

NOTES SOBRE L'ADAPTACIÓ DE L'OMBUDSMAN ALS ORDENAMENTS DE LES COMUNITATS AUTÒNOMES

Mercedes Vera Padial

Catedràtica de l'Escola Universitària de Dret Constitucional
de la Facultat de Dret de la Universitat de Granada

Sumari

- | | |
|---|---|
| I. L'època de l' <i>ombudsmania</i> i el problema de la naturalesa jurídica de les institucions | III. Disseny jurídic i pràctiques concretes
Bibliografia |
| II. Defensor, comissionats i defensa dels drets del títol I | |

I. L'època de l'*ombudsmania* i el problema de la naturalesa jurídica de les institucions

Quan Powells, segons sembla, va emprar per primer cop l'any 1969 el terme *ombudsmania*, probablement no va en acabar de veure completament l'adequació com a concepte simultàniament descriptiu i com a veladament crític. Efectivament, és evident —dient-ho en paraules d'un autor espanyol— que ens trobem a l'època de l'*ombudsmania*. No és només que hi hagi *ombudsman* (o almenys així es presenta) des de Noruega fins a Portugal, des de l'Illa Maurici a Zàmbia, des de Florida a Utah, des de Jerusalem a Little Rock. És que, a més, aquesta institució ha sobrepassat l'àmbit estatal a bastament. D'aquesta manera, no és estrany que durant l'Espanya franquista es veiés convenient l'existència d'un *ombudsman*. Des de la visió ben intencionada, però decididament ingènua de Torné, el qual ho considerava especialment indicat atesa l'enorme discrecionalitat que té l'Administració, fins a la visió menys fiable de Boquera el qual, pel que es veu, per acabar amb la discrecionalitat no va trobar cap altra via més directa que vincular-lo, únicament i exclusivament, al cap de l'Estat.

Tampoc no ens estranyarà que la doctrina esmenti amb cert entusiasme la transcendència que ha tingut l'*ombudsmania* a l'empresa privada. Per exemple, la Ford Motor Company i la Ohio Bell tenen molt interès en aquesta figura. Algun diari té un *ombudsman* dels lectors. També en tenen les dones d'Amsterdam que es dediquen a allò que el llenguatge del barroc espanyol anomena la mala vida. I sense anar més lluny, els Estatuts de la Universitat de Granada, en el capítol V del títol III, ho estableixen i ho regulen, amb altes dosis d'originalitat i precisió, per cert. Vegeu tot seguit: «El defensor universitari és el comissionat del Claustre de la Universitat de Granada per a la defensa dels drets de la comunitat universitària. Amb aquesta finalitat podrà supervisar l'activitat de l'administració universitària retent-ne compte al Claustre». Universitàriament, almenys a aquests efectes, ja estem a l'alçada de Princeton o Filadelfia.

I si els estatuts d'una modesta universitat espanyola manifesten aquesta preocupa-

ció, no podria esperar-se que els furs internacionals en manquessin. Dins l'àmbit europeu, és la figura del defensor del poble que estableix el Tractat de la Unió Europea (el Tractat de Maastricht de 1992) a l'art. 138 E. Tampoc no és aliena a aquesta preocupació l'Assemblea General de les Nacions Unides. Ni ho són organitzacions no governamentals com la Internacional Bar Association. Per últim, no ens estranyarà, des d'una perspectiva doctrinal, que quan el Centre d'Estudis Constitucionals va preparar, per a unes Jornades d'Estudis, una bibliografia recent sobre l'*ombudsman*, va haver d'incloure-hi més de 700 títols.

Encara que sigui de passada, afegirem que l'*ombudsmania* té un peculiaríssim registre espanyol, en el procés de la construcció de l'Estat de les autonomies i en la recerca del precedent històric. Això incideix de la mateixa manera en el legislador i en la doctrina. Fairén pot discutir aferrissadament amb Alzaga sobre si el justícia major d'Aragó era més o menys un *ombudsman* en el sentit propi de la paraula. Hi haurà qui darrere el síndic català hi vegi certes institucions històriques que tenien precisament com a missió garantir al mateix temps l'observança del dret pels funcionaris del rei i defensar les lleis de la terra. Pérez Luño, referint-se al més difícil dels casos, va poder veure darrere del defensor del poble andalús el *sabid-Al-mazalim*, que a l'Estat dels omeies era semblant al jutge per als actes injustos del poder, com el jutge del contrafur. Generalment en l'exposició de motius de les lleis reguladores dels defensors autònomicos la recerca no s'emprèn amb entusiasme, cosa que aquí no podem veure amb deteniment.¹

L'expressiva miscel·lània que acabo de presentar no té com a objectiu sumar-se a l'habitual i obligada referència respecte a l'èxit formidable de la institució. Ans al contrari, i des de la perspectiva molt més humil del jurista, tracta únicament de posar en relleu les extraordinàries dificultats que es deriven de la quantitat d'institucions que hi ha sota la capa protectora de l'*ombudsman* i de l'*ombudsmania*. Si, com s'ha dit alguna vegada, fer ciència jurídica és diferenciar, el concepte difús de l'*ombudsman* resulta mancat d'utilitat i sospitos per constituir-se en cobertura indiscriminada.

Com a conseqüència d'això, en primer lloc hi ha una solució insatisfactòria dels problemes de construcció dogmàtica, molts dels quals ni tan sols s'han plantejat. En segon lloc, es produeix una reducció inadmissible de la potencialitat de la figura. Més concretament, en benefici de la «supervisió de l'Administració» s'oblida el defensor quant a defensor dels drets continguts en el títol I de la CE. En tercer lloc, tot això està ple de conseqüències jurídiques, directes o indirectes, però sempre restrictives.

Tot seguit, desenvolupem una mica l'argument a partir del concepte de naturalesa jurídica. La doctrina espanyola no ha fet gran cosa en aquest sentit. No és aquesta la perspectiva dels valuosos treballs de Marc Carrillo, Pitarch, López Besarugen i Pérez

1. La Llei de 12 de febrer de 1985 entronca el diputat del comú «amb l'establiment dels procuradors i personeros que respondria a les Illes Canàries a la via de representació en els Consells». La Llei aragonesa de 27 de juny de 1985, no només cita el precedent sinó que orgullosament ho considera precedent de precedents: «És cert —dirà— que experiències modernes més pròximes, com la de l'*ombudsman* nòrdic, han influït en la configuració i en els poders del defensor del poble, però l'essència d'aquesta institució, la defensa dels drets i de les llibertats dels ciutadans pertany al món històric-jurídic espanyol en virtut de l'existència i pràctica del justícia aragonès». I la Llei basca de 27 de febrer de 1985, encara que assenyali que la institució és nova, afegeix que «és cert també que hi va haver precedents en els territoris bascos d'influència castellana com en els que s'insereixen en les tradicions jurídiques dels regnes pirinencs» encara que «no siguin presents a la memòria dels bascos».

Calvo. Ni dins l'àmbit dels comissionats regionals, dels treballs d'Eguiguren, Bar Cendon, Cano Bueso, Luque Sevilla, Folchi i Bayona, etc. Ha estat Varela-Suances l'únic que s'ha ocupat més de la qüestió. Així doncs, per a ell les notes bàsiques que caracteritzen la naturalesa jurídica de la institució són: en primer lloc, el fet de tractar-se d'un òrgan auxiliar de les Corts Generals. En segon lloc, el fet de tractar-se d'un òrgan de control bifront, és a dir, control de l'activitat administrativa i control semi-contenciós o d'impuls jurisdiccional. En tercer lloc, el fet de ser un òrgan creat per i per a la defensa dels drets fonamentals.

No obstant això, a l'hora d'analitzar els defensors del poble regionals, la preocupació per la naturalesa jurídica desapareix, amb la qual cosa ignorem si és que senzillament es considera irrellevant, o s'assimila implícitament a la del defensor del poble estatal.

Per poder tractar correctament la qüestió que ens interessa, cal aturar-se un moment, si val el joc de paraules, en la naturalesa jurídica de la naturalesa jurídica. Com que és un concepte tan recurrent en l'àmbit dogmàtic, molt pocs l'han tractat. És cert que es pot trobar algun text d'Esmein o de Hauriou respecte a això, encara que es tracti de referències incidentals. En la doctrina espanyola únicament Luis Estévez se n'ha ocupat. En realitat, si observem l'ús que els juristes fan del concepte de naturalesa jurídica, notarem immediatament que aquest actua mitjançant diversos models, no sempre modèlics: *a)* Rutinarisme ingenu. Es tracta, en aquest cas, de continuar un costum inveterat sense experimentar, ni tan sols, la inquietud de preguntar-se a quina necessitat respon; *b)* Naturalesa jurídica com a «essència». Fortament arrelada a la filosofia aristotèlico-tomista, l'essència seria alguna cosa com el constituent primordial d'una cosa. «Dir el que una cosa és equival, indirectament i per això mateix, a dir el que no és, allò que la diferencia d'altres»; *c)* Naturalesa jurídica com a estructura.

Sigui d'una o altra manera, la identificació de la naturalesa jurídica d'una institució serveix, sobretot, per diferenciar (per l'«essència» —entre cometes— d'una institució, per l'estructura, per la finalitat i per què no, pel context, etc). Així doncs, la naturalesa jurídica d'un *ombudsman* universal, omnipresent, ahistòric, indiscriminat, que actualment opera en la doctrina —De Vergottini pot ser-ne un bon exemple en el cas italià i Fairén en l'espanyol— ha servit, segons el nostre parer, precisament per al contrari: per unificar arbitràriament, per identificar un model *urbis et orbe* al qual poden reconduir-se o reduir-se els *ombudsmen* realment existents. I això produeix efectes dogmàtics sense fonament, i fins i tot pràctics, com veurem més endavant.

En definitiva, quina mena d'institució és aquesta que es troba per igual a l'Al Andalus dels omeies i a la Universitat de Princeton, en règims parlamentaris i en altres que no ho són, a vegades dependents del Parlament i altres del Govern, a vegades coincidint amb el mandat parlamentari i altres divergint-ne, en uns casos amb un tipus de competències i en altres amb competències completament diferents?

Les preguntes podrien continuar encadenant-se quasi sense límit. Al final, l'únic punt de coincidència seria que l'*ombudsman* supervisa l'Administració i defensa els administrats dels possibles abusos d'aquesta. Doncs bé, el meu punt de vista és que aquesta nota —que es presenta potser com a arquetipus introduint-se a poc a poc en els arguments de la doctrina i del legislador estatal o territorial— de cap manera no serveix per caracteritzar ni el defensor del poble ni els defensors o comissionats autonòmics.

Recordem amb Hesse que només es pot parlar d'interpretació constitucional quan s'ha de contestar una pregunta de dret constitucional que en vista de la Constitució no

ofereix una solució clara. Comencem doncs, per llegir la Constitució. L'article 54 no diu, en absolut, que el defensor del poble sigui un alt comissionat de les Corts Generals per supervisar l'activitat de l'Administració. Ni tan sols diu que sigui un alt comissionat de les Corts Generals per defensar els drets del títol I mitjançant la supervisió de l'activitat de l'Administració. El que diu és que és un alt comissionat de les Corts Generals per defensar els drets inclosos en el títol I i amb aquesta finalitat podrà supervisar l'activitat de l'Administració. És a dir, des de l'inici constitucional queda clar que el que caracteritza la institució del defensor del poble és la defensa dels drets del títol I i que la facultat de supervisar l'activitat de l'Administració no és sinó un instrument, un instrument entre els possibles, no l'únic, per acomplir aquesta finalitat. Aquesta mateixa situació es repeteix pràcticament sense excepció en els diferents comissionats autonòmics que, fins i tot en alguns casos (valedor, justícia d'Aragó, *ararteko*), amplien considerablement la perspectiva.²

Curiosament, i pel pes de l'arquetipus d'*ombudsman* a què ens hem anat referint, oblidem una figura semblant de la qual prové, en gran part, la regulació espanyola. Ni en els debats parlamentaris, ni en les construccions doctrinals no he trobat cap referència expressa al *provedor* de justícia portuguès, mentre que la seva importància en la construcció espanyola ens sembla indiscutible. Pot ser que aquest no reconeixement exprés es degui al prestigi superior d'altres models. Pot ser que tingui alguna cosa a veure amb les distorsions inicials que resulten del fet que el primer model de *provedor* de justícia, nomenat pel president de la República a proposta del ministre de Justícia, sorgeixi en un moment preconstitucional i com a resultat de la importància urgent que es conferia a la institució. Tal volta es degui a l'escassa divulgació doctrinal d'aquest.

2. La Llei orgànica 3/1981, de 6 d'abril, evidentment no modifica la definició. Les lleis autonòmiques que regulen els diferents comissionats no només ho tracten abundantment sinó que ho aprofundeixen. Així, per exemple, la Llei de 20 de març de 1984 de la Generalitat de Catalunya, estableix que «el síndic de greuges és la institució que, d'acord amb l'art. 35 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, té per missió defensar els drets fonamentals i les llibertats públiques dels ciutadans. Amb aquesta finalitat supervisa (...)». L'article 1 de la Llei del Parlament d'Andalusia 9/1983, d'1 de desembre, continuant amb aquesta curiosa manera de cooperació que és el mimetisme, defineix el defensor del poble andalús com a «comissionat del Parlament designat per aquest per a la defensa dels drets i de les llibertats compresos en el títol I de la Constitució, i amb aquesta finalitat podrà supervisar...». Fórmules semblants adopta la Llei de 12 de febrer de 1985 reguladora del diputat del comú. Més rotunda és la Llei del Parlament basc 3/1985, de 27 de febrer: «L'*ararteko* és l'alt comissionat del Parlament per a la defensa dels drets compresos en el Títol I de la Constitució, els garanteix d'acord amb la llei i els vetlla perquè es compleixin els principis generals de l'ordre democràtic inclosos a l'art. 5 de l'Estatut d'Autonomia». La Llei de 5 de juny de 1984, del valedor del poble gallec, no només actua igualment sinó que, per dir-ho d'alguna manera, «obre» fins i tot formalment les possibilitats de la institució: «El valedor del poble és l'alt possibilitats de la institució: «El valedor del poble és l'alt comissionat del Parlament de Galícia per a la defensa, en l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma, dels drets compresos en el títol I de la Constitució i per a l'exercici de les altres funcions que aquesta Llei li atribueix. L'activitat del valedor del poble s'estendrà a la tutela dels drets individuals i col·lectius que emanen de l'Estatut d'Autonomia, en especial els sancionats en el títol preliminar». La fórmula extrema la constitueix posar la Llei, de 27 de juny de 1983, reguladora del justícia d'Aragó en definir-lo de la manera següent: «El justícia d'Aragó és la institució que té com a missió la protecció i la defensa dels drets i de les llibertats individuals o col·lectives reconegudes a l'Estatut, la tutela de l'ordenament jurídic aragonès vetllant per a la seva defensa i aplicació, i la defensa de l'Estatut». Insisteixo, doncs, que el que caracteritza el defensor i els comissionats parlamentaris espanyols és la defensa dels drets del títol I i no la supervisió de l'activitat de l'Administració, que no té més valor que l'instrumental.

Doncs bé, creiem que el model portuguès és el que opera legalment per primera vegada en la decisiva transformació de convertir el *provedor* en una institució de defensa dels drets i de les llibertats. Com ha escrit Luis Silveira, l'*ombudsman* va sorgir originàriament com una institució destinada a controlar l'actuació de l'Administració i encara avui hi ha qui considera que aquesta és la seva missió específica i principal. Això no obstant, s'ha produït recentment una forta tendència al reconeixement de la seva naturalesa de mitjà no judicial de defensa dels drets de l'home.

L'estatut del *provedor* va establir expressament aquesta dicotomia de finalitats conferint una rellevància instrumental a la tasca d'assegurar, mitjançant mecanismes informals, la justícia i la legalitat de l'Administració. A part d'això, aquesta orientació, si bé no es troba legalment establerta, apareix cada cop amb més insistència. En el seminari de Siena, el 1982; en el de Madeira, el 1983, i a la taula rodona dels *ombudsmen* europeus que va tenir lloc a Madrid el 1985, aquesta perspectiva ha estat la destacada. En la Resolució (85) 8 del Consell d'Europa i en la seva recomanació (85) 13, s'incita els estats membres, no només a crear la institució sinó a reforçar-ne els poders en matèria de defensa dels drets humans.

Que el *provedor* de justícia tingui aquesta definició i que s'aculli a aquest model produeix, evidentment, conseqüències jurídiques que afecten les seves funcions i competències. Només n'esmentarem les més destacades i, si ho volem, les que no s'estableixen en els models habituals:

1) Invocar davant el Tribunal Constitucional la inconstitucionalitat per omissió; és a dir, la no emanació de legislació ordinària, concretament dels preceptes constitucionals.

2) La facultat de requerir al Tribunal Suprem la il·legalització i l'extinció conseqüent de les organitzacions fascistes.

3) La possibilitat de suscitar davant el Ministeri Fiscal l'inici de les accions judicials destinades a obtenir la condemna en l'abstenció de l'ús, o de la recomanació de les clàusules generals dels contractes sempre que siguin abusives o contràries a la bona fe, i també sol·licitar la modificació de clàusules amb les mateixes característiques, des del moment en què siguin imposades o siguin aprovades per entitats públiques.

De l'anàlisi de tot això, voldria deduir, en referència amb el *provedor* de justícia, però aplicable al cas dels defensors espanyols:

- a) Que l'afirmació de la institució com a defensora dels drets i llibertats no manca de conseqüències jurídiques; competencials i funcionals per ser més exactes.
- b) Que aquesta atribució general de la finalitat de defensa, ni tan solament no exclou per complet les relacions jurídico-privades.

Passem ara, amb aquests nous coneixements, a tractar el cas espanyol. El defensor és, sobretot, un defensor dels drets i de les llibertats contingudes en el títol I. Per tant, la supervisió de l'Administració, d'una banda ha de dur-se a terme, preferentment, en defensa d'aquests drets i, de l'altra, la supervisió de l'Administració no esgota, ni de bon tros, les possibilitats i les corresponents facultats del defensor del poble. I encara que no s'hagi pensat suficientment en això, la cosa és mitjanament

clara —ja en el decisiu moment constitucional; art. 54 i 162 1 a i b— quan s'atribueix al defensor del poble (cosa que no ocorre amb els comissionats autonòmics els quals hauran de dirigir-se al defensor estatal a aquests efectes) legitimació per interposar els recursos d'inconstitucionalitat i d'empara.

Podríem aprofundir més en aquesta direcció, però per no ser reiteratius ens sembla més adequat plantejar una altra qüestió que creiem que és la qüestió central: el defensor del poble disposa d'altres facultats com a defensor dels drets i de les llibertats? O, més ben dit, les seves facultats respecte a això són taxades o obertes? Penseu en les extraordinàries possibilitats que ofereix el supòsit de l'art. 28.2 de la Llei orgànica en establir que «si com a conseqüència de les seves investigacions arribés al convenciment que el compliment rigorós de la norma pogués provocar situacions injustes o perjudicials per als administrats, podrà suggerir a l'òrgan legislatiu competent o a l'Administració, la modificació d'aquesta». Penseu en les possibilitats que ofereix el que anomenaríem capacitat general de suggeriment de l'art. 30.2.

Les lleis reguladores dels comissionats autonòmics encara són més generoses en el reconeixement d'aquestes possibilitats. Només cal pensar en l'art. 22.3 i 4 de la Llei reguladora del justícia d'Aragó o en l'art. 11 de la Llei reguladora de l'*ararteko*.³

La meua impressió és que les facultats del defensor i dels comissionats parlamentaris no estan taxades, sobretot no estan taxades en el que afecta la defensa dels drets del títol I. És a dir, pot utilitzar les facultats expressament establertes a la Llei i qualssevol altres que no estiguin legalment vedades. En aquest sentit actua, des del meu punt de vista, sense cap altre límit que el de la legalitat.

Les facultats que la Constitució o, si escau, les lleis reguladores confereixen expressament, no constitueixen l'enumeració tancada de les seves atribucions sinó la manera de posar-ne altres a la seva disposició que, si no hagués estat així, mai no haguessin estat al seu abast (penseu respecte al defensor del poble en la legitimació en els recursos d'inconstitucionalitat i d'empara). Quan la legislació reguladora vol privar-lo expressament d'una competència material o formal, així ho fa. És el cas de l'«examen

3. Així, i només enumeraré exemples il·lustratius, l'art. 22.4 de la Llei reguladora del justícia d'Aragó: «Si l'aplicació d'una norma legítimament acordada fos la que conduís a resultats injustos o nocius, el justícia podrà recomanar modificar-la o derogar-la» (observeu que no hi ha delimitació material de les normes en qüestió). De la mateixa manera, l'art. 22.3: «Entre els suggeriments formulats pel justícia podrà trobar-se la proposició de fórmules de conciliació o acord per solucionar un problema determinat» (observeu que hi ha la mateixa carència de delimitació material). En el mateix sentit, cal pensar en el subtilíssim art. 31.2: «Amb l'únic objectiu de fixar la doctrina legal, el justícia d'Aragó podrà dirigir-se a qualssevol autoritats que tinguin competències per interposar recursos i exercitar accions davant els tribunals, a fi de sol·licitar-los la seva actuació amb la finalitat de defensar l'Estatut d'Autonomia d'Aragó i procedir a la millor tutela de l'ordenament jurídic aragonès». En el cas de l'*ararteko*, feu atenció a l'art. 11.e el qual el faculta per «divulgar mitjançant tots els mitjans al seu abast i, en particular, pels mitjans de comunicació pública, la naturalesa del seu treball, les seves investigacions i l'informe anual» la qual cosa és una claríssima apel·lació a l'opinió pública, a part d'això completament lògica, quan el seu informe anual va dirigit a les Corts o a l'òrgan equivalent de la Comunitat Autònoma que «representa el poble». O l'extraordinària amplitud de la facultat conferida per l'art. 12.b: procedir a les investigacions que cregui oportunes, sempre que no col·lideixin amb els drets o els interessos legítims dels ciutadans i de les entitats subjectes a control». Fins i tot, per no estendre'ns més, no són gaires les possibilitats que ofereix l'art. 17.1 del restrictiu i abusivament mimètic text regulador del defensor del poble andalús quan estableix que el refús de les queixes es farà «per escrit motivat podent informar la persona interessada sobre les vies més oportunes per exercitar la seva acció, si al seu entendre n'hi hagués alguna i sens perjudici que la persona interessada pogués utilitzar les que consideri més pertinents».

individual d'aquelles queixes sobre les quals està pendent una resolució judicial» (art. 17.2), és el cas de les queixes, d'alguna manera, sobre l'Administració de justícia (art. 13), etc.

D'aquesta manera, cal preguntar-se quines raons podrien avalar la nostra tesi que les competències dels defensors no són unes competències taxades i que no tenen cap altre límit que el de la legalitat. A part del que acabem de veure sobre les competències expressament atribuïdes i expressament denegades, podríem esmentar aquestes raons:

1. Les competències d'un òrgan no poden entendre's restrictivament en allò que afecten la defensa dels drets i de les llibertats. No crec, ni tan sols, que faci falta insistir-hi.

2. La informalitat i la flexibilitat de les institucions en qüestió no pot suspendre's precisament en el moment decisiu de delimitar-ne materialment l'àmbit d'actuació.

3. El seu caràcter tantes vegades assenyalat (i no només doctrinalment sinó d'una manera reiterada en els preàmbuls i en les exposicions de motius) de magistratura de persuasió i d'opinió —precisament per a la defensa dels drets i de les llibertats del títol I; això no ha d'oblidar-se mai— casa malament amb una comprensió restrictiva de les seves facultats.

4. No s'entén que es puguin atribuir funcions a un òrgan sense que simultàniament no se li atribueixin les competències per desenvolupar-les. Per dir-ho de la manera més simple: a vegades la legitimació per interposar el recurs d'empara s'ha entès com el corol·lari únic de la seva qualitat de defensor dels drets i de les llibertats. Això no obstant, no té sentit quan: *a)* els drets i les llibertats que el defensor ha de defensar són tots els del títol I. És a dir, la seva legitimitat per interposar el recurs d'empara i la seva qualitat de defensor dels drets no són coextensives i *b)* els comissionats autonòmics també són defensors dels drets i de les llibertats i, no obstant això, no estan legitimats per interposar el recurs d'empara.

Si la nostra construcció no està completament errada, les atribucions i, ara en termes polítics, les possibilitats d'actuació del defensor i dels comissionats són molt més àmplies del que fins ara se suposava. Naturalment, no podem deixar aquí per conclòs l'edifici dogmàtic d'aquestes noves possibilitats. Però, vegem-ne algunes mostres:

1. No seria inimaginable un defensor que emprés el recurs a l'opinió pública —que per exemple ha considerat Ricardo Median— com a instrument per exercir persuasió.

2. No seria inimaginable un defensor que es dirigís a les Corts o als parlaments regionals instant-los a superar les inconstitucionalitats per omissió.

3. No seria inimaginable un defensor que de la recepció de queixes que afecten relacions jurídiques privades suscités, si més no, impulsos de legislació, modificació legislativa, derogació, etc. És a dir, no és que resultés imaginable, és que desenvoluparia més adequadament les seves funcions.

II. Defensor, comissionats i defensa dels drets del títol I

Fem ara un gir momentani que, no obstant això, ens portarà al mateix punt d'arribada. Com se sap, si una qüestió ha cridat l'atenció en aquest àmbit, durant els darrers anys, ha estat les relacions entre el defensor del poble i els comissionats autonòmics, tant en la dimensió prioritària de pugna competencial com en la dimensió subsidiària de cooperació i col·laboració.

De fet, aquesta qüestió es troba present des d'abans del naixement de la Constitució. És coneguda de sobres la posició de Pedro de Vega en ple procés constituent a favor dels comissionats autonòmics. Coneguts són els intents inicials en els debats constituents per al reconeixement exprés del dret de les comunitats autònomes per instituir un defensor del poble propi, i també l'ulterior fracàs, i fins tot l'oblit. Quan es va elaborar la Llei orgànica del defensor del poble, es trobaven pràcticament pendents de referèndum els estatuts d'autonomia català i basc, i es trobava en un avançat procés d'elaboració l'Estatut de Galícia, tots els quals recollien en el seu articulat la institució del defensor del poble regional, amb la qual cosa defensors regionals eren pràcticament un fet que no hi havia més remei que acceptar.

Ateses aquestes circumstàncies, un primer problema recurrent que s'ha plantejat és les possibilitats d'institucionalitzar la figura en aquelles comunitats que no ho havien previst estatutàriament. Només des d'una lectura abusivament literal de l'art. 147.2.c de la Constitució podria, en principi, arribar-se a una resposta negativa. En termes sistemàtics, res no semblava oposar-se a una visió dinàmica del procés d'institucionalització de les comunitats— sobretot perquè la Constitució havia definit els estatuts com a norma institucional bàsica.

De qualsevol manera, la Sentència del Tribunal Constitucional 35/1982, de 14 de juny, en el recurs d'inconstitucionalitat promogut pel president del Govern contra la Llei 9/1981 del Parlament basc, referida al Consell de Relacions Laborals, va resoldre definitivament la qüestió, tot i que la presència estatutària dels comissaris autonòmics es convertís en garantia institucional de la seva presència i de la seva no supressió per una llei territorial ulterior.

A partir d'aquest moment, els problemes presentats van ser fonamentalment uns altres. Concretament, el punt de partida el constituïen els art. 9 i 12 de la Llei orgànica. El primer en establir que «les atribucions del defensor del poble s'estenen a l'activitat dels ministres, les autoritats administratives, els funcionaris i qualsevol persona que actuï al servei de les administracions públiques» —dit així en plural— i el segon en establir, d'una banda, que «el defensor del poble podrà en tot cas, d'ofici o a instància de part, supervisar per ell mateix l'activitat de la Comunitat Autònoma en l'àmbit de les competències definides per aquesta Llei» i, posteriorment, que «als efectes previstos en el paràgraf anterior, els òrgans similars de les comunitats autònomes coordinaran les seves funcions amb les del defensor del poble i aquest podrà sol·licitar-ne la cooperació».

Com se sap, el tema estava plantejat des de la mateixa dicció literal de l'art. 54 de la Constitució, on la veu Administració semblava referir-se a l'estatal i encara més quan l'art. 153 CE no incloïa el defensor del poble entre els òrgans de supervisió de les comunitats autònomes.

A l'art. 14 de la proposició de llei presentada pel grup socialista, i de la qual partiria la Llei orgànica del defensor del poble, semblava que mantenia la mateixa

tesi: «El defensor del poble elegit per les Corts Generals no serà competent per conèixer aquelles queixes que es formulin pels ciutadans en relació amb el funcionament de l'Administració pública de les comunitats autònomes en aquelles matèries que siguin de la seva competència exclusiva.»

Malgrat això, com acabem de veure, la Llei orgànica 3/1981 imposava el model cooperatiu i establia, més enllà de tota mena de dubte, la facultat del defensor estatal de supervisar l'Administració de les comunitats autònomes.

El disseny cooperatiu-col·laborador evidentment no podia restar en l'estat en què l'havia deixat l'art. 13.2 de la Llei orgànica. Potser, entre altres coses, per la manca de delimitació constitucional. Personalment sostenim que, malgrat l'èxit actual del principi cooperatiu, el que més es pot trobar a la Constitució és un principi implícit de cooperació, però que només es fa visible quan rep l'impuls polític necessari.

Segons creiem, l'Informe de la Comissió d'Experts és qui per primera vegada ho treu a la llum i ho fa precisament com una necessitat pràctica. La STC 64/1982, de 4 de novembre, constitueix l'altra referència obligada: «És aconsellable una col·laboració adequada entre l'Administració de l'Estat i la comunitat autònoma (...) necessària per al bon funcionament de l'Estat de les autonomies». Si més no, cal remarcar la confusió que, segons el nostre parer, s'estableix en el Tribunal Constitucional, fins i tot en l'àmbit terminològic, entre col·laboració, coordinació i cooperació, però és encara més remarcable que un principi constitucional vertebral (segons referència habitual de la doctrina) sigui aconsellable en lloc d'exigible. En definitiva, la conclusió que ens interessa és que, a manca de delimitació constitucional, el principi de cooperació s'ha de construir cas per cas, concretament per al que a nosaltres ens interessa, en el supòsit de l'art. 12.2 de la Llei orgànica del defensor del poble.

En relació amb aquesta qüestió, els parlaments de Catalunya, Andalusia i Aragó, fent ús del supòsit d'iniciativa legislativa de l'art. 87.2 de la CE, varen presentar una proposició de llei que, finalment, va donar lloc a la Llei 36/1985, de 6 de novembre, per la qual es regulen les relacions entre la institució del defensor del poble i les figures similars en les diverses comunitats autònomes. Aquesta Llei engloba dues dimensions: una, (que aquí expressament no ens interessa) dedicada a instituir les prerrogatives i les garanties que la tasca dels comissionats autonòmics requereixen per a l'eficàcia de la seva tasca i que no es poden establir mitjançant una llei territorial. L'altra, en la qual ens concentrarem, relativa al règim de cooperació.

Això no obstant, el text de la proposició de llei es va modificar significativament pel Senat en l'apartat 1 de l'art. 2, de tal manera que la supervisió pel defensor del poble i pel comissionat parlamentari autonòmic es podria fer en règim de cooperació en l'àmbit de l'activitat de l'Administració pública pròpia de cada comunitat autònoma, i també de les administracions dels ens locals quan actuïn en l'exercici de competències delegades per aquella.

La solució no va satisfer tots els parlaments de les comunitats autònomes (la qual cosa certament il·lustra fins a quin punt el principi de cooperació juga d'una manera o d'una altra, segons les forces polítiques dominants en cada comunitat autònoma). El Parlament català, sota l'impuls de Convergència i Unió, va acordar sol·licitar un dictamen al Consell Consultiu de la Generalitat i aquest, després de declarar-se competent, va produir el Dictamen 114, en què, a part d'altres coses que poc tenien a veure amb el que es va demanar, conclouia que l'incís «quan actuïn en exercici de competències delegades per aquella» de l'art. 2.1 de la Llei 36/1985 és contrari a la

Constitució i a l'Estatut d'Autonomia. Un cop presentat el Recurs d'inconstitucionalitat 153/1986 en el Tribunal Constitucional, va donar lloc a la Sentència 157/1988, de 15 de setembre, en la qual es desestima el recurs i es posa en relleu que «el que fa l'art. 2.1 de la Llei 36/1985 és determinar supòsits de cooperació entre el defensor del poble i les figures autonòmiques similars i (...) no regula, ja que no és objectiu seu, ni l'àmbit competencial del defensor del poble ni el de les esmentades comunitats autònomes» (FJ 4), però afegint-hi, al mateix temps, que «no solament no hi ha restricció de l'àmbit d'actuació previst a l'art. 35 de l'EAC sinó que, en realitat, el precepte parcialment impugnat preveu una actuació dels comissionats parlamentaris autonòmics més àmplia del que podria fer-se en una interpretació literal i estricta del citat precepte de l'Estatut català».

Atès que la STC 142/1988, de 12 de juliol, ha resolt el Recurs d'inconstitucionalitat 868/85 promogut pel president del Govern contra la Llei reguladora del justícia d'Aragó (amb interessants matisos que aquí no podem considerar), s'ha de donar la qüestió per resolta i podem afirmar:

a) Que el defensor del poble pot supervisar l'Administració de la comunitat autònoma, encara que aquesta tingui el seu propi comissionat parlamentari.

b) Que aquest fet podrà fer-se en règim de cooperació. Heus aquí com aquesta perspectiva ens retorna un cop més al defensor i als comissionats com a defensors dels drets inclosos en el títol I. No tindria sentit, de cap altra manera, l'abast de la seva supervisió a l'activitat de l'Administració pròpia de la comunitat autònoma. Vulneraria el repartiment competencial establert constitucionalment i estatutàriament. Vulneraria els art. 147.2c i 148.1, si no és perquè la seva condició bàsica de defensor dels drets del títol I i no la seva capacitat instrumental de supervisor de l'Administració l'empara. Es fonamenta —com ha recordat Varela-Suances Carpegna— en els art. 9.1, 53.1 i 3 i sobretot l'article 139.1, en establir que «tots els espanyols tenen els mateixos drets i les mateixes obligacions en qualsevol part del territori de l'Estat».

És evident que en aquesta construcció és implícit que el defensor del poble estatal només podrà supervisar l'Administració autonòmica en el que afecta els drets inclosos en el títol I de la Constitució (la qual cosa no sempre ocorre a la pràctica). Encara que no s'hagi esmentat suficientment, aquella i no una altra és la dicció literal de l'art. 2.1 de la Llei 36/1985.

Però hi ha una altra cara de la moneda que ara ens interessa destacar. L'establiment d'un règim de cooperació adquireix un sentit particular a l'hora de concebre els comissionats autonòmics com a defensors dels drets del títol I, perquè, a aquests efectes, els facilita l'impuls de competències de les quals ells manquen (per exemple, les que disposa el defensor del poble). I em sembla que és aquesta la manera de veure les coses després del FJ 3 de la Sentència 142/1984, de 12 de juliol, sobre la impugnació, per part del president del Govern, de determinats articles de la Llei reguladora del Justícia d'Aragó.

Concretament, l'art. 2.3 («el justícia d'Aragó, en el compliment de la seva missió, podrà dirigir-se a tota classe d'autoritats, organismes, funcionaris i dependències de qualsevol Administració amb seu a la Comunitat Autònoma»), en advertir que «podrà dirigir-se», no significa efectes vinculants i generació d'obligacions. No equival, per tant, a supervisió, sinó que «el precepte es limita a autoritzar o a fer possible que el justícia es posi en comunicació amb qualsevol òrgan o dependència de les administra-

cions presents en la Comunitat Autònoma, bé a efectes de sol·licitar d'elles la informació o ajut que puguin resultar necessaris per a la funció (de) (...) protecció i defensa dels drets individuals i col·lectius reconeguts en aquest Estatut o (...) per al compliment (...) de la tutela de l'ordenament jurídic aragonès i la defensa de l'Estatut».

III. Disseny jurídic i pràctiques concretes

Segons les meves posicions metodològiques i la preocupació consegüent per l'eficàcia empírica de les normes, he d'efectuar, encara que sigui molt breument, unes consideracions sobre les pràctiques portades a terme pel defensor estatal i pels comissionats autonòmics. Malauradament, és una matèria que ha ocupat escassament la doctrina i, quan ho ha fet, ha estat amb apreciacions merament quantitatives, potser facilitades per les d'aquest caràcter que els informes del defensor i els comissionats han d'oferir. Si intentem passar a un àmbit qualitatiu, el primer que s'hauria de ressaltar és que l'experiència dels informes produïts fins ara, lluny de millorar l'estat de la construcció dogmàtica, el complica extraordinàriament.

D'aquesta manera, els trets pràctics que en podem destacar són els següents:

1. Un cert declivi en l'autoconsideració com a defensor dels drets inclosos en el títol I i un paral·lel creixement de la seva concepció de supervisor de l'Administració. De moment, respecte al defensor estatal, en l'*Informe de 1983* s'autodescriu significativament com a instrument «per completar el sistema de tutela i promoció de les llibertats i dels drets humans reconeguts en el títol I, no només els de caràcter únic i polític, sinó també els d'índole econòmica, social i cultural».

Només en un segon pla apareix la funció de «supervisar (...) totes les administracions públiques». D'una manera més clara encara, en aquest mateix *Informe*: «L'essencial no és esforçar-se merament, encara que sigui amb la major dedicació possible perquè siguin corregides i reparades les infraccions, per acció o per omissió dels serveis de les administracions públiques respecte a les llibertats i als drets bàsics reconeguts a la Constitució. Tant o més important és contribuir que es progressi en el camí de les reformes reglamentàries i legislatives, amb la intenció que (...) es vagin promovent aquelles condicions que facin reals i efectives la llibertat i la igualtat de tots els ciutadans, es remoguin els obstacles, etc.»

En el segon *Informe*, l'impuls és menys evident però encara es privilegia en l'actuació, juntament amb el seu paper de comunicació entre els ciutadans i l'Administració, i de defensor de la Constitució enfront del poder legislatiu de l'Estat i de les comunitats autònomes, el seu paper com a impulsor del desenvolupament dels principis i dels valors contitudionals de llibertat, igualtat, justícia, pluralisme i solidaritat inherents a un Estat democràtic i social.

A partir de l'*Informe de 1985*, aquest impuls sembla que es perdi. La seva dicció literal és molt explícita: «és patent que el quefer immediat i més absorbent del defensor del poble consisteix a apreciar si les actuacions dels diversos òrgans i serveis de l'Administració pública s'ajusten a la legalitat vigent, (...) encara que no estiguin directament en joc els drets constitucionals».

2. En l'autoconcepció dels comissionats autonòmics, el seu caràcter de defensors dels drets del títol I sempre ha estat més restringida que en el cas del defensor estatal,

però encara així és decreixent. En el cas dels informes presentats pel diputat del comú i el síndic català des de l'inici mateix, se situen com a mers supervisors de l'Administració (cosa que per a aquest darrer no és obstacle per pronunciar-se àmpliament sobre les modificacions introduïdes en el Senat respecte a la proposició de llei presentada pels parlaments català, andalús i aragonès).

En el cas del defensor del poble andalús, el seu primer *Informe* és transparent: en diferents moments, defineix com el més propi amb la institució «realitzar una anàlisi general que permeti portar al coneixement de la Cambra quines són les demandes socials que el poble andalús ens fa arribar amb major insistència i angoixa». I en un altre lloc: «La institució no tindria raó de ser, si s'atengués estrictament al compliment de la Llei, reduint el dret a la pura lletra de la pròpia Llei, amb oblit dels principis i valors establerts per la Constitució». Aquest tipus d'impulsos s'aniran perdent progressivament.

3. Els defensors i els comissionats (especialment l'estatal i l'andalús) han tendit a interpretar flexiblement i informalment la seva funció, però aquesta flexibilitat i informalitat han estat selectives. Per il·lustrar el que diem, prenem l'exemple més evident obtingut del primer *Informe* del defensor estatal. «S'ha estat —dirà— extraordinàriament flexible en la inadmissió de queixes per raons d'extemporaneïtat quan el termini està expressament fixat per l'art. 15.1 de la Llei orgànica i, no obstant això, s'ha donat per suposada la inadmissibilitat de les queixes que afecten relacions jurídic-privades quan ni en la Llei orgànica ni en el mateix reglament no s'indica absolutament res respecte a això (el mateix han fet, per cert, els altres comissionats).

Creiem que es dona per suposat: *a*) que la queixa és l'única manera de dirigir-se al defensor o al comissionat; *b*) que necessàriament han de referir-se a l'Administració. Ambdues coses, si més no, hauran de provar-se. Un defensor o comissionat desitjós d'ampliar la seva capacitat de defensor dels drets del títol I podria, almenys potencialment, actuar d'altres maneres. Per exemple:

a) Tractant-les com les queixes referides al funcionament de l'Administració de Justícia el trasllat de la qual al Ministeri Fiscal o al Consell General del Poder Judicial no impedeixen que les consideracions generals dels problemes en qüestió (per exemple, d'un conjunt de queixes referides a arrendament urbans, no se'n pot derivar un altre suggeriment de modificació legislativa?).

b) Aprofitar (com, de fet es fa) l'escrit motivat d'inadmissió per complir una funció orientadora.

Hi ha un important desajustament (més en el cas del defensor estatal i de l'andalús) entre la relativa amplitud amb què conceben la seva funció i les seves pràctiques, considerablement més restringides.

4. El model de les relacions amb les Corts o amb l'assemblea legislativa corresponent encara està escassament definit i, com a tal, ple de problemes. No discutirem el caràcter d'òrgan auxiliar, la falta de vinculació mitjançant el mandat imperatiu, independència (avalada pel règim d'incompatibilitats, manca de sincronia amb el Parlament, etc.).

Ara bé, permeteu-me telegràficament plantejar dos problemes. Primer: en l'informe a les Corts, què fa?, dona compte de la seva tasca o de les tasques de l'Ad-

ministració? es posa en qüestionament ell mateix o l'Administració supervisada? (Deixem pel moment altres qüestions al marge). Segon: Si no hi ha mandat imperatiu, com pot ser cessat per negligència? Perquè no oblidem que la negligència és un concepte construït jurisprudencialment que no coincideix, ni de bon tros, amb la responsabilitat política.

5. El règim de cooperació entre el defensor del poble i els comissionats autonòmics encara s'ha d'establir o, el que és pitjor (i aquesta és la nostra opinió) roman simultàniament fàctic i secret. Resulta vertaderament visible, després de la Llei 36/1985, en els capítols que dediquen al tema els informes corresponents, ja que generalment esmenten les bones relacions personals i les conferències a les quals han assistit junts. Encara resulta menys visible quan es parla d'un conveni específic relatiu a procediments informàtics o que els acords de col·laboració es limitin a alguna comunitat autònoma en concret.⁴

El temps no permet res més. Com s'haurà pogut veure —i sobretot a l'última part dels nostre treball— són més els problemes presentats que les solucions ofertes. Potser complim així una de les exigències de les quals parlàvem en presentar el tema. Que fos suficientment obert com per animar el futur de la investigació.

Bibliografia

Abreviatures

DA: Documentación Administrativa
 INAP: Instituto Nacional de Administración Pública
 RDP: Revista de Derecho Político
 REDA: Revista Española de Derecho Administrativo
 REDC: Revista Española de Derecho Constitucional
 REP: Revista de Estudios Políticos
 RJC: Revista Jurídica de Catalunya

Diversos autors, *Diez años de la Ley orgánica del defensor del pueblo. Problemas y Perspectivas*, ed. Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo de la Universidad Carlos III (amb treballs de Fernando Sáinz Moreno, Luciano Parejo, Carlos Granados, Luis Aguiar i Ascensión Elvira). Madrid, 1992.

Bar Cendón, A., «El defensor del pueblo en el ordenamiento jurídico español», a M. Ramírez Jiménez (ed.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Pórtico, Saragossa, 1982.

4. A l'últim Informe publicat, de 1991, com a manifestació de les «excel·lents relacions» del defensor del poble amb les institucions similars dels ens autonòmics, s'esmenta un «acord o protocol de cooperació» amb el síndic de greuges: «Voldria acabar amb una referència a la relació del defensor del poble amb les institucions similars dels ens autonòmics, tant el síndic de greuges, com el justícia d'Aragó, com l'*ararteko*, com el *defensor do povo*, el defensor del poble andalús o el diputat del comú a les Canàries. Hem tingut unes relacions excel·lents, fins al punt que amb el síndic de greuges hem signat un acord o protocol de cooperació, que està funcionant perfectament d'acord amb la Llei, i no hem tingut cap problema sinó una cooperació».

- «La regulación jurídica de los defensores del pueblo regionales: ¿cooperación o conflicto?», *RDP*, núm. 18, 1983.
- Bermejo Vera, J., «El defensor del pueblo y las figuras similares autonómicas: alcance de la coordinación y cooperación», *REDA*, núm. 68, 1990.
- Boquera, J. M., *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965.
- Cano Bueso, J., *El defensor del pueblo andaluz*, Sevilla, 1986.
- Carrillo López, M., «El defensor del pueblo: ¿Factor de democratización?» *RJC*, núm. 4, 1982.
- Cazorla Pérez, J. i Cano Bueso, J., «Los defensores del pueblo: imagen pública e interrelaciones jurídicas», *REP*, núm. 59, 1988.
- Eguiguren Imaz, J., «El *ararteko* o defensor del pueblo vasco», *REP*, núm. 46-47, 1985.
- Fairén Guillén, V., *El defensor del pueblo-ombudsman*, CEC, Madrid, 1982 (vol. I) i 1986 (vol. II).
- Gil Robles y Gil Delgado, A., *El Control parlamentario de la Administración (el ombudsman)*, INAP, Madrid, 1981.
- *El defensor del pueblo*, Civitas, Madrid, 1979.
- La Pérgola, A., «Ombudsman y defensor del pueblo: Apuntes para una investigación comparada», *REP*, núm. 7, 1979.
- González Pérez, J., «Nuevos sistemas de control de la Administración Pública», *REDA*, núm. 22, 1979.
- Luque Sevilla, L., *El defensor del pueblo andaluz*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Granada, 1984.
- Oehling Ruiz, H., «El defensor del pueblo: Algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional», *REP*, núm. 72, 1991.
- Pérez Calvo, A., «Rasgos esenciales del defensor del pueblo según la Constitución y la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril», *RDP*, núm. 11, tardor 1981.
- «Aspectos constitucionales del defensor del pueblo», *RDP*, núm. 4, 1979.
- Pérez Luño, A., «El defensor del pueblo de Andalucía», a J. Pérez a Royo i A. Porras Nadales, *El Parlamento de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Powell, G. R., «Ombudsmanía», *Parlamentarian*, 50, núm. 1, 1969.
- Ruiz-Rico, J. J., «El defensor del pueblo andaluz», a J. J. Ruiz-Rico i altres, *El Estatuto de Andalucía. IV. Las garantías*, ed. Ariel, 1990. Igualment, a A. Porras Nadales i J. J. Ruiz-Rico (dir. i coord.), *El Estatuto de Andalucía. Estudio sistemático*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990.
- Silveira, L., «El defensor del pueblo en Portugal», *REP*, abril-setembre 1988.
- Torné, J., «Algunas ideas políticas sobre el derecho administrativo y la Administración pública», *DA*, núm. 167, 1975.
- Varela Suanzes-Carpegna, J., «La naturaleza jurídica del defensor del pueblo», *REDC*, núm. 8, 1983.