

# EL DEFENSOR DEL PUEBLO FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Antonio J. Porras Nadales  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)  
2006 <sup>(1)</sup>

SUMARIO. 1. La posición funcional del *ombudsman* entre sociedad y estado. 2. La capacidad de respuesta pública como ámbito problemático: el *ombudsman* ante el laberinto. 3. Los *modelos* de administración. 4. El *ombudsman* frente las administraciones públicas 5. Consideraciones finales

## 1. La posición funcional del *ombudsman* entre sociedad y Estado

La proyección de la institución del *ombudsman* a comienzos del siglo XXI presenta toda una serie de perspectivas y desafíos que, en el contexto de las democracias avanzadas, deben significar una clara apuesta de éxito para el futuro. Un éxito que se monta ciertamente en nuestro caso sobre el rotundo proceso de consolidación institucional que ha alcanzado en España la figura del *ombudsman* durante las décadas finales del siglo XX a partir de su incorporación en la Constitución de 1978 y su posterior réplica en los Estatutos de Autonomía.

Si recordamos las razonables dudas y recelos que presidían hace algo más de dos décadas el debate inicial sobre la importación de una figura de origen extraño, ajena a la tradición administrativista de los sistemas jurídicos napoleónicos, seguramente tendremos una mejor conciencia del camino recorrido. Pues aquel debate originario estaba ciertamente sembrado de dudas e incertidumbres: el Defensor era al fin y al cabo una figura de procedencia extranjera, una institución foránea de cuya eficacia final cabría manifestar algún tipo de dudas o escepticismos. Para la vieja tradición iuspublicista, de resonancias organicistas, siempre existía la sospecha de que el trasplante de instituciones, como el trasplante de órganos, podría acabar generando rechazos, y que las nacientes democracias del sur no estarían acaso en condiciones de asimilar competitivamente una figura nueva que procedía nada menos que de las “ultraavanzadas” democracias nórdicas.

Frente a estos recelos de pasado, la realidad parece haber demostrado que el diseño de figuras adicionales de control en la esfera pública nunca

---

<sup>1</sup> Jornadas *El Ararteko: un ombudsman para el siglo XXI*, Universidad del País Vasco, Julio 2006. Publicado en: *El Ararteko: un ombudsman para el siglo XXI*, Ararteko, 2009, (ISBN 978-84-89776-32-6), págs. 235-256.

resulta ser gratuita; pues el desarrollo del intervencionismo público en las democracias avanzadas (pese a las agoreras profecías sobre el desmantelamiento del Estado social o *welfare state*) tiende a operar progresivamente en un marco de imbricación con el tejido social, generando nuevos ámbitos problemáticos donde los derechos ciudadanos pueden resultar afectados, exigiendo la presencia de mecanismos de control capaces de operar más allá del limitado marco legal en que opera el poder judicial. Es más, incluso el propio autotrecimiento difuso de las declaraciones de derechos, o la aparición de nuevas figuras de derechos sobre base legal, contribuye a amplificar progresivamente el campo de proyección funcional de la figura del *ombudsman*.

Esta evidente consolidación institucional es el resultado de un conjunto de experiencias y procesos muy variados y se ha proyectado sobre los distintos ámbitos funcionales donde el defensor desarrolla sus labores: por una parte, en lo que sería su eje de proyección externa, donde debe destacarse el constante incremento del número de *usuarios* de la institución que permite confirmar la existencia de un efectivo fenómeno de enraizamiento social y de proyección efectiva hacia el ámbito de los ciudadanos. En segundo lugar, se trataría también de un crecimiento institucional de dimensión endógena implicando un desarrollo sustancial de los recursos técnicos y personales de las oficinas del Defensor del Pueblo tanto en la escala central como autonómica, generando así una mayor capacidad de respuesta a las demandas ciudadanas. Y en tercer lugar, cabría hablar igualmente de un desarrollo en el plano relacional, es decir, en los nexos de comunicación externa que el Defensor del Pueblo mantiene no sólo con su esfera de proyección natural (la propia cámara legislativa) sino igualmente con las distintas administraciones públicas, con el tejido social organizado y, por supuesto, con los medios de comunicación.

De este modo, la percepción de la figura parece ajustarse a comienzos del siglo XXI a unos perfiles bastante precisos que, en todo caso, tienden a reproducir inicialmente la dualidad funcional originaria que se reflejaba en la propia normativa fundamental: por una parte, el defensor es un instrumento que opera en la esfera de la sociedad civil con el objetivo de proteger los derechos ciudadanos; y por otra, es un instrumento que trata de incidir en la esfera estatal mediante sus funciones de supervisión de la administración, operando genéricamente dentro del ámbito de los sistemas de control o "*accountability*" de los poderes públicos.

Si lo expresamos figuradamente en términos "schumpeterianos" cabría afirmar pues que, de un lado, el DP opera en la fase de *demanda*, es decir, en la esfera del circuito de demandas o necesidades sociales que se expresan a través del sistema de derechos; y por otra, opera en la fase de *oferta*, entendida como la actuación positiva de las administraciones públicas para responder a las necesidades o demandas ciudadanas. O sea, entre la sociedad y su sistema de necesidades por un lado, y la actividad estatal y su capacidad de respuesta a tales necesidades por el otro.

Cabría sugerir que en principio sus características funcionales así como el perfil dominante de su actividad le permiten ubicarse mejor en el lado de la

demanda que en el de la oferta. No solamente porque desde el punto de vista institucional la imagen de una institución defensora de los derechos ciudadanos resulte ser más brillante que el de una especie de oscura oficina de inspección de servicios administrativos, sino porque sus amplias y flexibles competencias investigadoras le permiten operar más cómodamente en clave de detección de problemas sociales que en la estricta formulación de soluciones a los mismos; ya que al fin y al cabo las soluciones a tales problemas deben surgir de un ámbito ajeno, es decir, de la actuación eficiente de la propia administración, y en esa arena el DP carece en principio de competencias directas más allá de la mera formulación de recomendaciones a las autoridades administrativas. Así pues, por mucho que el DP pueda efectivamente introducir sus narices en el ámbito de actuación de las administraciones públicas para cumplir tareas relacionadas con su propia investigación, su posición funcional se limitará en última instancia a detectar el problema puntual que lesiona eventualmente derechos ciudadanos, formulando en su caso la correspondiente recomendación o propuesta; pero sin poder adoptar directamente las medidas necesarias para responder a tal problema. Desde esta perspectiva cabría decir que, si para el DP la sociedad es una esfera problemática abierta, en cambio, la administración se le aparece más bien como una relativa caja negra, envuelta en sus viejas pautas de opacidad: pues serán en su caso las autoridades públicas o los cargos directivos correspondientes los que deberán adoptar las medidas necesarias para resolver los problemas que detecta el defensor, ya sea a instancia de quejas ciudadanas o bien en actuaciones de oficio.

No obstante, desde una visión histórica razonablemente optimista, esta ubicación funcional de la institución del DP no debería entenderse inicialmente como un problema. Por utilizar nuevamente algunas categorías procedentes del campo de la economía, cabría sugerir que en este ámbito prevalece en principio una visión o un imaginario social similar al que permitió durante largo tiempo la vigencia de la denominada *ley de Say*, aquel venerable postulado tan adorado por los economistas anteriores a Keynes según el cual toda demanda genera automáticamente su propia oferta: lo que en nuestro caso se traduciría en la presunción de que toda necesidad social o derecho lesionado genera, de forma más o menos automática (en su caso mediada por el DP), la correspondiente actuación positiva o correctora de la administración. Es decir, que todo problema detectado por el DP debe suscitar de forma más o menos inmediata la correspondiente actuación correctora por parte de la esfera pública responsable. Este imaginario tiene su reflejo al nivel teórico tanto en las corrientes funcionalistas norteamericanas dentro del enfoque *input/output* de David Easton, como en la doctrina europea en la categoría del impulso o *indirizzo* político entendido como un proceso general de interacción comunicativa entre la sociedad y las esferas públicas.

Sin embargo parece obvio sugerir que, en la práctica, semejante concepción ideal no siempre resulta estar suficientemente confirmada por los hechos: y no pretendemos defender con ello que se trate de un fenómeno generalizado de “desobediencia institucional” hacia el *ombudsman* por parte de

las autoridades administrativas correspondientes. Antes al contrario, la experiencia de casi un cuarto de siglo parece confirmar alternativamente que, salvo excepciones, existe un alto grado de funcionalidad en la recepción por parte de la administración de la información crítica suministrada por el DP. Incluso aunque en determinados ámbitos, como en la esfera local, hayan podido producirse notables retrasos en la recepción operativa de las tareas inspectivas del DP, al cabo del tiempo debe aceptarse la existencia de unos flujos de comunicación claramente funcionales entre ambas esferas institucionales. Lo que no parece confirmado por los hechos sería más bien la idílica concepción general según la cual todo núcleo problemático social donde se detectan situaciones lesivas para los derechos humanos acaba siendo resuelto en forma eficiente y automática por la posterior intervención positiva de la administración, contando en su caso con la actuación mediadora del DP. Frente a esta visión idealista del proceso global de la acción pública, lo que emerge más bien es todo un conjunto de ámbitos problemáticos dentro de los cuales el DP tendrá que navegar sobre aguas turbulentas, tratando al menos de mantener algún rumbo con el apoyo de sus propios y limitados instrumentos de navegación.

## **2. La capacidad de respuesta pública como ámbito problemático: el *ombudsman* ante el laberinto**

Lo que tratamos de sugerir, en otras palabras, es que por más que el DP desempeñe una brillante labor de detección de problemas, ya sea mediante la mera rutina de la recepción de quejas, o bien a través de labores de investigación desarrolladas de oficio; por más que sus periódicos informes consigan reflejar al cabo del tiempo uno de los mejores diagnósticos en negativo de nuestra propia realidad social y su sistema de necesidades; por más que sea capaz de cuantificar y clasificar hasta el máximo detalle el tipo de derechos o valores sociales que resultan lesionados así como su evolución a lo largo del tiempo; y por más que, en sus relaciones con las administraciones públicas, sepa manejar hábilmente tanto el palo de la crítica o la denuncia como la zanahoria de la cordialidad o la cortesía institucional; finalmente su nave no tendrá más remedio que encarar el último acantilado de su singladura, el de la capacidad efectiva de resolución de problemas por parte de la administración; es decir, el núcleo problemático esencial del “*problem-solving*” al que deben enfrentarse las organizaciones públicas en las democracias contemporáneas.

Y naturalmente, salvo que decida inclinarse por la filosófica opción de esperar y ver, a la hora de hacer frente a tan ardua tarea el DP deberá desplazarse desde las procelosas aguas de la compleja realidad social hasta las no menos procelosas del propio sector público donde, como mínimo, tendrá que hacer frente a tres tipos de monstruos marinos que se corresponderían a su vez con tres diferentes núcleos problemáticos: la burocracia, el derecho y la política.

Teóricamente su primer nivel de acercamiento se debería situar en clave estrictamente jurídica, o jurídico-burocrática: es decir, en la mera constatación de un deficiente cumplimiento por parte del funcionario público correspondiente de las rutinas burocráticas establecidas en base legal. Se trataría en efecto del nivel más elemental que, desde la perspectiva de un Estado de derecho, suscita la hipótesis de la lesión de un derecho ciudadano por parte de la administración pública, y donde en consecuencia las previsiones legales que configuran el status funcional del DP tienen mejor acreditada su operatividad. Y es que -repetimos, en teoría- la mera corrección de un deficiente cumplimiento de las rutinas legales de la burocracia constituye casi una pura anécdota dentro del tradicional orden jerárquico propio de la administración. Incluso hasta cierto punto cabría sugerir que, funcionalmente, el DP se limitará aquí a operar como un mero auxiliar de la propia inspección de servicios de la correspondiente administración afectada.

El problema comienza a complicarse cuando la “aparente” actuación deficiente de un determinado órgano administrativo no responde en realidad a un incumplimiento de las rutinas legales, sino más bien a un riguroso cumplimiento de las mismas. Es decir, cuando el problema no consiste en una mala práctica sino en una deficiencia de diseño legal a partir de la cual se generan en última instancia actuaciones públicas lesivas para derechos ciudadanos. Es este el momento en que la actuación de DP se proyecta hacia el segundo de los núcleos problemáticos, el de la propia configuración del ordenamiento jurídico aplicado por la administración. Cabría pensar que la privilegiada posición de diálogo del DP con el propio parlamento le debe permitir en este caso un fácil cauce de interlocución para presentar las correspondientes propuestas de reforma legal, en sus periódicos Informes. Y de hecho cabe detectar una práctica operativa en tal sentido. La inexistencia en nuestro país (y en general en Europa) de una experiencia similar a la del “*legislative oversight*” propia de la tradición del sistema de separación de poderes norteamericano, provoca una relativa carencia de mecanismos de retroalimentación que operen como instrumentos correctores de los propios soportes legales. Parece evidente que, en este contexto, uno de los circuitos fundamentales que permitirían asegurar un adecuado *feed-back* del sistema legal a lo largo del tiempo puede recaer sobre las espaldas del DP.

El problema es que las labores de saneamiento del ordenamiento implican en última instancia la puesta en marcha de la correspondiente iniciativa legislativa, potestad de la que carece el propio DP, implicando pues una movilización activa de los sujetos legitimados para ello. Del universo problemático del derecho la pelota comienza a pasar pues al de la política. Pero no se trata solamente de que el gobierno o los grupos parlamentarios consideren oportuno movilizar la correspondiente capacidad de iniciativa legislativa a demandas del DP, sino de que adicionalmente tal iniciativa debe hacerse un hueco en la propia agenda parlamentaria que, como es bien sabido, en la práctica suele estar directamente condicionada a su vez por la propia agenda política. La noble concepción del DP como un circuito impulsor de los procesos de autodepuración del ordenamiento jurídico resultará pues

condicionada finalmente por todo un cúmulo de factores de oportunidad o de agenda, desde los cuales se deciden en última instancia los impulsos causales que conducen al ejercicio efectivo de una iniciativa legislativa.

Sin embargo, en las hipótesis manejadas hasta ahora las claves problemáticas se sitúan sobre parámetros relativamente clásicos desde una perspectiva de tipo legal-burocrático. Los problemas se multiplican cuando el tipo de núcleo problemático en cuya llaga pone el dedo del DP no está directamente relacionado ni con rutinas burocráticas ni con soportes legales predefinidos sino cuando, dentro de un contexto histórico propio del estado de bienestar o *welfare state*, el tipo de derechos cuya lesión detecta el *ombudsman* (los derechos sociales en su más amplio sentido) requieren más bien el desarrollo de todo un conjunto de políticas públicas intervencionistas; o sea, de actuaciones operativas y prestadoras llevadas a cabo por el sector público, de cuyo desarrollo efectivo dependerá la capacidad final de resolución de los problemas detectados; unos problemas que se ubican genéricamente dentro del amplio paquete de los derechos sociales o principios rectores de la política social y económica.

En este caso el monstruo al que deberá enfrentarse el DP consiste nada menos que en el fenómeno del *intervencionismo*: un ámbito donde, como viene constatando reiteradamente la doctrina desde hace décadas, la mera existencia de soportes legales no es suficiente si no va acompañada de una actuación eficiente por parte de las organizaciones públicas responsables. Esa actuación positiva de las administraciones puede haber sido programada en normas de inferior rango (en cuyo caso, en alguna medida, sigue existiendo pues un cierto tipo de marco legal) o bien en soportes informales que adoptan generalmente la forma de planes estratégicos de actuación. Al nivel operativo, el DP podrá constatar pues que, aún aceptando un cumplimiento de los soportes legales, las organizaciones públicas correspondientes no llevan a cabo una actuación *eficiente* (en el sentido de que no canalizan adecuadamente los recursos disponibles hacia los objetivos marcados); o bien, que siendo una actuación eficiente, no es *eficaz* en el sentido de que no produce los resultados previstos sobre el propio tejido social; o incluso en supuestos aún más problemáticos, los sonidos que el DP acabará percibiendo de la administración serán más bien los del silencio, en forma de *no-acción*.

En todos estos casos, por más que el DP sea efectivamente el instrumento más idóneo para canalizar demandas ciudadanas sobre la esfera de los poderes públicos, sus posibilidades reales para incidir sobre la caja negra de la administración o más en general del sector público, no conseguirán superar inicialmente su pura condición de voz que clama en el desierto o, como máximo, de aldabón que llama a las puertas de las organizaciones públicas responsables.

Bien es cierto que, en general, en las democracias contemporáneas hay abierta desde hace algún tiempo una agenda de reformas en el sector público y la administración, ya sea a través de programas de modernización (que tienen su contenido estelar en la informatización administrativa y la posibilidad de realizar tramitaciones *on-line*) o bien sea a través de la introducción de nuevos

paradigmas como la nueva gestión pública o la gobernanza. Y es que, de una u otra manera, parece haberse generalizado ya en los sistemas políticos contemporáneos la conciencia crítica de que la mera formulación de unas líneas de actuación intervencionista en soportes formales o informales no implica de forma automática el logro de los objetivos formulados, implicando la realización efectiva del sistema de derechos o valores previstos en la normativa suprema. Lo que se traduce en consecuencia en la aparición de nuevos ámbitos problemáticos y de nuevas oportunidades de acción para los organismos de control.

### 3. Los *modelos de administración*

Pero puesto que estamos tratando de plantear las posibilidades del DP para penetrar en el mundo relativamente opaco de la administración pública, cabría invertir la óptica de partida para analizar cuál sería la visión alternativa desde el otro lado de la trinchera; comprobando, al menos en sus líneas generales, los perfiles más significativos del modelo o modelos de administración ante el que nos encontramos.

En la literatura de finales del siglo XX (p. ej. Offe) suele establecerse una clasificación evolutiva sobre los modelos de administración vigentes en las democracias europeas basada en la superposición de tres diferentes paradigmas. Aunque hay que advertir que esta clasificación no constituye en rigor de una auténtica serie histórico-cronológica, donde cada modelo sustituye a uno anterior que desaparece, sino que se trataría más bien de diferentes estratos funcionales o evolutivos que se van superponiendo de forma compleja en una serie de oleadas a lo largo del tiempo.

(1) El primero de tales estratos o modelos se ajustaría con toda nitidez al paradigma originario de la racionalidad legal-burocrática de Max Weber y suele ser definido como modelo de administración *condicional*, en el sentido de que la actuación administrativa se ajusta a un sistema de rutinas donde, dadas determinadas condiciones de entrada, se genera siempre el mismo tipo de respuesta a través de un procedimiento normalizado. En estos supuestos la administración opera pues de una forma relativamente ciega en cuanto a los resultados finales de su actuación, aunque generando al mismo tiempo unas claves procesuales de igualdad y de seguridad jurídica debido a la reiteración del mismo tipo de respuestas ante condiciones idénticas. En alguna medida puede afirmarse que éste sería el estrato originario sobre el que se monta la moderna burocracia europea, inspirada en el modelo de la tradición administrativista napoleónica y basada en un tipo de conocimientos jurídicos y de procedimientos normalizados en base legal.

(2) El segundo estrato se correspondería con el modelo de la llamada administración *finalista* (o finalista-instrumental) que viene a coincidir con el periodo álgido de eclosión y madurez histórica del Estado social intervencionista, imponiendo en consecuencia unas pautas de actuación donde la administración debe entenderse como un instrumento al servicio del cumplimiento de los fines u objetivos programáticos emanados de la esfera

político-gubernamental. En alguna medida suele entenderse esta fase como el momento de aparición de la noción de “tecnocracia” entendida como una categoría que se superpone a la tradición jurídico-burocrática anterior, imponiendo no sólo un diferente tipo de conocimientos especializados sino igualmente una diferente posición funcional de la administración, que ahora pasará a colocarse como un circuito instrumental al servicio de los objetivos finalistas que emanan de la esfera de la programación política, debiendo poner en marcha en su caso mecanismos estratégicos y manageriales para su gestión. Se supone lógicamente que, para el cumplimiento de tales fines, la administración debe adquirir ahora un mayor grado de autonomía, aunque al mismo tiempo siga siendo una administración subordinada al imperio de la ley, como se corresponde a un Estado social de derecho.

(3) El tercer estrato evolutivo de la moderna burocracia se correspondería con el modelo de la llamada administración *adecuada a consensos*, en la cual se entiende que el diseño de los planes de acción intervencionista -y en parte su propia implementación- deben contar con la presencia participativa del propio tejido social afectado, o al menos de sus principales redes de usuarios. Lo que supone en consecuencia que los resultados finales de la acción no podrán ser perfectamente predecibles con antelación (como sucedería con los estratos anteriores), implicando así una mayor cuota de autonomía funcional por parte de las organizaciones públicas encargadas de diseñar y llevar a cabo las distintas políticas públicas o programas de acción.

Debemos insistir en que no se trata de modelos que se proyecten en forma de fases sucesivas, sino de estratos u oleadas que se van superponiendo a lo largo del tiempo dando lugar finalmente a un contexto de progresiva complejidad donde se supone que la administración debe actuar simultáneamente con plena subordinación al derecho, con una clara orientación instrumental y estratégica al servicio de los objetivos programáticos emanados de la esfera política, y en un marco de diálogo y consenso con el tejido social afectado. Un conjunto de objetivos donde se refleja la complejidad creciente de las burocracias contemporáneas y que a veces puede llegar a dificultar las posibilidades de una actuación eficiente.

Conviene recordar que estos tres estratos se corresponden como el propio modelo de Estado definido en el artículo primero de nuestra Constitución, pues la noción de *Estado social y democrático de derecho* integra en efecto una superposición de tres subconceptos que se corresponderían con cada uno de estos tres modelos: el estado de derecho, considerado como el estrato originario, se correspondería con el modelo más tradicional de administración condicional o burocrática; el estado social, con el modelo de administración finalista-instrumental; y el estado democrático, implicando una superación del limitado marco del sufragio universal, con el modelo de administración participada o adecuada a consensos sociales.

Estamos pues ante unas categorías que se corresponden con los grandes hitos evolutivos del Estado y su administración a lo largo del siglo XX. Si nos situáramos en la frontera del siglo XXI podríamos detectar la



emergencia, si no de nuevos “modelos” en sentido estricto, al menos sí de factores de innovación que operan adicionalmente con el consabido impacto transformador sobre las categorías anteriores: la administración electrónica, la administración-red, la nueva gestión pública de componentes manageriales vinculada al ámbito de las políticas públicas, o algunas categorías como las de transparencia o la gobernanza, que parecen venir a alterar adicionalmente los estratos evolutivos anteriores.

Por otra parte, parece obvio recordar que la recepción en nuestro país de estos tres modelos evolutivos se ha operado con un grado de retraso similar a nuestra propia incorporación a la historia democrática europea. Es más, incluso cabría sugerir que, en la medida en que el propio proceso autonómico se pone en marcha a partir de unas coordenadas históricas posteriores a la propia Constitución, el tipo de cultura burocrática preexistente durante el franquismo tardío habría tenido una línea de autoreproducción a lo largo del tiempo en las propias administraciones autonómicas, que surgen hasta cierto punto *ex novo* durante la década de los ochenta.

Ahora bien, si los anteriores modelos evolutivos podrían ser considerados, por utilizar las conocidas categorías maxweberianas, como tipos ideales o modelos puros, donde los elementos característicos de cada uno de ellos se entienden como factores funcionales al servicio de una “buena administración”, igualmente cabría sugerir la existencia alternativa de los correspondientes modelos negativos o degradados: pues precisamente aquí es donde el defensor del pueblo encontrará las principales barreras a la hora de requerir de la administración pública un comportamiento eficiente al servicio de los derechos o valores que le sirven de pauta en su labor al servicio del ciudadano.

(1) No parece que sea necesario extenderse en detalles sobre la visión negativa del modelo de administración *condicional* en la medida en que constituye por definición el tópico más habitual y conocido de las tradicionales críticas contra la burocracia, al menos desde los remotos tiempos de Mariano José de Larra: un tipo de administración opaca y rutinaria, incapaz de detectar nuevas necesidades o de ajustarse a procesos de innovación o modernización, lastrada frecuentemente por un formalismo exasperante, y tutelada activamente por una clase funcionarial dotada de un fuerte espíritu corporativo y claramente ajena a las necesidades ciudadanas. Pese a ello, debe sin embargo retenerse que se trataría del modelo más próximo al tipo de cultura social dominante, y particularmente el que ofrece unos cauces más consolidados a efectos de su control a través de la vía jurisdiccional.

(2) En cuanto al modelo de administración *finalista-instrumental* tendría como eje fundamental de proyección crítica su alto grado de dependencia de la esfera política. Esa dependencia puede en primer lugar proyectarse de forma negativa, según la hipótesis que ha subrayado fundamentalmente el norteamericano M. H. Moore: se trata de la quiebra potencial en la presunción de que la esfera política cumple efectivamente de forma precisa con sus funciones de orientación finalista, suministrando a los aparatos públicos objetivos y metas adecuadas así como recursos suficientes para alcanzarlos.

Porque resulta que tal presunción no siempre se cumple en la práctica (o más bien se cumple sólo escasamente), y los directivos públicos o bien no reciben o no perciben desde la esfera política cuáles son en concreto los objetivos programáticos que deben alcanzar; o bien, alternativamente, no reciben los recursos necesarios para ello. Este desajuste entre ambas esferas tiene un perverso circuito subsidiario de respuesta y desarrollo adicional, consistente en la pretensión de que al menos los directivos públicos y altos cargos de la administración sean nombrados en base a criterios de confianza política, lo que teóricamente debería permitir una mejor percepción de los fines que se formulan desde la esfera político-gubernamental (o en todo caso, aseguraría una mayor “sensibilidad” hacia sus componentes orientadores e ideológicos): pero su resultado en la práctica conduce más bien al degradado modelo de una administración clientelar y fuertemente politizada, de la que nuestras Comunidades Autónomas son uno de los mejores ejemplos.

(3) Finalmente el modelo de administración *adecuada a consensos* parece contar de entrada con el mayor prestigio de su adecuación al perfil propio de una sociedad democrática avanzada y al ideal difuso del participacionismo, entendido a menudo como una suerte de elemento mágico capaz de mejorar cualquier tipo de actuación pública. El problema es que entre el ideal del participacionismo difuso y la lógica estratégica del llamado “*policy process*” subyace uno de los más ignorados obstáculos a la capacidad de diseñar auténticas políticas públicas democráticas: el fenómeno de la *captura*, que se suele producir cuando intereses concentrados más o menos dominantes se hacen presentes en un proceso participativo marginando al resto de los sectores (frecuentemente intereses difusos o desorganizados), aunque manteniendo una apariencia participativa que actúa como una fachada legitimadora. Si la captura resulta ser un factor de riesgo para todo proceso de decisión pública participada contando con la presencia de intereses o sectores fuertemente organizados o con alta capacidad de protesta, un riesgo alternativo surgiría en contextos sociales caracterizados precisamente por su escasa capacidad asociativa o autoorganizativa: porque en este caso será el propio sector público el interesado en “promover” la creación de redes asociativas más o menos tuteladas desde la esfera pública, dando lugar a unas redes sociales colonizadas, dependientes y ajustadas a mecanismos de tipo clientelar.

Si la mera superposición de los tres modelos “puros” de evolución burocrática nos reflejaría el tipo de sesgo histórico que describe en su forma ideal el Estado intervencionista contemporáneo a lo largo del siglo XX, imponiendo un conjunto de exigencias adicionales a la administración (que ya no se limitarían al estricto cumplimiento de las rutinas legales sino también al logro eficiente de los objetivos finalistas establecidos desde la esfera política así como al marco procesual-participativo en el que se diseña cada concreto plan de acción), la incorporación de los modelos perversos o degradados reflejaría una realidad mucho más problemática y deconstruida, donde la relativa autonomía de la sociedad y su sistema de derechos ciudadanos aparece amenazada frente unos sistemas públicos fuertemente politizados que tienen a operar desde claves de clientelismo político.

Este panorama de creciente complejidad o entropía se incrementa en nuestro caso adicionalmente si consideramos algunas de las peculiaridades evolutivas de los sistemas públicos en España, donde la dinámica competitiva del proceso autonómico ha derivado en una interminable tensión conflictual de lucha por las competencias en la cual parece en principio que cada uno de los ámbitos institucionales en liza tiende a diseñar una estrategia de “quedarse con todo”. Y quedarse con todo, en términos competenciales, implica dos cosas: primero, excluir a otras esferas institucionales de eventuales procesos de codecisión; y segundo, apostar siempre por el máximo nivel posible de incidencia activa de la esfera pública sobre los ámbitos sociomateriales afectados mediante el ejercicio efectivo de tales competencias (entre otras cosas, para evitar que tales competencias sean ejercitadas por otras esferas institucionales). Imperceptiblemente esta dinámica parece ir derivando en un estilo (particularmente presente en la redacción de los propios Estatutos de autonomía) donde la reiteración de niveles competenciales “máximos” empieza a convertirse casi en una pauta de normalidad; es decir, donde se da por supuesto que la esfera pública autonómica “deberá” ejercitar de forma exclusiva y excluyente tales niveles competenciales máximos, como una responsabilidad inherente al ejercicio ordinario de sus capacidades de gobierno. A lo que se une, particularmente en aquellas comunidades caracterizadas por un mayor componente “comunitarista”, la intensa proyección hacia la esfera pública de cuantos asuntos afecten a la propia esfera de la sociedad civil en su respectivo ámbito territorial (incluyendo en especial ámbitos de dimensión sociocultural o de valor simbólico-colectivo).

Esta dinámica maximalista parece producir dos tipos de consecuencias negativas: en primer lugar, cabría sugerir la emergencia de un fenómeno de progresiva subordinación o dependencia de la esfera de la sociedad civil ante los poderes públicos como consecuencia de la creciente interconexión entre ambos circuitos; es decir, sería la constatación final de que, en su proceso de evolución histórica, un modelo de Estado fuertemente intervencionista puede acabar generando un tipo de sociedad civil dependiente. En segundo lugar, debería destacarse la escasa capacidad de aprendizaje desarrollada hasta ahora en España en el ámbito de los procesos de cooperación interinstitucional, o en iniciativas orientadas hacia la formación de sistemas de red entre distintas esferas institucionales. Lo que se ha traducido finalmente en un progresivo estrangulamiento de las esferas locales, así como en un sustancial alejamiento de las exigencias de la llamada *gobernanza multinivel* que reclamaba el *Libro Blanco de la Gobernanza* de la Unión europea desde el año 2001, dando lugar a unas pretensiones de autoreferencialidad y exclusividad en cada esfera pública autónoma, que apunta hacia la emergencia de auténticos fenómenos de “autismo” institucional.

#### **4. El *ombudsman* frente las administraciones públicas**

Tratar de plantearse qué tipo de estrategia debería desarrollar el DP ante este contexto de evolución expansiva y descoordinada del

intervencionismo público en la escala multinivel equivale probablemente a discutir cuál debe ser la línea de ataque de Don Quijote ante los gigantes convertidos en molinos de viento. Es cierto que se contaría al menos con la ayuda de una adarga antigua y de un viejo rocinante, es decir, con un sistema de derechos declarados de forma expansiva y con una cultura ampliamente valorativa de tales derechos, que parece impulsar a los ciudadanos-usuarios a recurrir frecuentemente ante el DP. Y es que si los ámbitos de responsabilidad pública se multiplican, parece razonable que las quejas ciudadanas ante el funcionamiento deficiente de esas esferas públicas también se incrementen paralelamente.

Sin embargo, si el instrumental garantista que utiliza el defensor del pueblo parece que suele ajustarse razonablemente a las claves de un modelo tradicional de administración legal-burocrática de tipo condicional, siguiendo unos parámetros de control de tipo legal que en alguna medida aproximan a la figura del DP a la tradicional instancia judicial (frente a la que presenta las ventajas evidentes de la gratuidad y la informalidad), en cambio su capacidad de reacción frente a los modelos (ya sean “puros” o “degradados”) de la administración finalista-instrumental o de la administración adecuada a consensos parece situarse en un proceloso mar de interrogantes que recordaría una auténtica jungla de gigantes molinos de viento. Recuértese por ejemplo que, por influencia doctrinal y jurisprudencial, la tipología de la acción pública sigue insertada en categorizaciones dicotómicas arcaicas (que contraponen la noción de acto administrativo frente a la pura actuación discrecional de la administración) donde se sigue negando reconocimiento a la noción de acto político y donde por supuesto no hay encuadramiento suficiente para la noción de acción estratégica orientada al cumplimiento de ciertos fines. Acaso por influencia del derecho laboral y su larga tradición vinculada al pactismo social, las nociones de acción participada o basada en consensos sociales, pueden tener ciertamente una cobertura jurídica suficiente; pero la noción de acción estratégica parece condenada a seguir operando en el ámbito de lo estrictamente discrecional, con todos sus riesgos e incertidumbres inherentes a efectos de su control.

Si abordamos inicialmente el problema desde el perfil de la denominada administración *finalista-instrumental* parece que, desde la perspectiva del DP, la tarea de integrar o insertar los diversos núcleos problemáticos y demandas sociales detectadas dentro del conjunto del sistema de fines y valores establecidos en el ordenamiento, no debe resultar en principio una tarea difícil; al menos en la medida en que, en general, la reiteración de horizontes fines, valores o principios constituye una de las constantes de nuestro complejo ordenamiento jurídico, dotado de abundantes componentes “principalistas”. Por lo tanto, el verdadero núcleo problemático residiría más bien no tanto en la mera dimensión finalista (que en todo caso puede adolecer de problemas de concretización para las propias burocracias afectadas) cuanto en la estrictamente *instrumental*, que en principio se supone es la que debe corresponder mejor con el contenido de las prioridades político-programáticas que en cada momento pueda establecer la instancia política (al menos, en

términos de asignación de recursos presupuestarios). Pero si nos limitáramos a entender esta clave instrumental en términos meramente financieros, la labor controladora del DP se estaría desplazando sensiblemente hacia el ámbito habitual de control de las Cámaras de Cuentas. En cualquier caso, ambas instituciones operan en tareas de control de la actividad pública, es decir, en la órbita general de la categoría de la “*accountability*”. Sin embargo, si la posición del DP debe estar del lado del ciudadano considerado en cuanto receptor final de la actuación pública, su valoración deberá operar más bien en clave de resultados, o sea, en términos de eficacia más que de eficiencia en el uso de los recursos disponibles: lo que implicará necesariamente una valoración del conjunto de actuaciones instrumentales o implementadoras desplegadas estratégicamente por el sector público para el cumplimiento de determinados objetivos programáticos; un tipo de análisis o valoración crítica que se situará ahora en la arena propia de las políticas públicas y sus mecanismos de control-evaluación.

El problema es que por más que el DP ponga todo el peso de su prestigio institucional al servicio de los intereses de los sectores marginados o de las “víctimas” espaciales del sistema, a la hora de canalizar sus tareas supervisoras de la administración se enfrentará a la relativa carencia de parámetros suficientemente objetivados capaces de valorar la efectiva capacidad instrumental de las administraciones para dar respuesta, es decir, para alcanzar los objetivos programáticos o la satisfacción efectiva de los valores y derechos sociales presentes en el ordenamiento. Incluso en la hipótesis más avanzada de que consiguiera al menos identificar los *obstáculos* que dentro de las organizaciones públicas se oponen a la consecución de sus horizontes finalistas, transformando sus perfiles de investigador social en los de un auténtico “*policy analista*”, finalmente las decisiones relativas a la propia esfera pública le seguirán resultando relativamente ajenas, por más que se expliciten en determinadas recomendaciones. La interrogante final que se nos aparece a la hora de ubicar el rol activo del DP ante la administración finalista-instrumental sería pues si, en sus manifestaciones extremas, podría llegar a convertirse el *ombudsman* en un auténtico “evaluador” de políticas públicas. Si nos situáramos en términos de ponderación de determinados grupos de quejas relacionados con los ámbitos propios de ciertas políticas intervencionistas, cabría inicialmente responder de un modo afirmativo. Aunque al final, seguirá siendo la liebre que hace correr a los galgos directivos de la administración en una determinada dirección, en la medida en que toda evaluación de una determinada política pública, para generar sus efectos previstos, debe incluirse en el circuito de retroalimentación de la propia política; o sea, debe ser tenida en cuenta por los propios directivos públicos para reorientar sus estrategias de acción futuras.

Hasta ahora el único avance sustancial que parece haberse producido en este ámbito desde la perspectiva de la propia configuración del ordenamiento se situaba en los hallazgos de la Tercera Parte del Tratado por el que se constituía una Constitución para Europa, donde se avanzaba en el diseño (en una norma de dimensión constitucional) de unos parámetros

definitorios de políticas públicas, que en su caso podrían ser utilizados por los organismos de control (como el *ombudsman*) a la hora de analizar el desarrollo efectivo y los resultados de tales políticas por los órganos de dirección política y sus burocracias. Pero el proceso europeo ha quedado hasta ahora en suspenso y esta sustancial innovación jurídica no parece haber sido tomada como referencia en los proyectos de reforma estatutaria en marcha, donde se sigue abundando en las consabidas pautas de inflacionar los marcos declarativos y las normas programáticas, sin avanzar en los nexos instrumentales (recuérdese que nos referimos siempre a un modelo finalista-instrumental) de tales políticas públicas intervencionistas.

Si del ámbito de la administración finalista nos desplazamos al de una administración *adecuada a consensos*, la perspectiva del DP se inclina hacia otros ámbitos problemáticos diferentes, más relacionados con los derechos de participación de la ciudadanía y su difícil orquestación en la práctica. De entrada nos encontraríamos con uno de los fenómenos relacionados con la llamada “huida del derecho administrativo”, cuando procesos de decisión colectiva pueden lesionar derechos o intereses individuales: ¿pueden tales lesiones individuales llegar a bloquear procesos de decisión colectiva donde siempre será necesario ponderar el conjunto de intereses en juego en un proceso de agregación complejo que a veces genera resultados de suma cero? El problema se haría aún más complejo en la hipótesis de que no se trate de intereses estrictamente individuales, sino de intereses colectivos difusos que, debido a su escasa articulación, no han tenido la posibilidad ni de concretarse de forma precisa ni de hacer acto de presencia en los mecanismos de participación o de deliberación social. La identificación de tales intereses y su incorporación efectiva a procesos de decisión pública constituye a veces una tarea llena de incertidumbres que vienen a definir un rol de mediación social activa por parte del *ombudsman*. Aunque finalmente reaparecerían algunas de las interrogantes anteriores, en el sentido de que una política pública impecablemente participada puede acabar presentando igualmente deficiencias en su proceso de implementación, impidiendo alcanzar con plenitud el sistema de valores finalistas u objetivos colectivos hacia los cuales debe orientarse. Es decir, que una política pública participada no se convierte automáticamente en una política eficaz.

Hemos sugerido también la hipótesis de que el “enemigo” al que deba hacer frente el DP no sea en rigor una actuación intervencionista ineficiente, ni siquiera un proceso de decisión colectiva desajustado, sino la a menudo evanescente figura de la *no-acción*. Se trata de una hipótesis que, por más que conceptualmente pueda resultar paradójica, constituye en rigor uno de los ámbitos problemáticos más complejos tanto desde el punto de vista jurídico como en su proyección sobre la actividad de los aparatos públicos. En primer lugar sería un factor de riesgo que amenaza directamente a la propia esfera política, donde la proyección simbólico-mediática de la acción gubernamental se reduce frecuentemente a meras tomas instantáneas de postura, es decir, a “posicionamientos” que, aunque puedan operar incisivamente sobre la esfera de la opinión pública, dejan sin embargo detrás un cúmulo de interrogantes

cuanto se las enfoca desde la perspectiva de la pura acción. Pero es también un tipo de proceso perverso que opera en el ámbito propio de las burocracias públicas donde el miedo al error (y a sus potenciales consecuencias negativas en términos de rentabilidad política) o incluso el temor de la clase burocrática a bloquear las posibilidades de ascenso en su carrera profesional, se traducen en un tipo de cultura perversa según la cual quien se mueve no asciende y, por lo tanto, quien no se mueve no se equivoca.

Si en todos estos supuestos podemos detectar pues una clara *dimensión experimental* de la institución del defensor del pueblo al servicio de los horizontes abiertos por las pautas de innovación de los modelos históricos de administración, una dimensión distinta se plantearía ante la hipótesis de posibles procesos regresivos, donde más allá de posibles fantasmas de origen corporativo (como la denominada “huida del derecho administrativo”) el verdadero problema parece residir en los riesgos de una compartimentalización de tipo feudal o de estilo reinos de taifas entre las distintas esferas institucionales autónomas, fuertemente celosas de cualquier intromisión externa y, por lo tanto, reacias a operar en entornos cooperativos o en emergentes sistemas de red (que constituyen sin duda uno de los principales desafíos históricos en los albores del siglo XXI), bloqueando así las perspectivas de desarrollo de una sociedad y de una ciudadanía abiertas en un universo globalizado y cosmopolita.

## 5. Consideraciones finales

El aparente cúmulo de dificultades al que parece enfrentada la figura del *ombudsman* cuando se sitúa ante el universo problemático de la administración contemporánea no debería considerarse como un factor de desaliento sino, antes al contrario, como un motor de estímulo que incrementa los desafíos de una institución plenamente consolidada ante la compleja realidad histórica de los albores del siglo XXI, donde los diversos fenómenos de innovación y transformación en los paradigmas burocráticos se superponen al riesgo de procesos regresivos o degradativos en las relaciones de los ciudadanos con las esferas públicas. La flexibilidad, la operatividad y las altas cuotas de legitimación social alcanzadas históricamente por el defensor constituyen sin duda alguna garantías de seguridad en las apuestas para el futuro.

Desde la perspectiva de la propia sociedad entendida como ámbito problemático de partida para la labor del *ombudsman*, parece que la progresiva consolidación expansiva del sistema de derechos, valores y principios rectores así como su aceptación activa por la ciudadanía, clarifica el punto de partida para las demandas ciudadanas que se pueden canalizar a través del DP.

En cambio, desde la perspectiva de la capacidad de oferta de las organizaciones públicas para responder a tales demandas, la evolución histórica del Estado social intervencionista dibuja todo un conjunto de escenarios problemáticos donde la mayor o menor presencia activa del DP podrá generar resultados distintos, dependiendo de la respectiva capacidad receptiva por parte de las esferas públicas afectadas. Por supuesto, debemos

entender que la proyección pragmática, abierta y flexible del *ombudsman* le permitirá descubrir numerosos ámbitos experimentales de acción, en un proceso histórico de aprendizaje que cuenta ya con múltiples campos de referencia.

Debemos entender que en sus relaciones con el modelo de la denominada administración finalista-instrumental propia del estado social intervencionista, y atendiendo al modo como se configura históricamente el intervencionismo a través del marco de las denominadas políticas públicas, los perfiles funcionales del *ombudsman* podrán llegar a aproximarse hasta una auténtica tarea de evaluación de políticas públicas: el mecanismo de los Informes especiales sería pues un marco de referencia para detectar en su caso los obstáculos funcionales que dificultan en diferentes ámbitos sectoriales una acción pública eficiente y eficaz, además de plenamente respetuosa de los derechos ciudadanos.

En cuanto a sus relaciones con el modelo de la llamada administración adecuada a consensos la dimensión funcional activa del DP podría llegar a aproximarse a la de un auténtico mediador social, operando como un circuito de canalización activa para la inclusión de sectores sociales difusos, no organizados, o marginados, en los procesos participativos de diseño de la acción pública (V. *Tabla I*).

**Tabla I**

<b>Estado</b>	<b>Administración</b>	<b>Derechos</b>	<b>Ambitos Problemáticos</b>	<b>Función del Defensor</b>
Estado de Derecho	Condicional	Individuales	Rutinas burocráticas Diseño legal	Controlador
Estado Social	Finalista-Instrumental	Sociales o de bienestar	Eficacia/eficiencia Cumplimiento de fines	Evaluador de Políticas
Estado democrático	Adecuada a Consensos	De participación	Riesgos de captura Intereses difusos	Mediador social

Naturalmente en ambos supuestos sigue subsistiendo, como una suerte de déficit estructural, la relativa carencia de competencias directas del DP sobre la esfera pública: sin embargo debe tenerse en cuenta que la evolución general de los procesos de acción pública en las democracias contemporáneas parece que tienden a caracterizarse, según las visiones doctrinales más actuales, no tanto por el ejercicio de poderes coactivos de tipo jerárquico o tradicional, sino más bien por el despliegue de las capacidades de argumentación y evidencia, a partir de las cuales (como ha subrayado Majone) se alcanzan los grandes consensos sociales en torno a las principales políticas públicas. Son igualmente tales elementos los que deben presidir las tareas de evaluación de las políticas intervencionistas, permitiendo así una adecuada reintroducción de sus resultados en los procesos posteriores de decisión y programación pública.



Esta dimensión argumentativa, basada en el prestigio racional de una “opinión autoritativa”, como la que representa la figura del *ombudsman*, debería ser finalmente la clave para operar más allá de los respectivos ámbitos autónomos de competencia propia de cada una de las esferas institucionales afectadas, permitiendo que la propia acción pública y sus mecanismos de control puedan llegar a operar eficientemente dentro de sistemas de red, conforme a las exigencias de la moderna noción de gobernanza, ante el horizonte de un universo social abierto y de proyección globalizada.

## BIBLIOGRAFIA

- E. AJA, (2003), *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, 2ª ed. Madrid, Alianza.
- A. ANGUITA (2006), *El Defensor del pueblo andaluz y la tutela de los derechos fundamentales*, Valencia, Defensor del Pueblo Andaluz, Tirant lo Blanc.
- M. BARZELAY (1992), *Breaking through Bureaucracy*, Univ. California Press, (trad. cast. FCE).
- M. BARZELAY (2001), *The New Public Management. Improving Research and Policy Dialogue*, Univ. California Press.
- D. EASTON (comp.) (1973), *Enfoques sobre teoría política*, Buenos Aires, Amorrortu.
- CH. JOERGES, K.-H. LADEUR, J. ZILLER (eds.) (2002), *Governance in the European Union and the Commission White Paper*, EUI Working Paper LAW, Num. 2002/8.
- F. LONGO, M. ZAFRA (coord.) (2000), *Pensar lo público*, Granada, UIM-ESADE.
- N. LUHMAN (1993), *Teoría política en el estado del bienestar*, Madrid, Alianza.
- G. MAJONE (1989), *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process*, Yale UP, (trad. cast. FCE).
- R. MAYNTZ, “La teoría della governance: sfide e prospettive”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Num. 1, 1999.
- M. H. MOORE (1998), *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*, Barcelona, Paidós.
- H. OEHLING RUIZ, “El Defensor del pueblo: algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional”, *Revista de Estudios Políticos*, Num. 72, 1991.
- C. OFFE (1984), *Contradictions in the welfare state*, Londres, Hutchinson.
- C. OFFE (1998), *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema.
- F. PAU (coord.) (2002), *El Parlamento del siglo XXI. VIII Jornadas de la Asociación de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Tecnos, AELPA.
- A. PORRAS (1994), “La Administración andaluza entre modernización y clientelismo”, *Autonomies*, Num. 18.
- A. PORRAS (2002), “La posición estatutaria del Defensor del Pueblo Andaluz”, en *I Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz*, Sevilla, ed. Oficina Defensor del Pueblo Andaluz.

- A. PORRAS (2003), "Del proceso autonómico hacia un sistema de red (Regiones y Comunidades Autónomas en los albores del siglo XXI)", *Revista de Fomento Social*, Num. 229.
- C. RAMIO, M. SALVADOR (2002), "La configuración de las administraciones de las Comunidades Autónomas: entre la inercia y la innovación institucional" en J. Subirats, R. Gallego (eds.), *Veinte años de autonomías en España. Leyes, políticas públicas, instituciones y opinión pública*, Madrid, CIS.
- RUIZ-RICO, J.J. (1990), "El Defensor del Pueblo andaluz", en Porras Nadales, A., Ruiz-Rico, J.J. (dir.), *El Estatuto de Andalucía*, Barcelona, Ariel.
- E. SÁENZ ROYO (2003), *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Madrid, Civitas.
- SCHUMPETER, J. (1968) *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Aguilar.
- J. SUBIRATS (1989), *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, Madrid, MAP.