

EL DEFENSOR DEL PUEBLO, INSTITUCION DE GARANTIA
NO JURISDICCIONAL DEL DERECHO
NACIONAL Y COMUNITARIO (*)

MARGARITA RETUERTO BUADES (**)

Este importante encuentro sobre el Ombudsman europeo y sus perspectivas de futuro, para el Defensor del Pueblo de España, institución que ahora represento, tiene un doble sentido.

De una parte, *profundizar* en el conocimiento de nuestras respectivas instituciones en la búsqueda de un espacio jurídico común para la mejor defensa de los derechos de los ciudadanos, dentro del marco de actuación que cada Ombudsman tiene en su país. En este sentido y desde la experiencia española puedo afirmar casi once años después de su puesta en práctica efectiva que el Defensor del Pueblo es una institución totalmente consolidada, sin ignorar tampoco las dificultades, carencias y defectos que una experiencia como ésta comporta. Pero la visión general es positiva.

Es más, está admitido incluso por aquellos que al principio contemplaban con escepticismo esta figura inédita en el ordenamiento jurídico español, que hoy no se puede entender el

(*) Intervención en Coloquio sobre el Ombudsman europeo aspectos legales y perspectivas de futuro. Luxemburgo, 18 y 19 de octubre de 1993.

(**) Defensora del Pueblo de España (en funciones).

constitucionalismo moderno sin analizar el papel de esta institución.

El Defensor del Pueblo es además una de las instituciones con más aceptación ante la opinión pública quizá porque ha sabido, por su novedad, adaptarse al dinamismo de los cambios jurídicos, institucionales y sociales que exigía la nueva y plural sociedad española.

En este primer punto quiero subrayar como ideas claves para entender la figura del Defensor del Pueblo de España las palabras *consolidación institucional, dinamismo y evolución* hacia nuevas posibilidades de actuación que permitan mejorar su proyección hacia el futuro.

Decía al principio, que deberíamos felicitarnos por este encuentro por un doble motivo, pues bien ese *segundo aspecto* es que el futuro *Defensor del Pueblo Europeo* previsto en el artículo 138.E del Tratado de Maastricht representa, además de otras consideraciones que se expondrán a lo largo de este encuentro, un paso más en el proceso de *internacionalización* creciente de las eficaces garantías de los derechos humanos.

Además, como he repetido en otras ocasiones y en otros foros, la evolución de la Comunidad Europea hacia la Unión Política y la introducción de la ciudadanía europea, aconseja el establecimiento de garantías –insisto en esta expresión– que tutelen los derechos propios de esta ciudadanía dando credibilidad y eficacia al proceso propuesto.

A) BREVE APUNTE SOBRE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Se me ha solicitado que haga una breve exposición sobre el papel de la institución española, y sus perspectivas de futuro,

sobre todo desde el punto de vista de la incidencia comunitaria en las actuaciones del Defensor del Pueblo.

Todos sabemos que no es tarea fácil tratándose de analizar la rica experiencia de esta institución en España.

Es cierto que esa experiencia, comparada con otras figuras homólogas, como son las nórdicas, puede parecer muy corta en el tiempo, pero parafraseando aquella famosa frase del primer astronauta que pisó la Luna, han sido once años que representan quizá un paso muy pequeño dentro de la historia general de los Ombudsman, pero un avance de gigante en la consolidación de garantías constitucionales extrajurisdiccionales para los ciudadanos españoles tal y como preveía nuestra Constitución de 1978.

Mis reflexiones se van a centrar, pues, en analizar, no tanto las señas de identidad del Defensor del Pueblo de España, porque entiendo que son bien conocidas por todos, sino en explicar brevemente que representa hoy esta institución y lo qué es más novedoso cómo estamos aplicando el Derecho Comunitario de forma habitual y cuáles son nuestras experiencias en este aspecto.

Como cuestión previa debo señalar que he tenido la inestimable oportunidad de haber formado parte del equipo que puso en marcha desde el primer momento el Defensor del Pueblo y haber trabajado con dos extraordinarios Defensores con anterioridad.

El Ombudsman no es un lujo de sociedades desarrolladas, no es un experimento de laboratorio. Es simplemente una ineludible realidad de nuestros días y una necesidad evidente de todo Estado de Derecho, e inherente a una *democracia avanzada*.

La experiencia nos lo muestra y su incorporación a los más variados sistemas jurídicos y estructuras políticas también. De

esta forma la original institución escandinava se ha adaptado a sistemas políticos parlamentarios o presidencialistas; al Estado unitario, al federal o al de las regiones autónomas, tanto como al ámbito municipal o local. Ha sabido igualmente adaptarse a las características propias del sistema del «Commun Law», como al europeo de derecho administrativo y control jurisdiccional especializado (contencioso-administrativo).

Nada en todo este proceso histórico ha sido gratuito, ni debido al azar o modas pasajeras. Los hechos, siempre tan constantes, lo demuestran.

Lo cierto es que la sociedad de nuestros días, en términos generales conoce una presencia activa e interventora de los llamados poderes públicos, las administraciones públicas (en sus distintas manifestaciones) que no ha tenido parangón en otras épocas.

Desde la sanidad a la educación, pasando por los transportes, las comunicaciones o la seguridad, la sociedad reclama cada vez más prestaciones que no son fáciles de resolver individualmente y a ello viene a subvenir la sociedad misma globalmente a través de las administraciones públicas, actuando éstas directa o indirectamente.

Como es natural, es necesario pagar el precio no sólo de sostener esas administraciones portadores de servicios, sino también el de los errores o arbitrariedades de sus servidores o funcionarios en el ejercicio de sus competencias. Incluso la necesidad de intervenir en los más diversos campos lo más eficazmente, hace que (además de las leyes estrictamente dicha, en cuanto emanación de la voluntad de los legislativos) el ciudadano se vea obligado a abrirse paso cada día entre un bosque no sólo de leyes, sino también las disposiciones de rango inferior cada vez más complejas y en no pocos casos arbitrarias y lejanas del fin original querido por el legislador.

A este fenómeno que se dice universal los tratadistas nos han argumentado tradicionalmente que son suficientes *los con-*

troles tradicionales: una adecuada fiscalización parlamentaria directa y una revisión jurisdiccional en condiciones. La actuación de ambos poderes autónomos e independientes son, se dice, más que suficientes para actuar de contrapeso de los ejecutivos y las administraciones.

Pero todos los asistentes a este encuentro sabemos hasta que punto no puede hablarse de Estado de Derecho sin esa división de poderes y sin ese juego de controles y contrapesos en su ejercicio. Pero también sabemos que en una sociedad tan compleja como la actual *esos solos instrumentos no son suficientes. Que es positivo y útil dotar al ciudadano de a pie, sobre todo a aquellos que no son poderosos en medios económicos o culturalmente, de un instrumento sencillo y operativo como el Ombudsman, para facilitar o acrecentar un control más real de las Administraciones.*

Los ciudadanos de cualquiera de los países que disponen de la institución del Ombudsman saben que ante una irregularidad administrativa, el abuso de poder de una administración o un funcionario, que daña a su legítimo derecho o interés, o simplemente frente al silencio de la administración ante sus peticiones o recursos, puede no sólo acudir ante los tribunales, sino también al Ombudsman. Una institución que gratuitamente y de forma rápida va a averiguar qué ha ocurrido y procurará solucionar su problema ahorrándole, si fuera posible, el penoso camino de los tribunales. Puedo asegurarles que sin duda alguna que *los ciudadanos que han vivido una experiencia positiva* de esta naturaleza, son conocedores que llegado el caso pueden acudir a esa vía, comprenden y *sienten como mucho más cercanos y vivos los elementos positivos de la democracia.*

España incorpora el Ombudsman a su Constitución en 1978 y empieza a funcionar a finales de 1982.

Desde entonces ha venido actuando el Defensor del Pueblo vinculado al Parlamento, que lo elige gozando de un estatuto propio de real autonomía e independencia, con un acceso libre,

directo y gratuito de los españoles y los extranjeros y con poder de investigar las quejas contra todas las administraciones, incluidas la militar y judicial; pudiendo investigar directamente en oficinas administrativas, comisarías cárceles, cuarteles, etc., con la obligación de los funcionarios y responsables administrativos de colaborar con el Defensor del Pueblo, so pena de incurrir en el delito de desobediencia. Con la posibilidad incluso de acudir ante el Tribunal Constitucional para impugnar una ley o demanda de amparo para un ciudadano individual.

La experiencia de estos casi once años me ha permitido constatar como muchas de las trabas o resistencias de los destructores convencidos o interesados de la institución del Ombudsman se han revelado como irreales.

La institución se ha adaptado a un sistema parlamentario, en la estructura de un Estado fuertemente descentralizado (sistema de regiones o Comunidades autónomas con Parlamento y competencias propias), coordinando en este momento su actuación con otros siete Ombudsman regionales. Se ha demostrado que la institución funciona en un país con una población numerosa y una administración administraciones plurales y complejas. Que se ha adaptado al sistema jurídico de derecho administrativo y no ha sido obstáculo al funcionamiento de los tribunales de justicia en el control de esas mismas administraciones.

Una institución a la que se han dirigido varios cientos de miles de ciudadanos, que han resuelto millares de quejas individuales, pero que también *ha recomendado cambios normativos* que ha recogido el Parlamento en forma de leyes o las propias administraciones en disposiciones de rango inferior. Una institución que, en el ejercicio de su plena independencia, ha recurrido varias leyes que afectaban a derechos fundamentales de la persona y ha obtenido del Tribunal Constitucional, en varias ocasiones, el reconocimiento de sus tesis y la anulación de aquellos preceptos contrarios a la Constitución.

Esta experiencia ha venido a reafirmarme en lo que siempre ha sido una de mis creencias más firmes en esta materia: que el

Ombudsman no debe ser entendido como una alternativa excluyente de los sistemas tradicionales de control del poder y en consecuencia de las administraciones, sino complementario. Que el Ombudsman ha de ser una pieza más en el engranaje delicado de la maquinaria del Estado de Derecho. Que en la tarea de defensa y protección de los derechos de las personas todo instrumento jurídico e instituciones que se revele útil y funcional debe ser bienvenido. Y que las exclusiones puramente dogmáticas me parecen a estas alturas de la evolución de las sociedades democráticas el ejercicio gratuito y negativo del más absoluto voluntarismo.

B) LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Debo resaltar también la incidencia del Derecho Comunitario sobre la actuación de la institución, no sólo en cuanto se reciben peticiones de ciudadanos que alegan vulneración de las normas comunitarias, sino también, porque en las resoluciones del Defensor, en sus recomendaciones o sugerencias se tiene en cuenta la normativa de la Comunidad a la hora de dirigirse a la Administración española.

Como sería demasiado extenso exponer toda la amplia problemática suscitada me referiré solamente a los sectores más relevantes en los que estamos trabajando con incidencia en la aplicación o trasposición del Derecho Comunitario en nuestro país, cualquiera que sea la Administración, Central, Autónoma o Local que debe realizarlo o simplemente aplicarlo.

Los tres aspectos que en principio señalaría, serían:

- **Primero:** Ambito de la Seguridad Social, Sanidad y protección a los consumidores.
- **Segundo:** Protección al medio ambiente y derecho a la información medioambiental.

- **Tercero:** Cuestiones relativas a la libertad de circulación y establecimiento, no sólo en relación a la obtención de la tarjeta de residente comunitario, sino también, a la expedición de títulos académicos o universitarios.

En el *primer aspecto* la institución ha proporcionado información sobre la conversión en moneda española de la pensión que debe recibir un trabajador de otro país de la Comunidad según el Reglamento CEE núm. 2615/1979 del Consejo adaptado a nuestro ordenamiento interno mediante la resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 24 de enero de 1990.

Dicho Reglamento previene que la Comisión de las Comunidades Europeas establecerá con carácter periódico el tipo de conversión en una moneda nacional de los importes expresados en otra moneda nacional, tomando como base de cálculo la media mensual de las cotizaciones oficiales de las distintas monedas de los Estados miembros, de acuerdo con los datos comunicados por los bancos centrales, en el marco de aplicación del sistema monetario europeo.

En estos supuestos el Defensor del Pueblo también ha informado que la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, es quién fija la fecha de referencia para la determinación de los tipos de concesión, que aparecen publicados, como es conocido, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en el curso del penúltimo mes precedente al trimestre en que habrán de ser publicados.

Dentro del campo de *protección de los trabajadores*, son constantes los escritos que se reciben sobre retrasos en la tramitación de pensiones que deben ser concebidas conforme a los Reglamentos Comunitarios, en relación con los Convenios internacionales suscritos por España, fundamentalmente con Francia y Alemania, y en las que se alega la vulneración de los Reglamentos CEE 1408/1971 y 574/1974.

Otras cuestiones formuladas, son la necesidad de acreditar 365 días de cotización en España para que sean de aplicación los Reglamentos Comunitarios antes citados.

En la *protección a los consumidores* seguimos con atención la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados por consumidores sobre todo en su aplicación a un fenómeno todavía no bien regulado como es la multipropiedad o «time sharing» que abre un campo nuevo en la aplicación del Derecho comercial y sus particulares incidencias en el Registro de la Propiedad, como garantía en la adquisición de bienes inmuebles.

En *segundo lugar*, unas breves reflexiones sobre la importancia cada día más creciente que las cuestiones de medio ambiente tienen para el Defensor del Pueblo, no sólo por la cantidad de asuntos referidos a este tema, sino también por la complejidad técnico-jurídica que implican y por la incidencia que el Derecho Comunitario tiene en estos supuestos, como hemos puesto de relieve en el último Informe presentado al Parlamento.

La degradación del medio ambiente constituye uno de los problemas más significativos de nuestra sociedad, el cual tiene lógico reflejo en el contenido de los escritos dirigidos al Defensor del Pueblo.

La desertización del suelo y daños de su flora y fauna, la creciente y a veces excesivas urbanizaciones de zonas específicas del territorio nacional, los vertidos incontrolados de residuos sólidos urbanos, industriales y tóxicos, la degradación del aire de algunas ciudades, así como de las aguas continentales o marinas, la contaminación acústica, han sido algunos de los temas que con mayor o menor intensidad tienen su reflejo en el Derecho Comunitario.

Así, por ejemplo la Directiva 74/464 CEE sobre contaminación de aguas, o el Real Decreto Legislativo 1302/1986, que incorpora la Directiva 85/377/CEE, de 27 de junio de 1985, sobre

medidas de evaluación de impacto ambiental en proyectos con incidencia importante en el medio ambiente.

Merece, en este sentido, destacarse aquellos casos el *derecho a la información en materia de medio ambiente*, cuestiones objeto de la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990 cuyo sexto considerando manifiesta que «...es necesario garantizar que cualquier persona física o jurídica tenga libre acceso en la Comunidad a la información sobre medio ambiente disponible en forma escrita, visual sonora o de base de datos que obre en poder de las Administraciones públicas y que se refiere a la situación del medio ambiente, las actividades o medidas que afecten adversamente al medio ambiente, así como las destinadas a protegerlo».

Añade el considerando 11 que dentro de una estrategia global de divulgación de información sobre el medio ambiente, es conveniente que se comunique al público de forma activa la información general sobre la situación del medio ambiente. Este fue el caso por el que conseguimos que una Asociación de Consumidores y Usuarios accediera a una información sobre vertidos a los ríos de una determinada ciudad.

En un principio, la Administración se negaba porque entendía que en este expediente además de la información administrativa y medio ambiental se contenía otra información de carácter técnico-económico de tipo confidencial (tecnología, producción, etc.) que no debían ser accesibles sin autorización de los titulares de las empresas.

El Defensor del Pueblo replicó que, efectivamente, tales razones habían de *ponderar el acceso a esta información*, pero señaló que el acceso que se solicita podía limitarse pero no tanto que restringirse al legítimo derecho a conocer los datos más relevantes máxime cuando así lo indica el artículo 105 de nuestra Constitución y la Directiva sobre información medio ambiental antes señalada.

Un *tercer y último aspecto* serían aquellas cuestiones que afectan a la libertad de residencia o establecimiento como son los casos de denegación de tarjeta de residente comunitario en aplicación del Real Decreto 1099/1986, que transponía el Reglamento 638/60/CEE.

Debo indicar que el ordenamiento español ha regulado nuevamente la entrada y permanencia en España de los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas mediante el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio. Las nuevas disposiciones derogan expresamente las incluidas en el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo. La actual ordenación responde, como se menciona en el Preámbulo del Real Decreto, a las obligaciones impuestas a España por el Derecho Comunitario. En este sentido, si la imperatividad de los artículos 48, 52 y 59 del Tratado de la CEE hizo necesario dictar la disposición antes mencionada (1099/1986) estableciendo las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de los nacionales de los Estados pertenecientes a la CEE, para la realización de actividades asalariadas o no asalariadas, o para prestar o recibir servicios: por su parte, las bases jurídicas de la regulación actual son fundamentalmente dos: de un lado, la obligatoriedad del Reglamento CEE 2194/1991, de 25 de junio, relativo al período transitorio aplicable a la libre circulación de los trabajadores para España y Portugal y, por otro, la necesaria incorporación en el plano interno del contenido de tres Directivas: 90/364/CEE, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional, y 90/366/CEE, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, todas ellas de 28 de junio de 1990.

Especialmente significativos además son los casos de doble nacionalidad ligados a la libertad de establecimiento; como fue el caso de un ciudadano italo-argentino que pretendía trabajar

y establecerse en España, amparándose en su condición de ciudadano comunitario.

La Administración española en principio se negó entendiendo que la nacionalidad «emergente» era la argentina no la italiana y, por tanto, no le era de aplicación el artículo 52, 53 y 56 del Tratado de CEE.

Contra esta resolución esta persona ejercitó todas las actuaciones posibles que permite el ordenamiento jurídico, acudió al Defensor del Pueblo, así como a los Tribunales de Justicia. El órgano jurisdiccional competente en virtud del artículo 177 del Tratado CEE planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo quien reconoció no hace mucho en una importante sentencia la prevalencia en estos casos de la situación de ciudadano comunitario.

Otra cuestión significativa ha sido *la homologación de títulos acreditativos de especialidades médicas* obtenidos en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea.

La Directiva 75/362/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, completada por la Directiva 81/1057/CEE, regula el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico, y comporta asimismo medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios de los titulados correspondientes, dentro del ámbito comunitario.

En cumplimiento de la citada Directiva, el Real Decreto 1691/1989, de 29 de diciembre, vino a regular el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de médico y de médico especialista de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Esta disposición normativa recogió los títulos de la Comunidad Económica Europea que en España son reconocidos para

el acceso a las actividades médicas especializadas, así como los requisitos exigidos. No ha sido éste el problema sino las *excesivas demoras en la tramitación de los expedientes* de reconocimiento de los títulos de especialidades médicas obtenidos en algún país miembro de la Comunidad Económica Europea.

Como el artículo 8 de la Directiva 75/362/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas recoge la posibilidad de reconocer, en determinadas condiciones, programas formativos realizados en países de la Comunidad Europea como parte de la formación necesaria para autorizar el ejercicio de la profesión en España en calidad de médico especialista, la Administración competente nos confirmó que se encontraba ya en avanzada elaboración la normativa que incorporará al ordenamiento jurídico español el citado artículo 8 en donde se establecerá la autoridad competente, los requisitos y el procedimiento para su aplicación.

CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo expuesto a juicio de la institución que me honro en este momento en presidir caben las siguientes conclusiones:

– La figura del Defensor del Pueblo de España ha venido a *completar los instrumentos claves de garantía de los ciudadanos frente a la actuación de los poderes públicos*. Con una doble misión, no sólo la defensa de los derechos y libertades fundamentales de la persona, sino también el control ordinario de las Administraciones públicas, o lo que es lo mismo, la «mala administración», que abre nuevas posibilidades de actuación para definir lo que debe ser el campo propio de actuación del Ombudsman.

– En todas sus actuaciones, tanto de oficio como a instancia de parte, el Defensor del Pueblo tiene presente el Derecho Comunitario tanto el originario como el derivado utilizando para ello *todos los amplios recursos que permite la Constitución*

y la Ley Orgánica reguladora; investigaciones «in situ», acceso a todo tipo de documentos administrativos; recomendaciones o sugerencias.

– Desde esta perspectiva de *subsidiariedad* en la *vigilancia de la aplicación del Derecho Comunitario* se puede afirmar que junto a los mecanismos clásicos de vigilancia en la aplicación y control de este Derecho: Comisión Europea, Tribunal de Justicia de las Comunidades o Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo; el *Defensor del Pueblo de España constituye un instrumento eficaz para la implementación y seguimiento del Derecho Comunitario tanto por su proximidad al ciudadano como por el control del Defensor de las Administraciones públicas que lo aplican.*

– Por último, España ha tenido un indudable protagonismo en la idea de ciudadanía europea, por ello el *Defensor del Pueblo europeo* previsto en el Tratado de la Unión Europea servirá para un acercamiento de los ciudadanos europeos a las instituciones incrementando su confianza en las mismas. *El Defensor del Pueblo Europeo es un símbolo emblemático de la ciudadanía de la Unión.*

– En definitiva, asistimos a otro paso más en la construcción europea, proceso de integración comenzado en Roma hace más de treinta años que a pesar de su economicismo inicial y de todas sus complejidades debe interpretarse en términos históricos-culturales, en clave de esfuerzo por la continuación, en una nueva dimensión, del siempre inacabado proceso de construcción del mejor Estado, es decir instancia de aseguramiento de la convivencia pacífica y justa. Esa es la Europa en que creemos.