la práctica de una ciudadanía activa y a que los espacios de convivencia y trabajo sean respetuosos con los valores de los demás y con el valor del Pluralismo”, una especie de urbanismo en sentido amplio y subjetivado; de interés, Ponce, 2019: 84-94, destacando correctamente cómo el DP podría contribuir a la garantía de este nuevo derecho, p. ej. (como en la recomendación que estoy comentando) mediante la reducción y orientación de la discrecionalidad administrativa municipal.

³⁵ En la p. 661 del Informe de 2019 se señala que el alquiler turístico implica “un deterioro del medioambiente urbano y en particular, del “derecho a la ciudad” como el derecho de toda persona a que las ciudades respondan a las necesidades humanas. Tal derecho deriva del artículo 45 de la Constitución, al dar a la expresión “medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” un sentido integral, que incluye los elementos artificiales, creados por el ser humano y que hacen posible el desarrollo de las personas, así como su bienestar”. Aunque de forma algo rudimentaria pero clara y precisa, el DP hace aquí (lamentablemente como excepción) una contribución importante a la construcción de (nuevos) derechos, saltándose el positivismo legalista habitual.

recomendaciones generales (aunque no siempre se llaman así³⁶, muchas van más allá del caso concreto o de un órgano administrativo concreto), hace algo semejante. En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos desde 2017 utiliza la técnica de los “casos piloto”: cuando recibe numerosas demandas sobre el mismo problema, lo califica de violación estructural, y dicta un fallo estructural (ninguno de momento sobre España), esto es, no limitado al caso concreto de una demanda concreta, sino yendo, en la medida de lo posible, a la raíz del problema, y obligando al Estado a realizar actuaciones más amplias, de reforma legislativa, de adopción de políticas públicas u otras. Nuevamente, el DP, que utiliza profusamente la técnica de las recomendaciones generales, refuerza el Estado de Derecho, al enfrentarse de cara al incumplimiento reiterado del Derecho por el poder público, y especialmente por la Administración.

3. La escasa responsabilidad

Uno de los déficits principales de nuestro Estado de Derecho es la ausencia de una responsabilidad adecuada y efectiva. Si, con mucho esfuerzo, se logra que un órgano independiente, normalmente un juez, declare el incumplimiento por el poder público de una norma jurídica, en muchas ocasiones el mecanismo de responsabilidad no funciona correctamente. Lisa y llanamente: el Derecho se incumple, y no pasa nada, o pasa muy poco, y así los incumplimientos se reiteran indefinidamente. No olvidemos que el Estado de Derecho se dirige directamente a que el Estado cumpla el Derecho, no a que los particulares lo hagan. Aceptemos que, en el campo penal, la responsabilidad de autoridades y funcionarios funciona de manera sustancialmente correcta, pero esto solo es una parte muy pequeña de los ilícitos del poder. El grupo cuantitativamente más importante se residencia en la justicia contencioso-administrativa, cuyos problemas de acceso ya han sido relatados. En demasiadas ocasiones, la mera anulación de un acto administrativo o de una actividad material de la Administración carece de suficiente efecto disuasorio, es decir, no es adecuada para evitar incumplimientos futuros: con suerte el acto se anula, seguramente años después (a veces, bastantes años) de su adopción, y en muchos casos hay que instar su ejecución en una nueva fase procesal. Cuando esto implica una responsabilidad patrimonial (no toda anulación de un acto la conlleva, art. 32.1 LSP), a solicitar en un nuevo proceso, si logramos cumplir sus requisitos, algo nada fácil (demostrar el daño cuantificable, la relación de causalidad y su antijuridicidad, es

³⁶ En México sí se distinguen con claridad. También el Ararteko las distingue: en su web figuran el 13 de julio de 2023 166 recomendaciones generales y 1.489 resoluciones.

decir, “no tener el deber jurídico de soportar el daño”), pagará el Estado, no la autoridad o funcionario incumplidor³⁷, lo que evidentemente tampoco es disuasorio.

Pues bien, el DP puede ejercer una coacción más inteligente, esto es, más eficaz, ensayando otras formas (complementarias o sustitutorias) de responsabilidad, que a la postre pueden resultar más útiles para el fin que se pretende, es decir, que el Estado cumpla el Derecho. Para ello el DP podría contar con los siguientes instrumentos³⁸:

a) Que la Administración cumpla “por las buenas”. Aquí podemos hablar de una cierta mediación, que, si tiene éxito, no debería conducir a una recomendación. En el informe anual del DP español no está claro cuántas de las quejas tramitadas concluyen con acuerdo, sin necesidad de resolución expresa, pero si en 2022 se abrieron 31.452 expedientes y se dictaron 2.498 resoluciones, es de suponer que un alto número de quejas se resolvieron “por las buenas”. Veamos: una vez admitida a trámite la queja, parecería que se inicia una suerte de diálogo informal entre la autoridad administrativa y el ciudadano, pero esto no es exactamente así. Sin llegar a tanto, encontramos el mismo vicio de falta de diálogo real que se produce en las llamadas audiencias administrativas. Tras admitir la queja, el DP se comunica con la Administración (“En todo caso, dará cuenta...”, art. 18.1), intenta en su caso (aquí tiene bastante discrecionalidad) que esta rectifique, y entonces caben dos posibilidades: a) que rectifique, en los términos solicitados por el DP (que pueden no ser exactamente los mismos que los solicitados por el ciudadano), en todo o en parte; b) que no rectifique, en cuyo caso el DP “podrá” (tres veces se dice en el art. 38: discrecionalidad otra vez) formular una recomendación, que se publica en su web, y ahí se queda. Como vemos, no hay propiamente una comunicación real entre ciudadano y poder, sino que el DP se comunica por un lado con la Administración, y por otro con el ciudadano. De alguna forma, el DP parece un abogado del ciudadano, que negocia por él, y que ni siquiera habla directamente con él³⁹, casi como

³⁷ El art. 36.2 LSP impone (en la práctica, permite) exigir de oficio la responsabilidad posterior a las autoridades y funcionarios, pero solo si incurrieron en dolo, culpa o negligencia graves, y de hecho casi nunca se hace.

³⁸ Previamente a ello, el DP debe lograr que la Administración le informe, y para ello cuenta con varios mecanismos: la mención en el informe anual o especial de las autoridades que persistan en “actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación” (art. 24.1), la denuncia al Fiscal General del Estado (art. 25), el ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 26) y sobre todo el delito del art. 502.2 CP, utilizado en contadísimas ocasiones. Entiendo que el segundo y el tercer mecanismo procederían no solo cuando la Administración no colabore, sino también cuando incurra en otros ilícitos, pero estas vías son demasiado extremas y de hecho, que yo sepa, nunca se han utilizado. Una reciente reforma de la ley del DP navarro añade las multas coercitivas (solo si se incumple el deber de colaborar), pero el Parlamento Vasco acaba de inadmitir a trámite una proposición de ley de reforma de la Ley del Arateko en este sentido.

³⁹ Si tenemos una media de 30.000 quejas anuales y las dividimos por 365 días, el DP español debería recibir diariamente a 82 ciudadanos, contando días festivos, lo que no resulta viable con el personal que

en la teoría clásica de la representación, aunque sin llegar a tanto. ¿No sería deseable que propiciara una reunión entre la autoridad administrativa y el ciudadano, al menos en determinados casos? Aunque no figura expresamente en su ley reguladora, he comprobado in situ la celebración de este tipo de audiencias (presenciales, con la autoridad o funcionario a un lado, el ciudadano en otro y el DP en medio), en la Oficina del Ombudsman de Puerto Rico, y me parecieron muy útiles. De mayor interés, por su cercanía, es la actividad del DP andaluz, que él mismo denomina de mediación⁴⁰: esto se parece más a la deliberación, pues dos partes debaten en directo e incluso pueden llegar a adoptar una decisión aceptable para ambos, que el DP ratifica. Salvo estas excepciones, intuimos detrás una cierta concepción paternalista de la democracia: a favor del ciudadano, pero sin el ciudadano. No queda claro, en todo caso, si en general el DP es un representante (de parte) del ciudadano o un mediador imparcial entre este y la Administración; en la práctica, se asemeja más a esto último, aunque sin llegar a ser “técnicamente” un mediador⁴¹.

b) Cuando la Administración no acepta la recomendación, carecemos de instrumentos para forzarla a responder públicamente por qué no la acepta. Aquí es más completo el estándar ya citado de la Constitución mexicana, que obliga a la autoridad o funcionario a responder motivadamente al Ombudsman. Sería bueno incorporar en una reforma legislativa la proposición de ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 2 de octubre de 1995, en cuya virtud el Gobierno (que además presenta la gran mayoría de las iniciativas legislativas) debía explicar de forma única y escrita el por qué no seguía las recomendaciones del DP (el segundo Informe, de 1984, llegó a incluir un anexo con esta contestación del Gobierno⁴²). Está claro que el Gobierno no está obligado a cumplir las recomendaciones, pero la democracia deliberativa exige que al menos justifique por

tiene. Quien suscribe conoce muchas Defensorías latinoamericanas, y en ellas la atención directa al ciudadano es la regla general, pues curiosamente (dada la diferencia de PIB entre los países latinoamericanos y España), en su mayoría disponen de más personal. P. ej., la CNDH mexicana cuenta con diez veces más de funcionarios que nuestro DP (el dato de la CNDH habría que reconstruirlo a partir del sitio <https://directorio.cndh.org.mx/>, pero se habla de “casi 2.000” funcionarios, frente a los 185 de nuestro DP; por cierto, hay mayor transparencia / accesibilidad en México, pues allá figuran los números de teléfono y mails de todos los funcionarios, y en España solo su nombre), para una población aproximadamente tres veces mayor; téngase además en cuenta que cada Estado mexicano (32, contando Ciudad de México, antes DF) tiene una comisión similar.

⁴⁰ Para más información, <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/el-dpa-media>. El actual titular de la institución aporta datos de gran interés (Maeztu, 2023).

⁴¹ Sobre este tema, me parece acertada la postura de la muy importante monografía de Carballo (2008). No podemos aquí detenernos en disquisiciones conceptuales, pero para empezar puede resultar útil revisar también lo dicho al respecto por Andrés, 2017: 416 y ss.

⁴² Puede verse en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME1984InformeyDebates.pdf>, pp. 261 y ss.

qué no lo hace. Además, hacerlo en público puede provocar un interesante debate en la Cámara, que mejore la democracia deliberativa y abra el camino a futuras iniciativas, del mismo Gobierno o de la oposición.

c) De forma complementaria, sería también conveniente otra medida legislativa, que ya existe en otros países, que habilitara al DP a obligar a los incumplidores de sus recomendaciones a comparecer en el Parlamento. Si no quieren deliberar, se les obligará a ello, pues la ciudadanía, que habla a través del DP, así lo demanda.

d) Otro mecanismo para reforzar la responsabilidad del poder público y por tanto el Estado de Derecho consistiría en una mayor presencia del DP en las comisiones parlamentarias⁴³. El DP solo está obligado a comparecer en las Cámaras al presentar su informe anual (art. 32 LODP). Aunque nada se dice en la LODP, los parlamentarios pueden pedir que comparezca, y así se ha hecho en contadas ocasiones. Estas comparecencias suelen ser escasas y breves y por tanto no permiten deliberar demasiado⁴⁴. Es verdad que la normativa vigente no ayuda mucho, pero un buen DP (o más deliberativo) debería comparecer más a menudo (y los parlamentarios pedírselo), y no en la Comisión Mixta, sino en la Comisión especializada en cada tema objeto de debate. Podríamos así conseguir una mejor deliberación, basada en datos y razones, y en debate constructivo con parlamentarios a los que se les supone un cierto grado de preparación en la materia a debatir.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguiar de Luque, L. y Elvira Perales, A. (1992). “Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales”. En *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Universidad Carlos III, Madrid.
- De Andrés Alonso, F. L. (2017). *Los defensores del pueblo en España*, Reus, Madrid.
- Ávila Rodríguez, C. M. (2013). *La tutela parlamentaria de la buena Administración*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Bruñén Barberá, F. M. (2002). “Artículo 17”, en Rovira Viñas, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Cizur Menor.

⁴³ Las diferencias con el control parlamentario (y sus ventajas añadidas) están claras; p. ej., Sainz, 1992.

⁴⁴ Por ejemplo, en la ya moribunda XIV Legislatura, el DP español ha debatido con los diputados y senadores de la Comisión Mixta, dejando fuera las comparecencias legalmente obligatorias (presentación del informe anual y del informe del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura), solo en seis ocasiones (¡en casi cuatro años!): Francisco Fernández Marugán sobre la crisis del covid-19 (26 de noviembre de 2020, a petición de los Grupos Popular, Vox y Ciudadanos), sobre los migrantes en Canarias (27 de abril de 2021, a petición de los Grupos Republicano y Popular y del senador canario Fernando Clavijo), sobre el reparto de vacunas contra el covid-19 (25 de mayo de 2021, a petición del Grupo Popular), sobre los migrantes en Ceuta y la educación durante la pandemia (19 de octubre de 2021, a petición de los Grupos Democrático, Republicano y Popular) y Ángel Gabilondo, sobre los abusos sexuales en la Iglesia (20 de junio de 2022, a petición propia) y sobre sus relaciones con los Defensores autonómicos (20 de febrero de 2023, también a petición propia).

- Carballo Martínez, G. (2008). *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Escobar Roca, G. (2021). “Ampliación de derechos por el Defensor del Pueblo: relectura iusfundamental”, *Cuadernos Constitucionales*, n.º 2.
- (2022). *El Derecho, entre el poder y la justicia. Una introducción crítica al sistema jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2020). *Curso de Derecho administrativo II*, Civitas, Madrid, 16ª ed.
- Egea de Aro (2022). “Indicadores de funcionamiento y comparativa de sectores”, en *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022*, CIJA-UAM, Madrid.
- Kucsko-Stadlmayer, G. (2008). *European Ombudsman-Institutions*, Springer, Viena.
- Maeztu Gregorio de Tejada, J. (2023). “La mediación del Defensor del Pueblo Andaluz como impulsor de la gestión de conflictos en cultura de paz”, <https://www.ararteko.eus/sites/default/files/alfresco/documents/ES-LegeenGeroa-JesusMaeztu.pdf>
- Medina Alcoz, L. (2016). *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- Pérez Serrano, N. (1984). *Escritos de Derecho político*, IEAL, Madrid, 1984.
- Ponce Solé, J. (2012). *El ejercicio privado de funciones públicas en el moderno derecho público: la supervisión por los Ombudsmen de los privados a propósito del nuevo papel del Defensor catalán*, PRADPI, Universidad de Alcalá.
- (2019). “El Ombudsman y el derecho a la ciudad”, en Escobar Roca, G. (coord.), *Las Defensorías del Pueblo iberoamericanas ante la Agenda 2030*, PRADPI, Alcalá de Henares.
- Sainz Moreno, F. (1992). “Defensor del Pueblo y Parlamento”. En *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Universidad Carlos III, Madrid.
- Simón Yarza, F. (2023). “Caracterización de los derechos colectivos”. En M. Aragón Reyes y otros, *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.