

LOS DEFENSORES DEL PUEBLO AUTONÓMICOS TRAS LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Jaén

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El Síndic de Greuges en el nuevo Estatuto de Cataluña. – 3. La nueva versión estatutaria –limitada– del Defensor del Pueblo andaluz. – 4. Examen de otros modelos autonómicos: Aragón, Valencia, Baleares y Castilla y León. – 5. Los catálogos estatutarios de derechos y su proyección en la dimensión competencial de los defensores del pueblo autonómicos. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. Introducción

Una de las notas destacadas de las reformas estatutarias recientemente aprobadas ha sido, sin duda, la culminación del proceso de *institucionalización* de las comunidades autónomas (CC.AA.). En efecto, durante estas primeras décadas de funcionamiento del modelo territorial diseñado por la Constitución, se detectaron necesidades estructurales que sólo pudieron suplirse mediante la labor legislativa de los parlamentos autonómicos. Con posterioridad, la apertura del sistema ha permitido la renovación de la organización institucional de las comunidades, si bien esa oportunidad no parece haberse aprovechado en todas las posibilidades que ofrecía la reforma estatutaria, al contrario de lo que ha sucedido con la dimensión competencial y “dogmática”, que sí han experimentado, respectivamente, una considerable actualización y una inédita configuración.

Artículo recibido el 06/12/2007; aceptado el 14/01/2008.

Sin embargo, el *anclaje estatutario* de la institución del *Ombudsman* autonómico se había producido ya en la mayor parte de los primeros textos estatutarios, aunque de una manera bastante indefinida y no siempre homogénea. La simple comparación de aquellos estatutos originarios –una parte importante de los cuales todavía sigue en vigor– nos conduce a una comprensión dubitativa y todavía imprecisa de esta figura. La apreciación anterior se puede comprobar, por ejemplo, en la ubicación que recibió el Defensor autonómico en el Estatuto andaluz¹ o en la referencia todavía implícita del Estatuto vasco a la hora de referirse a un “órgano similar” al Defensor del Pueblo del Estado. Otras normas estatutarias, aprobadas más tarde en las comunidades de régimen ordinario (o de vía lenta), proporcionarían al Defensor autonómico un enclave más coherente con su extracción parlamentaria. Incluso en algunos de ellos recibiría una regulación específica, como institución “autónoma” del Parlamento regional.² En todo caso, la remisión que aquéllos hacen a una futura ley autonómica concentra en el Parlamento de cada comunidad la responsabilidad de fijar el Estatuto funcional y la naturaleza jurídica de esta institución.

La principal conclusión que se desprende del tratamiento estatutario inicial de los *Ombudsman* autonómicos es la tendencia generalizada a reproducir el esquema básico, y excesivamente sintético, que se encuentra en la Constitución del Defensor del Pueblo estatal.

Una observación global a los nuevos estatutos refleja, como primer dato, el intento de los poderes estatuyentes por categorizar a los defensores autonómicos como instituciones de naturaleza estatutaria y, en segundo lugar, su calidad instrumental como mecanismos de tutela del catálogo de derechos recién incorporados a las normas “fundamentales” de las CC.AA.

1. Resulta sintomático de esa indefinición estatutaria el hecho de que el Defensor del Pueblo andaluz se regulara en el título sobre el “Consejo de Gobierno y el Presidente de la Junta”, cuando el mismo precepto que lo regula (artículo 46) afirma claramente su naturaleza parlamentaria (“Comisionado del Parlamento”). Esta paradoja contrasta con la previsión que hacía el primer Estatuto de Cataluña sobre el *Síndic de Greuges* en su artículo 35, dentro del capítulo dedicado al “Parlamento” de la Generalitat.

2. Se pueden citar como paradigmáticos de este tipo de regulación los Estatutos aragonés (que dedica un capítulo específico al Justicia de Aragón; artículos 11, 33 y 34) o el extremeño (que regula la figura dentro de un capítulo genérico sobre “Régimen jurídico, ejercicio y control de los poderes de la Comunidad”; artículo 52).

No obstante, sigue sin existir una homogeneidad completa en esa operación de "recepción estatutaria". Se aprecia, por consiguiente, una falta notable de *mimetismo* si se analiza el formato regulativo de cada comunidad, además de una considerable variedad en lo que se refiere a los contenidos comprendidos en los nuevos Estatutos de Autonomía.

De todos ellos, el catalán es el que ofrece –a nuestro juicio– una propuesta que calificaríamos casi de "modélica", aunque esa superior elaboración y precisión normativas no hayan sido precisamente seguidas como pauta de referencia estatutaria por otras comunidades autónomas. El caso del Estatuto andaluz resulta especialmente paradójico en este punto ya que, si el Estatuto de Cataluña se convirtió constantemente, desde el principio del proceso de reforma, en un prototipo a imitar por el Parlamento andaluz, sin embargo no se tuvo en cuenta al "adaptar" la figura del *Ombudsman* autonómico. El diseño estatutario catalán resulta, sin duda, el más completo de cuantos se han aprobado hasta ahora. La existencia, en los demás estatutos, de una propuesta con perfiles "mínimos" otorga indirectamente al legislador una discrecionalidad casi absoluta cuando tenga que introducir alguna reforma en el futuro.

2. El Síndic de Greuges en el nuevo Estatuto de Cataluña

Una aproximación inicial al análisis del articulado del nuevo Estatuto catalán proporciona una primera percepción "institucional" del *Síndic de Greuges*. En efecto, la ubicación que recibe su regulación esencial, en los artículos 78 y 79, esto es, dentro del Título II (De las instituciones), Capítulo V (Otras instituciones de la comunidad) y, en consecuencia, fuera del bloque de preceptos consagrado a los Derechos, deberes y principios rectores (Título I), parece enfatizar su imagen institucional en lugar de una concepción "instrumental", como mecanismo de tutela de los derechos estatutarios.³ Más aún, se excluye

3. En un trabajo publicado con anterioridad a la reforma, Laura Díez consideraba conveniente que la regulación del *Síndic de Greuges* estuviera contenida en el futuro Estatuto en el título dedicado a las instituciones, como una tercera institución fundamental de la Comunidad, después del Parlamento y el Presidente de la Generalitat. Sin embargo, y con buen criterio –pensamos–, estimaba que debía estar también ubicado dentro del título sobre derechos,

al *Síndic* de los principales instrumentos previstos por el Estatuto como garantías de esos derechos en el Capítulo IV de ese mismo Título (artículos 37 y 38).

La única institución que aparece implicada específicamente en esa función tutelar es el Consejo de Garantías Estatutarias, junto a un futuro recurso jurisdiccional que se deberá sustanciar ante el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad. Así pues, se puede tener lógicamente la impresión de que el estatuyente ha querido otorgar a esa otra institución el protagonismo en la función de defensa y cumplimiento de los mandamientos estatutarios que proclaman derechos y principios rectores.

La segunda característica que sobresale del Estatuto catalán es, sin duda, la regulación detallada y amplia que propone del *Síndic de Greuges*. En comparación con las demás normas estatutarias reformadas, donde apenas se contienen referencias concretas, la de Cataluña ha intentado delimitar con mayor precisión la esfera institucional y administrativa sobre la que se proyectaría la actuación del *Síndic*, así como el ámbito funcional esencial que quedaría afectado por sus facultades de supervisión.

Por otro lado, el Estatuto catalán establece –de una manera mucho más pormenorizada que los otros– los mecanismos y procedimientos de control que se activan frente a los otros poderes públicos de la comunidad (Poder Ejecutivo/Administración y Legislador autonómico).

De igual modo, y como novedad sustancial en este plano normativo superior del ordenamiento autonómico, reconoce la obligación de colaborar con el *Síndic* (art. 78-5) no sólo de todas las “Administraciones Públicas de Cataluña”, sino también de todo un conjunto de “entidades y personas” mencionadas en otro precepto del Estatuto (art. 78-1):

– organismos públicos o privados que dependen de la Administración autonómica,

como primera institución preferente a cualquier otra para la tutela de los mismos. Vid. L. Díez Bueso: *Propuesta de configuración estatutaria del Síndic de Greuges de Cataluña*. En AA.VV., *Jornadas sobre reformas estatutarias, derechos sociales y defensores del pueblo autonómicos*. Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2006.

- empresas privadas que “gestionan servicios públicos o realizan actividades de interés general o universal, o actividades equivalentes, de forma concertada o indirecta”,
- personas con vínculo contractual con la Administración de la Generalitat o entidades públicas dependientes de ella,
- Administración local de Cataluña y de los organismos públicos o privados dependientes de aquélla.

El listado es lo suficientemente amplio como para que no quede fuera de ese deber de cooperación ninguna entidad jurídica ni persona física que tenga algún tipo de relación con cualquier Administración pública que opere en Cataluña, a excepción de la estatal. No obstante, en el caso de la Administración local, el hecho de que la supervisión no se configure como una “competencia exclusiva” podría modular el alcance del mandamiento estatutario señalado en el artículo 78-5, en la medida en que su naturaleza “bifronte” permitiría aún –al menos teóricamente– una doble fiscalización por parte del *Síndic* o del Defensor del Pueblo estatal.⁴

Lo que se deduce perfectamente del enunciado de esa disposición estatutaria es la naturaleza jurídica de esa obligación de cooperar. No se trata, pues, de un simple deber genérico sin consecuencias en caso de incumplimiento. Por el contrario, se ha querido subrayar su carácter vinculante, desde el momento en que se prevé en el propio Estatuto la imposición de sanciones a los responsables públicos que no colaboren con el *Síndic*. La fijación exacta del alcance de esas sanciones tendrá que determinarse mediante la ley.

Algo similar sucede con aquellos otros “mecanismos” –indica el mismo precepto (art. 78-4)– que se puedan articular para garantizar asimismo la cooperación. La previsión estatutaria deja abierta al legislador autonómico un amplio margen de disponibilidad para dise-

4. La posibilidad de que los comisionados parlamentarios autonómicos puedan supervisar las entidades locales fue ratificada en su momento por varias resoluciones del Tribunal Constitucional: SSTC 142/1988 y 157/1988. Sobre este tema vid. M. García Álvarez. *El control de la Administración local por los comisionados parlamentarios autonómicos*. En AA. VV., *XI Jornadas de coordinación entre defensores del pueblo*. Servicio de Publicaciones del Procurador del Común. León. 1997.

ñar esos “mecanismos” con los que se garantiza el cumplimiento del deber de colaboración con el *Síndic*.

Quedaría también por determinar en la ley el alcance objetivo de esa “cooperación necesaria” a la que estaría obligada la Administración de la Generalitat. En todo caso, resulta coherente con la naturaleza del *Ombudsman* autonómico como “magistratura de persuasión” que no se pueda interpretar aquélla como la obligación inexcusable del funcionario o responsable público de actuar conforme al criterio o recomendación propuesta por el *Síndic*. Esta conclusión no se deriva al menos del enunciado del precepto estatutario. La colaboración tiene un significado más procedimental, en cuanto parece referirse únicamente a la posibilidad de exigir una actitud positiva y no obstructivista por parte de aquéllos, al intentar obtener información y evitar la falta deliberada de respuesta a las solicitudes que se planteen desde la institución.

De acuerdo con el artículo 78-1 del Estatuto catalán, la esfera material sobre la que se proyecta la competencia del *Síndic* está delimitada por un doble campo normativo: los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y por el Estatuto de Autonomía. La ampliación del ámbito material es una consecuencia lógica de la introducción, tras la reforma estatutaria aprobada en el año 2006, de un amplio catálogo de derechos “propios”, es decir, derechos estatutarios cuyo enunciado no coincide siempre y exactamente con los consagrados en el Título Primero de la CE de 1978.

Ciertamente, la mayoría de estos nuevos derechos subjetivos –más que libertades– derivan de los derechos constitucionales; especialmente se pueden considerar una versión puesta al día actualizada y con perfiles técnico-jurídicos más precisos de los derechos constitucionales de naturaleza social o prestacional. Entre unos y otros no se detectan antinomias ni contradicciones, por lo que la función del *Síndic* se va a centrar seguramente en el parámetro normativo más actualizado de los derechos contenidos en el Estatuto. Por otro lado, además, en esta declaración estatutaria se ponen de manifiesto los compromisos esenciales de la autonomía territorial y las principales obligaciones asumidas por los poderes públicos de la Generalitat. De ahí que el catálogo de derechos estatutarios se presente, por tanto, como el canon de referencia preferente para la institución en la supervisión y el control de la Administración autonómica.

Desde la perspectiva del escenario institucional objeto de fiscalización por el *Síndic*, el Estatuto marca un doble nivel de intensidad en el ejercicio de esta función. En primer lugar, y respecto de la Administración de la Generalitat y de los organismos públicos o privados que dependen de ésta, el control se predica "con carácter exclusivo", mientras que, en relación con la Administración local, se omite expresamente esa calificación. De esta delimitación en el campo de intervención del Comisionado parlamentario cabría deducir una competencia exclusiva, pero al mismo tiempo "excluyente", en el control de los órganos y de las entidades de ámbito autonómico. En este sentido, la Ley orgánica del Defensor del Pueblo estatal no tendría que ser un obstáculo insalvable al monopolio que el *Síndic* tendría sobre la vigilancia del respeto de los derechos por la Administración catalana.⁵

De otra parte, el Estatuto evita pronunciarse sobre esa misma exclusividad al referirse a la supervisión de la Administración local de Cataluña y "los organismos públicos o privados vinculados o que dependen de la misma". La delimitación funcional es consecuente con la naturaleza todavía "bifronte" del régimen local aunque, tras la reforma estatutaria, se tiende a romper ese supuesto equilibrio a favor de la comunidad autónoma. Buena prueba de esa inclinación "autonómica" que propugna implícitamente el Estatuto sería la concepción que en él se hace de las entidades locales como instituciones que forman parte de la Generalitat (municipios, veguerías, comarcas y otros entes creados por la ley; art. 2-3). De este modo, la "integración institucional" permitiría sostener la preponderancia y exclusividad de la intervención del *Síndic* sobre la del Defensor del Pueblo nacional.

No obstante, la siempre compleja división entre competencias estatales y autonómicas que seguirá existiendo –pese al esfuerzo realizado en este punto por algunos estatuyentes– puede mantener ciertas dosis de indefinición sobre los límites funcionales de una institución y otra.

5. No obstante, creemos que resulta en este momento necesario acometer una revisión de la legislación estatal, tanto de la LO 3/1981, como de la Ley 36/1985, que regula las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades Autónomas. La atribución en ellas (artículos 12-1.º y 2-1.º, respectivamente) de una competencia "compartida", de ejercicio facultativo o discrecional por parte del Defensor estatal, chocaría frontalmente con la atribución exclusiva que el Estatuto catalán otorga al *Síndic de Greuges* para supervisar la Administración autonómica.

Precisamente para contribuir a una relación que se desarrolle de manera positiva, el Estatuto catalán señala como objetivo de primer orden la colaboración entre el *Síndic* y el Defensor nacional en el ejercicio de sus funciones (art. 78-2). Este propósito se extiende asimismo a la relación con los defensores locales “y otras figuras análogas creadas en el ámbito público y privado” (art. 78-4).

El Estatuto viene a ratificar así la necesidad de articular las competencias del *Síndic* con todos sus homólogos, tanto en el plano territorial (estatal y local) como en el institucional (órganos creados en organismos o entes públicos con funciones análogas de control de la actividad administrativa). Incluso prevé la posibilidad de una colaboración con entidades de “derecho privado”, cuya actuación pueda repercutir en el ejercicio de los derechos estatutarios y constitucionales.

Las relaciones con todas esas instituciones deben basarse en el principio cooperativo y no tanto en una coordinación jerárquica sobre ellas (o por una de ellas, en concreto, el Defensor del Pueblo estatal). De otro modo, se hubiera empleado una terminología diferente a la finalmente acogida en esos dos apartados del artículo 78. En cualquier caso, la dimensión cooperativa de las funciones del *Síndic* es una consecuencia casi ineludible de la superposición de administraciones sobre espacios materiales compartidos desde el punto de vista competencial entre todas ellas.

En relación con el alcance y la eficacia de la actividad del *Síndic de Greuges*, el Estatuto introduce una novedad verdaderamente significativa en el cuadro de funciones que ha desempeñado hasta el momento. Por otra parte, esa aportación cobra más relieve aún en un plano comparado, esto es, desde el momento en que ninguna otra norma estatutaria la ha integrado en el estatus funcional de las figuras análogas.

La función a la que nos referimos ha sido configurada como mecanismo de legitimación en el procedimiento de acceso al Consejo de Garantías Estatutarias, órgano encargado en el futuro de controlar la adecuación al Estatuto –y a la Constitución– de los proyectos y las proposiciones de ley (y de reformas estatutarias), así como de los decretos leyes sometidos a la convalidación del Parlamento autonómico (art. 76-2). La elaboración de dictámenes sobre la regularidad estatutaria de esas iniciativas legislativas, o análogas, no tendría nada

de extraño a la competencia habitual de un órgano de naturaleza consultiva. Sin embargo, el Estatuto catalán viene a establecer de hecho un modelo de control de estatutoriedad de carácter preventivo, cuya eficacia resulta no sólo determinante, sino vinculante incluso, cuando aquéllas desarrollen o afecten a los derechos estatutarios.

Efectivamente, de este modo se estaría implantando un sistema de control jurídico, en virtud del cual el Consejo de Garantías Estatutarias se erige en una especie de "legislador negativo", que interviene en la fase previa a la aprobación parlamentaria de las leyes –promovidas desde el ejecutivo o los grupos parlamentarios– como de decretos leyes del Gobierno de la Generalitat. Es obvio el parecido con el método de control que ejercita el Tribunal Constitucional, si bien éste sólo repercute sobre la validez de normas legislativas ya en vigor.

Pues bien, el artículo 78-3 otorga al *Síndic* la legitimación para "solicitar dictamen" al Consejo de Garantías sobre esas iniciativas legislativas y decretos "cuando regulen derechos reconocidos por el presente Estatuto". Esta competencia se asemeja a la capacitación procesal del Defensor del Pueblo estatal para presentar recursos de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional (arts. 162-1 de la CE y 32-1-b de la LOTC). La diferencia estriba en la naturaleza "preventiva" del control que se ejerce en un caso y en otro. Además, de los términos del Estatuto se puede deducir que la secuencia temporal de esa fiscalización opera en una etapa anterior a la aprobación por el Parlamento autonómico de los proyectos y las proposiciones de ley; en este punto se diferenciaría del antiguo recurso previo de inconstitucionalidad, mecanismo con el que se detenía la entrada en vigor de normas con rango de ley una vez habían sido ya aprobadas en sede parlamentaria.

Sin embargo, en lo que toca a la legitimación del *Síndic* para impulsar ese tipo de fiscalización con efectos jurídicos "paralizadores", su proyección abarcaría cualquier propuesta legislativa (gubernamental o parlamentaria) que "regule" derechos estatutarios. Esta expresión resulta –creemos– más restrictiva desde el punto de vista del objeto normativo. Mientras que el artículo 76-4 atribuye una competencia genérica al Consejo de Garantías que abarca desde la normativa de "desarrollo" a la simple "afectación" (de los derechos estatutarios), el precepto que autoriza la intervención del *Ombudsman* autonómico reduce por el contrario esa iniciativa a la primera (si se

interpretan como sinónimos “desarrollo” y “regular”). Parece, por tanto, que sólo serían leyes de la comunidad que contengan el régimen jurídico general de cada derecho las que podrían ser susceptibles de este tipo de control con efectos jurídicos por impulso del *Síndic de Greuges*.

Debemos suponer, ya que el Estatuto lógicamente no entra en ese nivel de detalle, que el *Síndic* tendrá oportunidad de “personarse” en el procedimiento que se arbitre para acceder al Consejo de Garantías Estatutarias y exponer allí los argumentos de posible “antiestatutariedad” –o inconstitucionalidad– de una iniciativa legislativa. Cabe presumir que la primera opción (posible vulneración de un derecho estatutario) seguramente provocaría de manera casi automática una contradicción con el derecho “equivalente” consagrado en la norma fundamental. No obstante, al ser el catálogo constitucional de derechos más amplio que el estatutario, desde el punto de vista del número de derechos proclamados, puede darse perfectamente el caso de que la iniciativa legislativa contradiga eventualmente alguno de los derechos o de las libertades constitucionales que carecen de parangón en el Estatuto catalán. De este modo, no está muy claro si el *Síndic* podría intervenir solicitando la supervisión del Consejo, en la medida en que el enunciado del artículo 78-3 es bastante explícito y se inclinaría hacia una interpretación en contrario: el *Síndic* puede solicitar dictamen al Consejo “...cuando regulan derechos reconocidos por el presente Estatuto”.

Visto desde una versión excesivamente formalista –que no compartimos– sería cuanto menos paradójico. El *Síndic* estaría habilitado para proteger los derechos constitucionales frente a la Administración autonómica, pero no para promover un control *de constitucionalidad* de aquellas leyes que amparan esa misma actuación de los poderes públicos de la comunidad, en el caso de que los derechos afectados no fuesen algunos de los reconocidos en el Título Primero del Estatuto.

De cualquier forma, la legitimación para acceder al órgano encargado de fiscalizar la *estatutoriedad* de las iniciativas legislativas que llegan al Parlamento autonómico no sólo supone una novedad importante en su estatus funcional, sino también un cambio de naturaleza en cuanto al tipo de control que puede llegar a ejercer. Este último, y hasta la reforma estatutaria del 2006, se ajustaba al patrón compe-

tencial de un clásico *Ombudsman*, encargado fundamentalmente de supervisar la actuación de los órganos de la Administración de la comunidad autónoma, con un parámetro de fiscalización netamente constitucional (derechos fundamentales y libertades públicas; artículo 35, Estatuto de Autonomía de 1979).

En este momento, pues, se plantea una concepción realmente novedosa de dicho tipo de Comisionado parlamentario, en la que la propia institución que lo designa puede ser sometida a un control –impulsado por el mismo *Síndic*– con resultados jurídicamente vinculantes. Sin disponer de un poder decisorio efectivo, sin embargo el papel que cumple ya no se limita a sugerir, o proponer como mucho, aquellas reformas legislativas necesarias para dar respuesta a las demandas ciudadanas. La incidencia que tiene en la labor legislativa esa legitimación ante el Consejo de Garantías Estatutarias cambiará además con seguridad la forma de entender su relación con el Parlamento de la Generalitat. De actuar como “magistratura de persuasión” ante la Administración autonómica pasa a ser una institución con capacidad para bloquear la función normativa del legislador, cuando ésta pueda afectar negativamente a los derechos reconocidos en el nuevo Estatuto. La justificación de esta inédita potestad radica justamente en la atribución que se le otorga como institución garante del ejercicio de esos derechos de la ciudadanía.

El principal riesgo que puede conllevar esta legitimación “procesal” para instar el examen de estatutoriedad de iniciativas legislativas o decretos leyes radica en su potencial instrumentación por parte de las minorías políticas, que en principio no estarían habilitadas –al menos desde el punto de vista estatutario– para promover esa clase de control político-normativo, y que quizás encuentren en el *Síndic* un vehículo adecuado para, de manera indirecta, ejercerlo contra la mayoría gubernamental de la Asamblea. Si sucediera de este modo, caducaría inevitablemente la percepción social de neutralidad que sostiene la legitimidad de cualquier *Ombudsman* en el ejercicio de una función que carece de adscripciones ideológicas, aunque no de asepsia valorativa cuando se trata de tutelar derechos y libertades.

La disposición transitoria primera completa el sistema de control de estatutoriedad de las leyes autonómicas al marcar un plazo de dos años para adaptar las normas con rango de ley, vigentes en el momento de su entrada en vigor, a las nuevas previsiones estatutarias sobre

derechos, marcado incluso un plazo perentorio para realizar esa operación (dos años).

El párrafo segundo de esa misma disposición reconoce, además, la facultad del *Síndic* (junto a la de los grupos parlamentarios y del propio Gobierno) de dirigirse al Consejo de Garantías y solicitar un dictamen –en el mismo plazo (dos años)– para comprobar la adecuación al nuevo Estatuto de las leyes y normas con rango de ley, antes de su entrada en vigor. En este caso, el dictamen del Consejo no tendrá valor vinculante, si bien se permite formular recomendaciones al Parlamento y Gobierno a fin de conseguir esa compatibilidad estatutaria.

La interpretación que puede hacerse de esta última cláusula del Estatuto del 2006 apunta hacia la creación de un período transitorio en el que tanto la legislación autonómica vigente como la que se pueda aprobar en ese período (dos años) queda sujeta a una fiscalización relativamente efectiva por parte del Consejo, limitada a la posibilidad de sugerir modificaciones legislativas o derogaciones de leyes que no se acomoden a los derechos del Título I. Sin embargo, la obligación de adaptarse a los mandatos estatutarios de este catálogo, al igual que la temporización que se impone a la vigencia de las normas incompatibles con aquéllos, carecen de un instrumento efectivo para ser garantizados.

3. La nueva versión estatutaria –limitada– del Defensor del Pueblo andaluz

El otro caso más destacado en el análisis de las reformas aprobadas recientemente es el que plantea el nuevo Estatuto andaluz. Pero para comprender mejor el resultado que ha tenido esta revisión de la norma estatutaria aprobada en 1981 quizás sea conveniente recordar la propuesta presentada por el mismo Defensor andaluz a la Asamblea Legislativa autonómica, durante la fase inicial del proceso de tramitación parlamentaria (noviembre, 2004).⁶ Sin detenernos aho-

6. *El texto de aquella propuesta contenía el siguiente enunciado:*

“1. El Defensor del Pueblo Andaluz es un Comisionado del Parlamento de Andalucía, designado por éste, para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en la Constitución y en este Estatuto.

ra en el interés que manifestó sobre la necesidad de incorporar una sección estatutaria dedicada al reconocimiento de un catálogo de derechos de los andaluces, la concepción que patrocinó el Defensor del Pueblo andaluz respecto al proceso de estatutorización de esta institución implicaba, por lo pronto, un grado de precisión regulativa mucho mayor respecto del anterior Estatuto y también del texto que sería definitivamente aprobado.⁷

De aquel planteamiento sobresalen algunos aspectos de interés que, sin embargo, no fueron acogidos durante la tramitación parlamentaria posterior. Uno de los más significativos es el que se refiere a la incorporación en la máxima norma de la comunidad de la mayoría necesaria para su designación (tres quintas partes de la Asamblea), con lo que se pretendía dar una estabilidad a una regla que ya estaba prevista en el artículo 2-5 de la Ley 9/1983, reguladora de esta misma institución. Lo mismo sucedía con el período de duración del mandato (cinco años), dato que silenciaría igualmente el Estatuto aprobado en 2007.

Quizás de menor entidad sea la diferencia que existía en el tema del ámbito de proyección de la función de control del Defensor del Pueblo. En este punto nos parece mucho más definida la que proponía éste, cuando subrayaba la competencia para dirigirse a *las autoridades, las instituciones y los organismos de todas las Administraciones Públicas con sede en el territorio andaluz* (el subrayado es nuestro).

2. En el ejercicio de sus competencias podrá, entre otras actuaciones, supervisar la actividad de las Administraciones Públicas Andaluzas en los términos que se establezcan en la Ley, dando cuenta al Parlamento de Andalucía.

3. El Defensor del Pueblo Andaluz, en el cumplimiento de la misión que tiene encomendada, podrá dirigirse a las autoridades, instituciones y organismos de todas las Administraciones Públicas con sede en el territorio andaluz.

4. El Defensor del Pueblo Andaluz será designado por mayoría cualificada de las tres quintas partes de los miembros del Parlamento y por un periodo de cinco años.

5. *El Defensor del Pueblo Andaluz gozará en el ejercicio de su cargo de las garantías que se otorga a los Diputados del Parlamento de Andalucía en este Estatuto. Estas garantías serán también aplicables a sus Adjuntos durante el ejercicio de sus funciones.*

7. Para un examen pormenorizado de las propuestas que se elevan al Parlamento de Andalucía desde la propia institución, vid. J. Chamizo de la Rubia. *Aportaciones del Defensor del Pueblo Andaluz para la incorporación de los derechos sociales al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. En *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 2, *Los derechos sociales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.

Frente a esta redacción, la fórmula utilizada por el vigente artículo 128 resulta –a nuestro entender– más abstracta (...*la actividad de las Administraciones Públicas de Andalucía...*), si bien esa mayor indeterminación no debería ser obstáculo para una interpretación favorable a la máxima proyección en el ejercicio de esa función por el Defensor del Pueblo andaluz.

La regulación que lleva a cabo el actual Estatuto de Autonomía otorga a esta institución el rango y la naturaleza de institución fundamental del autogobierno. Se supera así una cierta condición de “apéndice” institucional que tenía en el primitivo Estatuto, cuyo artículo 46 situaba paradójicamente al Comisionado parlamentario autonómico dentro del marco regulativo del poder ejecutivo de la comunidad (Capítulo III del Título II, dedicado al Consejo de Gobierno), fuera por tanto de su ubicación natural (Capítulo II sobre el Parlamento de Andalucía).

En el articulado del nuevo Estatuto del 2007, se localizan dos referencias normativas sobre el Defensor del Pueblo andaluz. La primera de ellas, dentro del capítulo sobre “Garantías estatutarias” de los derechos proclamado en el Título I (art. 41). Esta ubicación resulta totalmente lógica, además de indicativa de la finalidad esencial que desempeña esta institución. La segunda se enclava en el capítulo reservado a otras instituciones del autogobierno que complementan la estructura organizativa fundamental de la comunidad autónoma, esto es, junto a la regulación estatutaria básica del Consejo Consultivo, la Cámara de Cuentas, el Consejo Audiovisual y el Consejo Económico y Social.

La percepción que se tiene del examen de la nueva regulación no es demasiado optimista sobre la capacidad que puede tener el Estatuto para conseguir una cierta innovación y mejora funcional de la institución. El contenido de los preceptos antes mencionados viene a ser esencialmente una “clonación” de la anterior normativa estatutaria; las variaciones con respecto a ésta –y su posterior desarrollo legislativo– son demasiado insustanciales como para prever un reforzamiento de las capacidades del Defensor en el cometido que se le ha asignado: la defensa de los derechos constitucionales y estatutarios. Los dispositivos e instrumentos con los que contaba hasta ahora para llevar ese objetivo siguen siendo los mismos, al menos en un plano estatutario.

No obstante, creemos que se refuerza en cierto modo su estatus institucional, superando así la excesiva subordinación al poder legislativo autonómico, en la que incurría el Estatuto originario al remitir a una ley su creación y puesta en funcionamiento. Ahora se trata de una institución que basa su existencia en una decisión del poder estatuyente.

En cuanto a su ámbito de proyección, y al igual que el Estatuto catalán, se cifra en dos vertientes esenciales y no independientes en su totalidad: los derechos constitucionales y los derechos estatutarios consagrados en el nuevo Título I. Serán estos últimos los parámetros básicos y prioritarios de la fiscalización que realice el Defensor de la actividad administrativa.⁸ Ese bloque de preceptos contiene no sólo derechos *stricto sensu*, sino también algunas "libertades" y sobre todo un número considerable de "principios rectores" de las políticas públicas. La comprensión razonable de aquella mención debe extenderse, pues, al conjunto de derechos, libertades y mandamientos dirigidos a los poderes públicos que allí se regulan.

Lo que queda claro, además de esta regulación estatutaria, es la posibilidad que tendrá a partir de ahora el Defensor de utilizar como canon de evaluación no sólo los derechos reconocidos en la esfera legislativa sino también los que derivan del Estatuto de Autonomía y tienen su fundamento en el mismo. En algunos casos, se trata de derechos subjetivos que han sido creados directamente por expresa decisión del poder estatuyente. Podemos incluir en este grupo algunos derechos específicos en materia de salud (libre elección de médico y de centro sanitario, derecho a disponer de una segunda opinión facultativa, art. 22-2-b y h) o de enseñanza (gratuidad de los libros de texto en centros sostenidos con fondos públicos, art. 21-5).

No obstante, el funcionamiento que ha tenido durante estos últimos años pone en evidencia la inexistencia, en realidad, de ámbitos materiales de la actuación pública, ajenos a la intervención del Defensor del Pueblo andaluz, en especial cuando se ha visto afectado por aquélla el ejercicio individual o colectivo de cualquier derecho

8. Vid. G. Ruiz-Rico Ruiz. *Posibilidades que plantea el proceso de reforma estatutaria en relación con la garantía y tutela de los derechos sociales*. En AA. VV., *Jornadas sobre reformas estatutarias, derechos sociales y defensores del pueblo autonómicos*. Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2006.

constitucional. Por lo tanto, la lectura que puede hacerse de los preceptos estatutarios no es tanto la ampliación de la competencia fiscalizatoria del *Ombudsman* autonómico hacia campos inéditos o novedosos, cuanto más la intensidad de ese control sobre lo que podríamos considerar prioridades estatutarias. En efecto, en el Título I se ha marcado implícitamente un “catálogo” de compromisos preferenciales de la comunidad, de cuyos posibles incumplimientos por parte de los poderes públicos autonómicos deberá dar cuenta el Defensor.

Sobre la metodología que marca el Estatuto para el ejercicio de esa función no existen tampoco grandes novedades, limitándose a señalar que aquélla consistirá en la supervisión de las Administraciones Públicas de Andalucía. Quedan fuera de la esfera de control –al menos formalmente– las iniciativas legislativas parlamentarias, como las normas legislativas gubernamentales (decretos leyes y decretos legislativos) que han sido incorporadas por primera vez al sistema de fuentes del ordenamiento andaluz (arts. 109 y 110). En este punto, conviene subrayar que, al excluir este tipo de disposiciones normativas, puede escapar a la fiscalización del Defensor un espacio normativo de considerable importancia para garantizar –o quizás lo contrario– el ejercicio de los derechos estatutarios; su intervención sólo será posible en la fase de implementación o ejecución administrativa.

Como se ha indicado ya, el Estatuto introduce una novedad no sólo terminológica o formal en cuanto al ámbito institucional sobre el que puede actuar el Defensor. Mientras que el artículo 46 del texto aprobado en 1981 se refería a la “*Administración autonómica*”, el actual y vigente artículo 128 emplea una expresión diferente –“*las Administraciones Públicas de Andalucía*”– en donde tendrían cabida cualquier órgano o entidad administrativa (no estatal) de carácter territorial o institucional. La modificación estatutaria, por tanto, no es sólo de carácter semántico, si bien la repercusión real y efectiva de aquélla no resulta demasiado significativa ya que se están utilizando desde hace tiempo criterios flexibles por el Defensor andaluz a la hora de supervisar otras administraciones diferentes de la propiamente autonómica y, en especial, su incidencia es indudable en la fiscalización de la Administración local radicada en Andalucía.

En este sentido, conviene recordar la necesidad –mucho más imperativa a partir de la aprobación de algunos Estatutos de Autonomía recientemente reformados (Cataluña, Andalucía)– de someter a revi-

sión la Ley 36/1985 que regula las relaciones del Defensor del Pueblo estatal con los comisionados parlamentarios de las CC.AA. Existe una evidente incompatibilidad entre el régimen de colaboración y coordinación previsto en el artículo 2 de esa Ley con las nuevas previsiones autonómicas. En este precepto se constata todavía una orientación hegemónica de las facultades que tendría el *Ombudsman* nacional en el control de la Administración local, ya que circunscribe la posibilidad de supervisión de sus homólogos regionales únicamente a las actuaciones de aquélla en el ejercicio de competencias delegadas por la Administración autonómica (art. 2, Ley 36/1985), con una puntualización bastante indicativa de una predisposición jerárquica: "sin mengua de lo establecido en cuanto a facultades del Defensor del Pueblo por la CE y la Ley Orgánica 3/1981".

El carácter compartido –se declara, ahora sí, de forma explícita, "en régimen de cooperación"– de la fiscalización sobre esta Administración territorial tiende a desaparecer con las últimas normas estatutarias, que pretenden sustituir el clásico ya principio de "bifrontalidad" por una regulación fundamentalmente autonómica del régimen local.⁹ De ese desequilibrio en perjuicio del protagonismo del ordenamiento estatal cabe inferir el fundamento de una "exclusividad" en el control de los comisionados autonómicos sobre los entes locales radicados en el territorio de la comunidad. Desde una perspectiva constitucional, no creemos que existan inconvenientes para aceptar esta solución, ya que el artículo 54 de la norma fundamental se refiere sólo a la "Administración", sin especificar concretamente la dimensión institucional o territorial que deba tener aquélla, que deba ser objeto de vigilancia por el Defensor nacional. Por otro lado, parece que los estatutos sólo han intentado delimitar jurídicamente el campo institucional sobre el cual los defensores de las CC.AA. están funcionando de hecho, evitando así una regulación distanciada de su experiencia real.

La conveniencia de reformar la Ley de 1985 resulta imperativa en lo que respecta a la facultad de supervisión de las administracio-

9. La extensión de la potestad de supervisión del Defensor autonómico sobre la Administración local radicada en la comunidad se empieza a reconocer en las leyes que regulan esta institución de Baleares y Castilla y León. En esta última, la reforma que se aprobó de la Ley del Procurador del Común contempló la posibilidad de controlar las entidades locales en las materias no sólo "delegadas" o "trasferidas" desde la Comunidad, sino siempre que ésta tuviera algún tipo de competencia sobre ellas.

nes autonómicas, todavía atribuida con carácter compartido por esa norma entre el Defensor nacional y los defensores autonómicos. El régimen de cooperación y la "alternatividad" señalada en aquella norma legislativa contradicen de forma clara la *exclusividad* con que dicha competencia se está atribuyendo a estos últimos, sea de forma explícita –como sucede en el Estatuto catalán– o implícitamente, tal y como parece deducirse sin dificultad de los Estatutos de Autonomía.

El apartado tercero del artículo 128 se refiere también a la colaboración entre ambos comisionados –estatal y autonómico– en forma de mandato teóricamente vinculante ("*colaborarán en el ejercicio de sus funciones*"). La virtualidad que tiene esa prescripción es relativa, ya que su alcance efectivo repercute, en todo caso, en la actividad del Defensor andaluz, el cual deberá intentar poner en práctica mecanismos y fórmulas de colaboración con su homólogo nacional. Por otro lado, no se han contemplado en el nuevo Estatuto para Andalucía indicadores que permitan delimitar las materias o esferas administrativas donde esa cooperación será necesaria; una cuestión más que queda abierta y a disposición del legislador autonómico.

La "disponibilidad legislativa" se extiende asimismo a cuestiones tan importantes como el sistema de designación del Defensor del Pueblo autonómico. El Estatuto aporta una novedad en cuanto a la exigencia de una "*mayoría cualificada*" indeterminada, que no había sido objeto de regulación por el primitivo texto estatutario; actualmente, la Ley 9/1983 establece esa *cualificación* en las tres quintas partes del Parlamento (art. 2-5), con lo que se cumple perfectamente la condición impuesta por el artículo 128-2 del Estatuto del 2007. No obstante, queda un margen de maniobra para el legislador autonómico, el cual podría situar ese nivel de apoyo parlamentario en una mayoría superior (dos tercios) o bien incluso rebajarla (mayoría absoluta) –éste sería, por consiguiente, el único límite implícito impuesto por el Estatuto–, en función de las dificultades que plantee una hipotética fragmentación o polarización política en la clase política con representación parlamentaria.

Otro contraste de notable intensidad con la propuesta regulativa que se ofrece en el Estatuto de Cataluña reside en la ausencia de formulación de los principios fundamentales del funcionamiento de la institución. Frente a la recepción estatutaria en el segundo de

los presupuestos elementales del funcionamiento y las relaciones del Comisionado parlamentario autonómico (autonomía, imparcialidad, independencia, autonomía reglamentaria, organizativa, funcional y presupuestaria), el Estatuto de Andalucía ha optado por omitir cualquier referencia a esos principios generales.

La valoración de este silencio normativo no puede ser sino negativa. Más aún cuando el estatuyente no ha tenido reparos en reconocer explícitamente esa misma autonomía e independencia a otras instituciones del autogobierno –Consejo Consultivo, Consejo Audiovisual (artículos 129 y 131, respectivamente)– posiblemente más condicionadas de hecho desde el punto de vista organizativo y funcional por una cierta “dependencia política”. Creemos que de esta forma no se ha valorado suficientemente la importancia que tiene su autonomía funcional. En efecto, la independencia es un elemento clave en el que se apoya su “autoridad moral” y la legitimación social de una institución de esta naturaleza. Por este motivo, el reconocimiento en el plano estatutario de estos principios no es una cuestión de simple “énfasis jurídico”. Su relevancia no es puramente teórica o conceptual, sino que, por el contrario, incide de manera exponencial en las relaciones interinstitucionales que despliega el *Ombudsman* con los órganos de la Administración autonómica. Lo mismo puede decirse de la relación de aquél con el propio Parlamento andaluz.

En un caso y en el otro, la autonomía no sólo es sinónimo de imparcialidad en el ejercicio de una función que afecta al ejercicio de los derechos de la ciudadanía, sino también de independencia político-funcional de un poder legislativo, en nombre del cual actúa como Comisionado. La autonomía, como principio estatutario, tendría una efectividad jurídica indudable frente a las posibles injerencias de los poderes políticos de la comunidad, sin excluir tampoco aquellas intromisiones en su libertad de criterio que puedan provenir del mismo Parlamento autonómico; en este sentido, la *lotizzazione* partidista que se emplea ya habitualmente en el nombramiento de los Adjuntos es un ejemplo bien paradigmático del proceso de politización al que se enfrenta en ocasiones el Defensor del Pueblo andaluz. Esta subordinación a criterios “ideológicos” viene apoyada por una regulación en la Ley de 1983, que condiciona el nombramiento y la separación de esos Adjuntos a la “previa conformidad” de la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa (art. 8-2).

4. Examen de otros modelos autonómicos: Aragón, Valencia, Baleares y Castilla y León

Algunas comunidades autónomas han aprobado recientemente nuevos Estatutos de Autonomía, en los que se regula asimismo una institución propia de la naturaleza del *Ombudsman*. El análisis de estos otros modelos de referencia permite descubrir algunas aportaciones de interés, pero por lo general responden a un principio mimético en relación con los estatutos que les preceden.

Una de esas particularidades se localiza, por ejemplo, en el nuevo Estatuto de Aragón, que confiere –lo hacía también el texto estatutario inicial– al Justicia una competencia genérica (art. 59) para “*la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación*”, complementada con otra –“*la defensa de este Estatuto*”– que se encuentra en realidad comprendida en la función anterior. Estas atribuciones resultan un tanto extrañas a una institución de esta naturaleza; suponen la concepción inédita del *Ombudsman* autonómico como una especie de “garante ordinario” del conjunto de normas generadas por la comunidad autónoma. Se pierde así la conexión con la finalidad propia y característica de aquél –la protección de los derechos de los aragoneses– al tiempo que se superpone erróneamente a la potestad “natural” de los órganos jurisdiccionales. Se trata, por otra parte, de competencias que no están dotadas después con los medios instrumentales necesarios para poder ser ejercitadas.

La regulación que lleva a cabo el Estatuto de Castilla y León del Procurador del Común responde al formato tradicional, donde se exponen, con un notable grado de generalidad, las características funcionales de la institución y se remite al legislador autonómico su posterior concreción normativa. Quizás, sin embargo, el dato que destaca de esta propuesta regulativa sería la atribución, en un mismo plano de intensidad competencial, de las funciones de control sobre la Administración autonómica y la de los entes locales, junto a la de los organismos que dependan de ambas administraciones. No existe, pues, una diferencia de graduación en la supervisión que ejercerá el Comisionado, ni se puede deducir del Estatuto una limitación material basada en el tipo de competencias locales –propias o delegadas y trasferidas– susceptibles de ese control.

En cuanto al Estatuto de Baleares, destaca especialmente el ámbito competencial limitado a la defensa de las libertades y los derechos fundamentales (art. 51); no se menciona en ningún momento la posibilidad de intervenir en relación con el conjunto de derechos proclamados en el Título II del Estatuto aprobado en el 2007, que contiene un catálogo "regional" de derechos sociales, junto a principios rectores, libertades y derechos de participación.

Por último, el Estatuto de Valencia sí que va a reconocer esa doble dimensión material en la capacidad de supervisión del *Síndic* en la defensa de las declaraciones constitucional y estatutaria de derechos, y reconoce indirectamente un campo de actuación en el que quedarían comprendidas todas las administraciones que operan en el territorio de la comunidad (art. 43).

5. Los catálogos estatutarios de derechos y su proyección en la dimensión competencial de los defensores del pueblo autonómicos

El examen de los diferentes modelos de regulación estatutaria sobre los defensores autonómicos pone de manifiesto la escasa modificación que han recibido, por lo general, los diseños institucionales originarios. Siguiendo una tónica casi generalizada en las reformas de los Estatutos de Autonomía en materia organizativa, no se ha revisado en profundidad la concepción y naturaleza con que fueron incorporados a la dimensión estructural de las CC.AA. Ahora bien, sí que se observa un reforzamiento o enfatización de su posición como instrumentos de tutela de los derechos no sólo constitucionales sino también y fundamentalmente estatutarios.

Por ese motivo, la introducción de amplios catálogos de derechos –en su mayoría de naturaleza social o prestacional– en las normas estatutarias ofrece unos parámetros de referencia, inéditos en buena medida (a salvo de la declaración contenida en el Título Primero de la CE), que van a influir sin duda en la proyección metodológica de la actividad supervisora de los comisionados parlamentarios autonómicos. Desde estos nuevos cánones normativos, se estaría marcando implícitamente una especie de *indirizzo* funcional prioritario y vinculante para el conjunto de los poderes públicos de la comunidad, incluido lógicamente el propio *Ombudsman*.

El efecto, casi seguro y probablemente inmediato, de esta ampliación dogmática de los estatutos va a ser el incremento del número de *inputs* o demandas de la ciudadanía dirigidas hacia los defensores autonómicos, como instituciones sobre las que recae la competencia de fiscalizar la Administración destinataria de aquellos nuevos mandatos sociales.¹⁰ Durante la etapa que se abre a continuación, los defensores van a desempeñar un papel clave en la canalización e impulso de las reformas legislativas que deben ser aprobadas para dar cumplimiento a esos compromisos estatutarios. De esta forma, una de sus principales funciones va a consistir en exigir que se cumplan las determinaciones normativas de las declaraciones de derechos y los objetivos marcados en los catálogos de principios rectores, actuando no sólo como Comisionado del órgano que representa a los ciudadanos de la comunidad, sino también como una especie de mandatario público de esos mismos ciudadanos frente al Parlamento encargado de desarrollar legislativamente sus derechos.

Los Estatutos de Autonomía estarían así elevando el grado de exigibilidad de los derechos reconocidos formalmente como derechos subjetivos. A partir de este reforzamiento de la virtualidad normativa de los preceptos estatutarios que los reconocen, el Defensor autonómico se encuentra en condiciones funcionales más óptimas para apremiar al poder político de la comunidad en el logro de los fines sociales allí indicados. En este sentido, entonces, actuaría como una instancia efectiva en la inaugurada función de control de estatutoriedad. Evidentemente, la operación de fiscalizar el cumplimiento de los dispositivos estatutarios de naturaleza dogmáticos no tiene carácter jurisdiccional ni parlamentario, ya que a partir de ahora no tiene por qué proyectarse únicamente sobre la actuación administrativa o las disposiciones reglamentarias del Gobierno y de la Administración autonómica, repercutiendo igualmente en la eventual pasividad o concepción restrictiva del poder legislativo de la comunidad a la hora de desplegar normativamente el régimen jurídico de los derechos estatutarios.

10. Vid. A. Porras Nadales. *Retos del Defensor del Pueblo Andaluz ante el nuevo Estatuto de Autonomía*. Texto de la ponencia presentada en las *Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz ante los nuevos retos que plantea el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía en el ámbito de la protección de los derechos sociales*. Parlamento de Andalucía, Sevilla, Mayo 2007. Del mismo autor, *La posición estatutaria del Defensor del Pueblo Andaluz*. En AA. VV., *Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz*. Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2002.

El marco jurídico de referencia de los defensores autonómicos se caracteriza, no obstante, por una notable "inflación dogmática" de los principios rectores, fines y derechos de contenido social-prestacional. En efecto, uno de los rasgos más sobresalientes de algunos de los estatutos aprobados recientemente es la multiplicidad de formulaciones del principio social. Los métodos de presentación responden a diferentes gamas y formas de positivación: objetivos fundamentales, derechos subjetivos y colectivos, principios rectores de las políticas públicas, principios programáticos estatutarios.

Ciertamente, la variedad de formatos no contribuye demasiado a la determinación real de su eficacia normativa y, de alguna manera, autoriza implícitamente graduaciones en el nivel de cumplimiento de los preceptos estatutarios; esto último puede dificultar, por otro lado, el éxito que tengan las recomendaciones y advertencias del Defensor a las autoridades competentes en materia social. La actuación de la Administración no quedaría deslegitimada del todo, desde el punto de vista estatutario, si cumple a medias con alguna de esas nuevas dimensiones finalistas, aunque sin alcanzar el nivel idóneo de vinculatoriedad que supondría su plasmación en forma de derechos individuales de configuración legal o reglamentaria.

En cuanto al riesgo de una posible "petrificación" del modelo de bienestar autonómico que conlleva la determinación, a veces con un considerable grado de precisión, de las medidas sociales previstas en el Estatuto, nos parece que es justamente su "positivación estatutaria" lo que consolida de manera efectiva unos niveles prestacionales mínimos u óptimos. Estos últimos pueden servir a su vez de indicadores de referencia que facilitan la labor de los defensores autonómicos, al marcar con claridad unos estándares sociales que, en ningún caso, deberían ser reducidos por el legislador y la Administración pública.

El examen de las garantías diseñadas por los Estatutos de Autonomía para asegurar el ejercicio de los derechos allí proclamados permite afirmar, en primer lugar, la ausencia de novedades sustanciales en cuanto al tipo de instrumental que cabe activar frente a eventuales incumplimientos o vulneraciones de aquéllos. Se trata, pues, de mecanismos articulados para la defensa de los derechos constitucionales por la norma fundamental. No obstante, seguramente la diferencia cualitativa radica en el hecho de que se haya previsto su

aplicabilidad a una categoría de derechos –los derechos sociales– que carecían en su mayoría (a salvo de la educación y la libertad sindical) de un nivel de protección adecuado en la esfera constitucional.

El mimetismo entre los sistemas de tutela estatal y los autonómicos se amplía, por tanto, al catálogo de los derechos sociales estatutarios. De este modo, se repiten para éstos las garantías denominadas “genéricas”, entre las cuales cabe citar, en primer lugar, el carácter *vinculante*, explícitamente declarado como reforzamiento potencial de su virtualidad normativa ante el legislador encargado de establecer la regulación esencial del ejercicio de estos derechos. A continuación, se menciona la existencia de *contenido* que, aunque no se adjetiva como “esencial” –quizás para evitar una identificación plena con lo dispuesto en el artículo 53-1 de la CE– debe comprender, no obstante, una esfera básica o mínima de satisfacción que queda fuera de la disponibilidad del poder político autonómico.

El problema principal que arrastra este sistema inédito de “garantías estatutarias” radica en la falta de determinación en cuanto a los recursos instrumentales con los cuales se llega a asegurar su cumplimiento, o bien es posible reaccionar contra posibles vulneraciones de los derechos estatutarios. En este punto fracasa la analogía con el modelo constitucional de protección de derechos, donde se implantaron métodos procesales para controlar la adecuación de la producción normativa (legislativa y reglamentaria) a los dictados de la norma fundamental. Por el contrario, no existe a nivel autonómico –después de las reformas estatutarias– un medio equiparable a los mecanismos (jurisdiccionales y *normativos*) que aquí se pueden emplear en el ejercicio de la función de control de constitucionalidad. El que ya se ha bautizado con el seudónimo de *control de estatutoriedad* todavía se encuentra en una etapa germinal, con escasas posibilidades de fructificar si no cuenta con la colaboración imprescindible del legislador orgánico estatal para instaurar algún *vehículo* o tratamiento procesal adaptado a la singularidad jurídica de la nueva categoría de derechos.

Precisamente en este ámbito jurisdiccional queda de relieve el alcance limitado –como no podía ser de otro modo– de la fiscalización contra posibles lesiones e incumplimientos que afectan a los derechos estatutarios. Tanto en el Estatuto de Andalucía como en el de Cataluña –en el resto no se contiene este tipo de previsiones– la protección jurisdiccional se circunscribe a los “actos” de los poderes públi-

cos de la comunidad. La mención es lo suficientemente explícita como para excluir forzosamente de su ámbito objetivo tanto a las normas legislativas, como –e incomprensiblemente– a las reglamentarias o administrativas dictadas por la Administración autonómica.

Ahora bien, junto a estas limitaciones funcionales en el plano jurisdiccional para controlar al legislador y ejecutivo autonómicos, lo cierto además es que no parece que sea lógico atribuir a la justicia ordinaria la garantía esencial para el ejercicio de los derechos sociales. La decisión definitiva sobre su grado de satisfacción corresponde al poder político, el único que dispone de medios y capacidad normativa en la fijación del régimen jurídico de una serie de derechos que se miden “en positivo”. Sin embargo, esto no significa que la intervención jurisdiccional sea imposible o inoperativa; se puede llegar a producir vulneraciones “en negativo” de estos derechos sociales o prestacionales, desde interpretaciones excesivamente restrictivas o reduccionistas que resultarían en todo caso susceptibles de un cierto control judicial.

El *Ombudsman* autonómico encuentra, por consiguiente, en este nuevo marco estatutario posibilidades inéditas de actuación. La supervisión, de un lado, de incumplimientos por omisión o pasividad de los poderes públicos, cuando se han señalado unos objetivos o mínimos prestacionales que deben ser garantizados en todo momento. En segundo término, el control del Defensor puede proyectarse no sólo sobre la materialización de un conjunto de prestaciones sociales, sino de igual modo sobre la “calidad” y eficiencia de aquéllas, de manera que se alcance el nivel óptimo previsto en el Estatuto; en este sentido, hay que recordar que muchos de los derechos sociales reconocidos en la esfera estatutaria suponen un avance significativo respecto de una formulación excesivamente abstracta que reciben en la norma fundamental del Estado.

En el Estatuto de Andalucía se impone una condición suplementaria al ejercicio por el Parlamento autonómico de su potestad de desarrollo legislativo. De acuerdo con lo dispuesto en su artículo 38, el legislador tiene la obligación de determinar “*las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos*”. A esta exigencia sustancial para asegurar el cumplimiento de los mandatos sociales estatutarios se añadiría la que el artículo 40 ha previsto igualmente en materia de principios rectores, esto es, “*la garantía de una*

financiación suficiente”, junto a “la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas”. El reconocimiento de una metodología concreta para desplegar normativamente el catálogo de derechos y principios sociales evita, en buena medida, el riesgo de dar por concluidos los objetivos estatutarios mediante leyes únicamente declarativas, privadas de mecanismos procesales y financieros con los que hacerlos exigibles por los ciudadanos como derechos subjetivos de configuración legal.

Sin duda, condiciones como las anteriores refuerzan la operatividad de la actividad fiscalizatoria del *Ombudsman* en relación con el Parlamento autonómico, en la medida en que definen un canon de evaluación sobre la estatutoriedad de la ley inexistente anteriormente, con unas inevitables implicaciones políticas (Andalucía) o jurídicas (Cataluña). En todo caso, lo que resulta fácil de deducir del catálogo y sistema de garantías de los derechos estatutarios es la idoneidad de una institución como ésta para hacer un seguimiento y control de la realización de las metas de contenido social.

En efecto, una institución de esta naturaleza y con dichas funciones previsiblemente se va a convertir en un foco de atención de las emergentes demandas sociales que surgirán a raíz de ese amplio programa social y prestacional contenido en los estatutos (A. Porras). Es cierto también que ésta es una situación en la que ya tienen experiencia los defensores autonómicos, verdaderos impulsores de reformas legislativas paralela o alternativamente a las que emergen desde instancias gubernamentales y parlamentarias.

Sin embargo, también es verdad que, con el incremento de esta acción propositiva en el plano legislativo, se corre el riesgo de instrumentalizar o manipular al *Ombudsman* para alcanzar resultados que, de otro modo, se canalizarían a través de las iniciativas promovidas por los actores políticos legitimados para ello en la esfera parlamentaria. La neutralidad ideológica y la autonomía funcional de esta institución representan un aval de legitimación añadido con el que aumentan las probabilidades de éxito para aprobar reformas legislativas, al eludir la tradicional confrontación dialéctica en el seno de la Asamblea entre mayoría gubernamental-oposición. Además, desde el punto de vista de su “accesibilidad”, el Defensor actúa como verdadero *mediador social* con las instituciones que detentan el poder político dentro de la comunidad y por esta razón corre el pe-

ligro de ser utilizado como el canal "alternativo" a los habituales y lógicos de cualquier democracia parlamentaria. No obstante, se trata de una función que no tiene por qué resultar incompatible con la participación de los ciudadanos en los circuitos institucionales tradicionales de aquélla, sea mediante la introducción de una etapa más en el procedimiento de elaboración de las leyes o articulando fórmulas eficaces de colaboración administrativa.¹¹

Estamos convencidos de que los defensores autonómicos pueden contribuir en adelante a consolidar el recién inaugurado control de estatutoriedad. El modelo de garantías estatutarias carece de efectos jurídicos vinculantes para los sujetos obligados a la materialización de los objetivos sociales marcados en ese nivel superior del ordenamiento de la comunidad; la única excepción a esta regla general se localiza en el sistema implantado en Cataluña con el Consejo de Garantías Estatutarias, cuyos dictámenes resultarán vinculantes en materia de derechos para el legislador autonómico (art. 76-4). Frente a este modelo, la ley andaluza que regula la institución otorga, por el momento, al Defensor del Pueblo una tímida facultad para "sugerir" al órgano legislativo competente –o a la Administración– modificaciones de las normas que estén provocando situaciones injustas o perjudiciales para los administrados (art. 28-2, Ley 9/1983).

Pero la ausencia de ejecutividad o vinculatoriedad en las facultades del Comisionado no es un obstáculo insuperable para reconocer la implícita labor de *impulso parlamentario* que su intervención puede tener de cara a una posible "reprogramación legislativa" del Gobierno. Por otro lado, se cuenta ahora para realizar esta función con unos parámetros de referencia estatutarios –carácter vinculante y contenido (esencial)– que permiten delimitar la discrecionalidad del legislador a la hora de desarrollar normativamente el catálogo de derechos.

Dentro del "emergente" sistema de control de estatutoriedad, el Defensor se puede llegar a convertir en un intérprete esencial del Estatuto y en especial del catálogo de derechos que éste contiene. De una parte, porque su conexión directa con el sistema social le otorga una situación privilegiada como *espejo institucional* en el que se

11. Valga como supuestos que ejemplifican bastante bien estos sistemas suplementarios de participación ciudadana los contenidos en los artículos 113 y 134 del nuevo Estatuto de Andalucía.

reflejan las prioridades que marca la ciudadanía en el proceso de realización de los objetivos estatutarios; pero esa condición resulta especialmente relevante además cuando se trata de controlar su implementación a través de la producción legislativa y administrativa elaborada por los poderes públicos de la comunidad.

El control de estatutoriedad podría eventualmente llevarse a cabo de forma indirecta, con la colaboración del Defensor nacional. Este último posee una prerrogativa que le permite impugnar ante la jurisdicción constitucional normas con rango de ley que vulneren los derechos consagrados por la CE. El mimetismo en lo sustancial entre las declaraciones de derechos constitucionales y las estatutarias es un indicio evidente de la derivación y conexión incuestionable que existe entre ambos catálogos; los derechos estatutarios se integran en el contenido esencial de los derechos constitucionales. De este modo, una restricción desproporcionada de cualquiera de los primeros puede considerarse, al mismo tiempo, una potencial vulneración del derecho constitucional "homólogo". Partiendo de esta premisa –la superposición de las nociones de ilegitimidad y antiestatutoriedad– los *Ombudsmen* autonómicos estarían en condiciones de impulsar –previa solicitud al Defensor del Pueblo estatal– un mecanismo de control de estatutoriedad.¹²

Una de las novedades introducidas en materia de garantías consiste en la implantación –teóricamente *ex novo*– de un sistema de control judicial de las posibles *desviaciones estatutarias* del Gobierno y de la Administración autonómicos, prevista expresa y únicamente para impugnar aquellos actos que vulneren los derechos reconocidos por los estatutos; precisamente los aprobados en Cataluña y Andalucía (artículos 95-1 y 140-1, respectivamente) atribuyen a los Tribunales de Justicia que actúan en cada una de esas dos comunidades la com-

12. Hasta el momento, esa posibilidad de instar del Defensor estatal la presentación de recursos de inconstitucionalidad, contra disposiciones normativas emanadas del Parlamento y del Gobierno, quedaría circunscrita materialmente a las posibles vulneraciones por aquéllas de alguno de los derechos consagrados en la norma fundamental. La introducción de un catálogo complementario de la declaración constitucional de derechos abriría –a nuestro juicio– la dimensión normativa de la cooperación entre las instituciones –nacional y autonómicas–, hoy delimitada por los derechos y las libertades reconocidos en el Título Primero de la Constitución (art. 2-1.º, Ley 36/1985); y en consecuencia establecería un nuevo campo susceptible de control jurisdiccional por el TC al que no podrían ser ajenos ninguno de aquéllos.

petencia –y a la vez obligación– de tutelar los derechos que allí se reconocen.

La importancia que puede llegar a cobrar la futura implantación de un proceso específico –o una función jurisdiccional específica– para la tutela de los derechos estatuarios aconseja sin duda algún tipo de legitimación del Defensor autonómico ante los tribunales de justicia. Se trataría con ello de atribuirle una facultad equivalente a la que se le concede a nivel estatal al Defensor del Pueblo nacional para incoar la actuación judicial frente a violaciones que sufran los derechos constitucionales (art. 162-1-b, CE).¹³

13. Para Anguita Susi, la utilización –o impulsión indirecta– del recurso de amparo, como vía alternativa para la tutela de los derechos, debería tener en todo caso carácter residual y se activaría únicamente en aquellos casos en que los afectados estuvieran en una especial situación de sujeción o indefensión. Vid. *La tutela de los derechos por los defensores del pueblo autonómicos en España*. Comunicación presentada al Convenio de la Universidad de Cassino *La tutela dei diritti fondamentali nello Stato delle autonomie*, Noviembre, 2007; del mismo autor, *Defensor del Pueblo Andaluz y la tutela de los derechos fundamentales: medios, mecanismos y procedimiento*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el tratamiento que realizan las diferentes reformas estatutarias de la figura del Defensor del Pueblo autonómico. El punto de mira del análisis se centra tanto en la dimensión funcional o competencial, como del *status* institucional y las relaciones con otros órganos y poderes de la Comunidad Autónoma. En este proceso de incorporación a los nuevos Estatutos de la figura del *ombudsman* autonómico se ha intentado delimitar con mayor claridad normativa el alcance y la eficacia de su función como instancia de tutela de los derechos. Por otro lado, el estudio entra a examinar los nuevos parámetros normativos de referencia sobre los que se proyectará la actuación del defensor autonómico; en concreto y fundamentalmente los catálogos de derechos estatutarios. Sin duda se encuentra aquí uno de los retos más importantes de futuro para consolidar a esta figura como verdadero instrumento de protección de los derechos sociales de los ciudadanos en cada Comunidad; su verdadero valor normativo se medirá, entre otras formas, a partir de las posibilidades que tenga aquél para garantizar su ejercicio.

Palabras clave: *Ombudsman*; Comunidades Autónomas; derechos sociales; reformas estatutarias.

RESUM

En el present treball s'analitza el tractament que realitzen les diferents reformes estatutàries de la figura del Defensor del Poble autonòmic. El punt de mira de l'anàlisi se centra tant en la dimensió funcional o competencial, com en l'estatus institucional i les relacions amb altres òrgans i poders de la comunitat autònoma. En aquest procés d'incorporació als nous estatuts de la figura de l'*ombudsman* autonòmic s'ha intentat delimitar amb major claredat normativa l'abast i l'eficàcia de la seva funció com a instància de tutela dels drets. D'altra banda, l'estudi entra a examinar els nous paràmetres normatius de referència sobre els quals es projectarà l'actuació del defensor autonòmic; en concret, i fonamentalment, els catàlegs de drets estatutaris. Sens dubte es troba aquí un dels reptes més importants de futur per consolidar aquesta figura com a veritable instrument de protecció dels drets socials dels ciutadans en cada comunitat; el seu veritable valor normatiu es mesurarà, entre altres formes, a partir de les possibilitats que tingui per tal de garantir el seu exercici.

Paraules clau: *Ombudsman*; comunitats autònomes; drets socials; reformes estatutàries.

ABSTRACT

The article examines the regulation on the autonomous-community ombudsman institutions introduced by the recently approved statutes of autonomy. The article focuses the analysis on three dimensions of the ombudsman: its competences, its institutional status and its relations with other institutions of the autonomous communities. In this sense, it states that the new statutes have sought to establish a clear normative definition about the scope and efficiency of the ombudsman as an institution for the protection of rights. On this subject, the article explores the new normative parameters on which the different ombudsmen will have to base their activity, in particular a series of rights for citizens (mostly social rights) included for the first time in some of the recently approved statutes of autonomy. The article finally concludes that to efficiently warranty the protection of these rights is one of the major challenges the autonomous-community ombudsmen will have to face.

Key words: Ombudsman; Autonomous Communities; social rights; reforms of the statutes of autonomy.