

La insoportable levedad del ser: el Defensor de los Derechos establecido en la Constitución francesa

José Manuel Sánchez Saudinós
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. PRELIMINAR.—2. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL OMBUDSMAN Y DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.—3. LA SITUACIÓN PREEXISTENTE ANTES DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL: EL *MÉDIATEUR DE LA REPUBLIQUE*.—4. APRENDER DE UN *PARVENU*: LA OBSERVACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL Y LA RECEPCIÓN DEL MODELO EN EL *COMITÉ BALLADUR*.—5. EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 71-1 DE LA CONSTITUCIÓN. 5.1. La constitucionalización del Defensor de los derechos. 5.2. Los contornos difusos de la nueva figura y la remisión al legislador: la indefinición del ámbito competencial. 5.3. La función del Defensor de los derechos. 5.4. Caracteres orgánicos del Defensor de los derechos. 5.5. La (no) legitimación para recurrir ante el Conseil Constitutionnel. 5.6. El Defensor de los derechos y las autoridades administrativas independientes.

1. PRELIMINAR

Parafraseando a Milan Kundera, nos encontramos ante una institución cuya recepción en la Constitución de 1958 se ha hecho en términos tan vaporosos, tan imprecisos, que sin el previsto desarrollo legislativo resulta difícil pronosticar cuál pueda ser el funcionamiento del Defensor de los derechos en el sistema político y constitucional de Francia. Por ello, el lector debe quedar avisado del carácter necesariamente provisional de las conclusiones de este trabajo, dada la escasa seguridad con la que se ha de trabajar de momento para desentrañar lo que pueda ser el Defensor de los derechos instituido por la reciente revisión constitucional a la que se consagra el presente número de *Cuadernos de Derecho Público*, al menos hasta que se apruebe la ley orgánica a que se refiere el propio artículo 71-1 de la Constitución',

¹ Artículo 71-1 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, tras la revisión constitucional de 23 de julio de 2008:

y cuyo proyecto acaba de ser presentado ante el Senado cuando se escriben estas líneas².

En todo caso, una advertencia así no es original al hablar de esta nueva institución, puesto que las fórmulas precautorias empleadas por la doctrina francesa al pronunciarse sobre el Defensor de los derechos son una muestra de la inseguridad en que la redacción constitucional les ha sumido. Veamos algunos ejemplos: Catherine Teitgen-Colly concluye que «la sabiduría obliga a evitar toda predicción en este asunto»³; para Geneviève Koubi: «la incertidumbre en cuanto al contenido de estas leyes [de desarrollo del artículo 71-1] obliga al empleo del condicional»⁴; Jean-Claude Zarka afirma que «es a la luz de esta ley que se podrá formar una opinión definitiva sobre este nuevo Defensor de los derechos»⁵; según Charlotte Dumat, «en el momento actual y ante el silencio de la ley orgánica, parecería que cada uno tiene su idea sobre el espacio reservado al futuro Defensor de los derechos (...), de nuevo la imprecisión más total rodea al Defensor de los derechos»⁶, y Nathalie Marcon considera que la ley orgánica constitucionalmente prevista «no se limitará a precisar el contenido del artículo 71-1, sino que lo completará fijando diferentes elementos relativos a las atribuciones, modalidades de intervención y estatuto. La efectividad del Defensor de los derechos está pues condicionada a la intervención de la ley orgánica»⁷.

«El Defensor de los derechos vela por el respeto de los derechos y las libertades por parte de las administraciones del Estado, las colectividades territoriales, los establecimientos públicos, así como de cualquier organismo que desarrolle un servicio público o respecto del cual la ley orgánica le atribuya competencias.

De acuerdo con las condiciones previstas en la ley orgánica, cualquier persona que se considere perjudicada por el funcionamiento de un servicio público o de un organismo referido en el primer párrafo estará legitimada para acudir al Defensor de los derechos. Éste podrá actuar de oficio.

La ley orgánica definirá las atribuciones y las modalidades de actuación del Defensor de los derechos. Determinará las condiciones en que pueda ser asistido por un órgano colegiado para el ejercicio de algunas de sus atribuciones.

El Defensor de los derechos será nombrado por el Presidente de la República para un mandato de seis años no renovable, según el procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13. Sus funciones serán incompatibles con las de miembro del Gobierno y con las de parlamentario. La ley orgánica establecerá las demás incompatibilidades.

El Defensor de los derechos dará cuenta de su actividad al Presidente de la República y al Parlamento».

2 El 9 de septiembre de 2009 fueron registrados en el Senado sendos proyectos de ley, orgánica y ordinaria, referidas al Defensor de los derechos.

3 C. Teitgen-Colly: «Le défenseur des droits: un OVNI dans le ciel constitutionnel», en *Petites affiches*, 2008, n.º 254, 19 de diciembre de 2008, pp. 125 y ss.

4 G. Koubi: «Recoins constitutionnels: le “Défenseur des droits”», en *Droit cri-TIC*, 2008, 26 de julio de 2008.

5 J.-C. Zarka: «Le nouveau “défenseur des droits”», en *Gazette du Palais*, 2008, 27-28 de agosto de 2008, p. 2468.

6 C. Dumat: «Le défenseur des droits», en *Petites affiches*, 2009, n.º 212, 23 de octubre de 2009, pp. 4 y ss.

7 N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits», en F. Luchaire, G. Conac y X. Prétot (dirs.): *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*. Paris, Economica, 2009, p. 1697.

2. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL OMBUDSMAN Y DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Como es sabido, el ombudsman surgió en Suecia, en la Constitución de 1809, convirtiendo una figura preexistente en un comisionado del Parlamento para el control de la actividad de la Administración⁸. No hay que perder de vista que esta Constitución sueca representa, como muchas de sus coetáneas, un momento culminante del enfrentamiento entre las ideas liberales y el Antiguo Régimen, o, dicho de otra manera, es un texto en el que resulta clave la importancia del principio de división de poderes en su concepción original. A comienzos del siglo XIX nos encontramos en algunos países ante un modelo de monarquía constitucional en la que el Rey ha perdido ya el poder de hacer leyes a favor del Parlamento, pero aún retiene en plenitud el poder ejecutivo. Precisamente el ombudsman surge para ser un comisionado parlamentario al que se le encomienda el control de las actividades gubernamentales, incluyendo la correcta aplicación de las leyes y la investigación de las eventuales irregularidades y negligencias de autoridades y funcionarios.

Aunque durante más de un siglo de su existencia la institución del ombudsman se mantuvo circunscrita al Reino de Suecia, en la segunda postguerra mundial se produjo su introducción en los países democráticos, y, más tarde, al calor de la democratización en otras partes del mundo, podríamos hablar de una auténtica eclosión mundial, que ha llevado a su implantación en multitud de países, llegando a hablarse desde hace años de una cierta *ombudsmanía*.

Todo ello nos permite quizá hablar de una serie de rasgos distintivos o caracterizadores de esta institución, cuya concurrencia sería necesaria para afirmar que estamos ante un auténtico ombudsman. Así, según doctrina consolidada, el ombudsman ha de ser, en primer lugar, un comisionado parlamentario: es el Parlamento quien ha de designarlo y al que deber rendir sus informes; en segundo término, ha de gozar de un estatuto de independencia, no sólo del Gobierno, lo que parece evidente, puesto que es a sus autoridades y funcionarios a los que ha de supervisar, sino inclusive del propio Parlamento que lo elige; en tercer lugar, parece aconsejable que su existencia, modo de designación y cese, y sus atribuciones se prevean en el propio texto constitucional, y no queden estas cuestiones en manos del legislador ordinario; cuarto, sus poderes de investigación han de ser amplios, extendiéndose a todos los ámbitos del poder público, y debe poder atender directamente las quejas que le presenten los ciudadanos, sin necesidad de que éstas se vean canalizadas a través de terceros, e incluso, realizar investigaciones de oficio, es decir, sin haber recibido previamente una queja de un ciudadano; quinto, a pesar de la amplitud de sus facultades de investigación, sus resoluciones care-

⁸ Sobre el origen y desarrollo en Suecia del ombudsman, *vid.* A. Mora: *El libro del Defensor del Pueblo*. Madrid, Defensor del Pueblo, 2003. También Álvaro Gil-Robles llama la atención acerca de que no sólo es Suecia el lugar donde surgió la institución, sino que ha sido también allí donde se ha perfeccionado en sus más característicos rasgos (*vid.* A. Gil-Robles y Gil-Delgado: *El control parlamentario de la Administración (el Ombudsman)*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981).

cen de fuerza vinculante para anular o revocar las decisiones de la Administración, puede –eso sí– sugerir o recomendar a ésta la adopción de una actuación determinada, y, en todo caso, dar publicidad a sus actuaciones y resoluciones a través de los informes que dirige al Parlamento, lo que supone un eficaz mecanismo; y, por último, aunque no lo menos importante, resulta imprescindible que disponga de los medios personales y materiales adecuados para el desarrollo de su función, y que, máxime por situarse el ombudsman en la órbita del Parlamento, no quede en manos del poder ejecutivo la posibilidad de cercenar o disminuir tanto unos como otros.

Una cuestión debatida y en absoluto pacífica es, en cambio, la del mayor o menor papel de estas instituciones en la protección de los derechos humanos: es decir, si el ombudsman es fundamentalmente un supervisor de la actividad de la Administración, como cuando se creó en Suecia a comienzos del siglo XIX, o si es un auténtico instrumento de protección de los derechos humanos (*Institución nacional de derechos humanos*, en la terminología de Naciones Unidas), como parece haber sido su evolución en algunos países, el nuestro entre ellos, en mi opinión⁹. En este sentido, los denominados *Principios de París*, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, representan la principal fuente de estándares normativos para las instituciones nacionales de derechos humanos. Estos Principios fijan un conjunto de condiciones mínimas o estándares básicos que las instituciones deben cumplir para ser consideradas instituciones nacionales de derechos humanos. Los principios son amplios y generales, de tal manera que pueden aplicarse a una pluralidad de instituciones nacionales, independientemente de su diversidad de objetivos, estructura y programas de acción; es decir, la estrategia adoptada por los *Principios de París* no fue la de promover un modelo único al cual todas las instituciones de derechos humanos de los diversos países deberían de ceñirse, sino, por el contrario, fijar esos estándares respetando la diversidad y pluralidad de las instituciones y reconociendo que cada una proviene de una tradición jurídica específica y tiene que adecuarse al contexto de derechos humanos que se vive en cada país. Bajo esta lógica, los *Principios de París* se concentran en tres ámbitos: primero, la competencia y atribuciones de las instituciones nacionales; segundo, su composición y las garantías de independencia y pluralismo que requieren para desempeñar su labor, y, tercero, las modalidades de su funcionamiento.

En relación con el status y atribuciones de las instituciones nacionales, el mandato que se les otorga ha de ser lo más amplio posible y abarcar tanto la protección

9 No me extenderé respecto a esta cuestión aquí, puesto que este trabajo no se ocupa de cuál sea la naturaleza del Defensor del Pueblo de España, pero en mi opinión el surgimiento de los ombudsmen portugués y español, primero, y su generalización en América Latina después, han supuesto una evolución desde el esquema clásico del ombudsman tradicional, volcado principalmente hacia la fiscalización de la Administración (vid. J.M. Sánchez Saudinós: «El Defensor del Pueblo», en J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.) y M. Calvo Charro (coord.): *La Administración Pública española*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pp. 697-720). En esta misma línea, vid. J. Varela Suanzes-Carpegna: «La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, núm. 8, p. 79, y A. Pérez Calvo: «Artículo 54. El Defensor del Pueblo», en O. Alzaga villaamil (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid, Edersa, 1996, tomo IV, p. 545.

como la promoción de los derechos humanos, su existencia ha de preverse en la Constitución o, al menos, en una ley emanada del Parlamento, y han de tener la facultad de elaborar informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos. Por lo que se refiere a la composición y el grado de independencia y pluralismo, los *Principios* exigen que los métodos de elección de los miembros y el personal de las instituciones nacionales garanticen la representación plural de todos los sectores sociales, que se les dote de una infraestructura adecuada y recursos económicos suficientes para realizar sus labores y que tengan autonomía de decisión y de acción en relación con el respectivo gobierno. Por último, en lo tocante a las modalidades de su funcionamiento, se contemplan un conjunto de facultades que las instituciones nacionales deben poder ejercer, como son examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia, acceder a toda la información y documentos necesarios para el examen de la situación de los derechos humanos en el país, dirigirse a la opinión pública para dar a conocer sus opiniones y recomendaciones, y mantener relaciones de coordinación con otros órganos, jurisdiccionales o de otra índole, encargados de la promoción y protección de los derechos humanos.

Pues bien, partiendo de estas premisas que se acaban de exponer sucintamente, podemos adelantar ya que resulta discutible que Francia haya tenido hasta la fecha un auténtico ombudsman, puesto que sólo con dificultad podemos incluir al *Médiateur de la République* creado en 1973 en esta categoría, como ahora veremos al perfilar un poco esta figura, ni tampoco dicho *Médiateur* ha sido considerado en momento alguno en Francia la institución nacional de derechos humanos, status que ha cabido disfrutar hasta la fecha a la *Commission nationale consultative des droits de l'homme*¹⁰, a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos (Austria, España, Portugal y Suecia, entre otros) o americanos (Argentina, Colombia o Costa Rica, también entre otros), donde el ombudsman es considerado, a la vez, la institución nacional de derechos humanos.

3. LA SITUACIÓN PREEXISTENTE ANTES DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL: EL MÉDIATEUR DE LA REPUBLIQUE

Como se ha señalado hace un momento, resulta bastante controvertido afirmar, como se hace en ocasiones, que el *Médiateur de la République* instituido en Francia en 1973 pueda ser considerado un auténtico ombudsman, si tenemos en cuenta los caracteres definidores de este género de instituciones que se han recogido más arriba. En todo caso, creemos que es necesario acercarse a esta figura, el antecedente claro del Defensor de los derechos recién creado, para comprender el sentido último de la revisión constitucional que establece la nueva institución, pues

¹⁰ Es cierto que el *Médiateur de la République* es uno de los más de 60 integrantes de dicha *Commission* (vid. art. 4 del *Décret n° 2007-1137 du 26 juillet 2007 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*)

to que la continuidad jurídica e institucional entre el *Médiateur* y el nuevo Defensor de los derechos es indudable¹¹.

Aunque en la Francia de la inmediata postguerra mundial la preocupación por la protección de los derechos humanos ya había llevado a la creación en 1947 de la citada *Commission nationale consultative des droits de l'homme*, y, sobre todo, en 1957, con motivo de las acusaciones de tortura en la guerra de Argelia, se había constituido una *Commission de sauvarde des droits et libertés*, una primera experiencia de establecer un organismo de protección no jurisdiccional de las libertades públicas¹², no sería hasta más de diez años después que se propusiera en sede parlamentaria la adopción de una legislación para establecer un ombudsman. La iniciativa, de 24 de noviembre de 1970, fue una proposición de ley debida a un parlamentario, Michel Poniatowski, que proponía la creación de un *Alto comisionado para la defensa de los derechos humanos*, que «sería para cada ciudadano un recurso directo, inmediato y personal contra todo abuso, irregularidad y exceso de la Administración»¹³, aunque su elección por cuatro años por los miembros del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación da idea de una cierta singularidad en la propuesta¹⁴. Este intento de establecer un ombudsman en Francia no cuajó por un cúmulo de circunstancias: primero, la escasa receptividad de los parlamentarios; segundo, la mala acogida a la introducción de esta figura por parte de la doctrina jurídica, singularmente por parte del Consejo de Estado¹⁵, y, sobre todo, por la clara oposición del gobierno al establecimiento de la institución.

11 Así se ha resaltado además por la doctrina, *vid.* N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., p. 1682. Para Bastien François, «El Defensor de los derechos no es más que una consagración constitucional del *Médiateur de la République*, puesto que en lo esencial retomará las funciones ejercidas hasta el presente por éste» (B. François: *La Constitution Sarkozy*. Paris, Odile Jacob, 2009, p. 164). También Charlotte Dumat, quien afirma que «una cuestión que en todo caso es indudable es la de la transformación del *Médiateur de la République* en Defensor de los derechos» (C. Dumat: «Le défenseur des droits» cit., pp. 4 y ss.).

12 *Vid.* J. Rivero: *Les libertés publiques. 1.- Les droits de l'homme*. Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 235, cit. por V. Fairén Guillén: *El Defensor del Pueblo – Ombudman*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, tomo I, p. 150.

13 A. Gil-Robles: *El control parlamentario...* cit., p. 158.

14 Álvaro Gil-Robles recoge otra proposición de ley de 29 de noviembre de 1972 para la creación de un ombudsman en Francia, debida a André Chandernagor, que propugnaba la creación de un «Delegado parlamentario para la libertad» (*vid.* A. Gil-Robles: *El control parlamentario...* cit., *ibidem*).

15 A propósito de esto, Martín Bassols afirma que si bien la doctrina científica francesa «difundía y prestaba atención especial al ombudsman escandinavo y a su proyección en otros países, no patrocinaba en absoluto su implantación; más bien adoptaba una actitud defensiva y de marcado signo nacionalista». Recuerda también Bassols que en un estudio comparativo sobre el ombudsman publicado en 1968, la ponencia francesa, realizada por Nicole Questiaux (miembro del Consejo de Estado), afirmaba abiertamente que las funciones de aquél son asumidas en Francia por los tribunales de la jurisdicción contenciosa (*vid.* M. Bassols Coma: «Consideraciones sobre los controles extrajurisdiccionales de la Administración: en torno a la reforma del estatuto del “*Médiateur*” francés», en *Revista de Administración Pública*, 1977, n.º 82, p. 395). Álvaro Gil-Robles alude también a la contundente afirmación realizada por el Profesor Roland Drago en la presentación de la obra A. Legrand: *L'ombudsman scandinave: etudes comparées sur le contrôle de l'Administration*. Paris, LGDJ, 1970, en la que citando a Calderón de la Barca se parafrasea «el mejor alcalde, el Rey» con la aseveración «*le meilleur ombudsman, c'est le Conseil d'Etat*» (*vid.* A. Gil-Robles: *El control parlamentario...* cit., *ibidem*).

Pese a todo ello, y paradójicamente, las circunstancias políticas del momento¹⁶ llevaron al gobierno a presentar en 1972 su propio proyecto de creación de un comisariado semejante al ombudsman, que protegiese a los ciudadanos contra los abusos administrativos, aunque dejando claro desde el principio que no sería propiamente un ombudsman¹⁷. El proyecto gubernamental encontró cierto eco en la opinión pública, aunque en ocasiones de modo abiertamente crítico con la propuesta, e incluso el diario *Le Figaro* realizó una curiosa encuesta, moderada por la *Académie Française*, para encontrar la denominación más idónea para la institución en lengua francesa, optándose por la de *Intercesseur*, pero sin que hubiera consenso para incluir esta figura en la política de promoción de los derechos humanos. Finalmente, y de modo un tanto atropellado (la discusión parlamentaria del proyecto duró sólo cuatro semanas y hubo una feroz resistencia de algunos sectores, tanto dentro como fuera del Parlamento), el gobierno propuso que la denominación fuera la de *Médiateur* y que sus atribuciones se centraran en la vigilancia de la actividad de la Administración y en la actuación como intermediario entre los ciudadanos y las administraciones, y que toda vez que no se trataba de un delegado del Parlamento, ni de un órgano jurisdiccional, no resultaba pertinente que se le otorgara la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Así, en 1973 se aprobó la Ley 73-6, de 3 de enero de 1973, por la que se creó el *Médiateur de la République*. La primera nota que caracteriza a esta figura es que, pese a la afirmación clara de su naturaleza de órgano independiente, su designación se efectúa mediante decreto expedido en Consejo de Ministros, y no mediante elección parlamentaria, por lo que no cabe situar a la institución en la órbita del Parlamento, sino en todo caso en la del poder ejecutivo, pese a que su función sea el control de la administración que éste dirige. Su mandato es de seis años, sin posibilidad de reelección, pero no puede ser destituido antes de su finalización salvo la concurrencia de un impedimento apreciado por el Consejo de Estado.

El *Médiateur* tiene como función la de recibir las reclamaciones de los ciudadanos relativas al funcionamiento de las administraciones públicas y de todo organismo investido de una misión de servicio público. De este modo, aunque se circunscribe su ámbito competencial a la supervisión de la administración, como es característico de los ombudsmen, en el caso del *Médiateur* es el concepto de servicio público lo que sirve para delimitar su auténtica esfera de intervención, ya que puede investigar a cualquier organismo investido de una función de servicio público en sentido amplio, con la salvedad del poder judicial y de la actividad puramente política de los ministros, así como también de las relaciones interadministrativas. Por consiguiente, la reclamación ha de basarse en la defectuosa prestación de un servicio público, lo que entronca claramente la

¹⁶ Donald C. Rowat lo relaciona con el denominado *affaire Aranda*, en el que un antiguo funcionario declaraba tener pruebas documentales de la implicación de una cincuentena de altos funcionarios en diversos escándalos (vid. D. C. Rowat: *El Ombudsman en el mundo*. Barcelona, Teide, 1990, p. 123). Álvaro Gil-Robles se refiere por su parte a la proximidad de las elecciones y a un cierto número de escándalos inmobiliarios (vid. A. Gil-Robles: *El control parlamentario...* cit., p. 162).

¹⁷ «*Il sera donc différent de l'Ombudsman*», es la conclusión de la propuesta gubernamental (vid. *Le Monde*, 6 de octubre de 1972, cit. por A. Gil-Robles: *El control parlamentario...* cit., p. 159).

actividad de esta institución en la de los órganos encargados de perseguir la «mala administración», es decir, los retrasos, negligencias, arbitrariedades, etc. que a menudo sufren los ciudadanos por parte de la actividad de los poderes públicos.

No obstante, los ciudadanos no pueden dirigirse directamente al *Médiateur*, sino que han de hacerlo a través de los miembros del Parlamento, tanto diputados como senadores. El establecimiento de esta especie de filtro ha sido atribuido benévola-mente por algún autor al temor de que la institución se viera abrumada por una avalancha de reclamaciones¹⁸, pero puede atribuirse también al poso de desconfianza que la creación de la figura suscitó en algunos ámbitos, tanto judiciales como doctrinales. Por otra parte, tampoco están permitidas a esta figura las denominadas «actuaciones de oficio», es decir, las investigaciones desarrolladas por la propia institución por su propia cuenta, sin que ningún ciudadano se haya dirigido denunciando una actividad administrativa irregular.

Desde 1973, se han producido sucesivas reformas legislativas de la ley reguladora del *Médiateur de la République*, ampliando o perfilando sus competencias, y pretendiendo afirmar su papel, algunas claramente dirigidas a aproximarle a los estándares que definen en general el status de los ombudsman. Las modificaciones más relevantes han sido éstas:

- Ley 76-1211, de 24 de diciembre de 1976, que refuerza sus lazos con el Parlamento, precisa sus relaciones con el poder judicial, extiende las bases de su aplicación de la equidad, que deviene el fundamento de su acción, y le autoriza a proponer reformas legislativas.
- Ley 89-18, de 13 de enero de 1989, por la que el *Médiateur* recibe el status de autoridad independiente.
- Ley 92-125, de 6 de febrero de 1992, por la que se abre la posibilidad de que se dirijan al *Médiateur* las personas jurídicas.
- Ley 2000-321, de 12 de abril de 2000, por la que se autoriza al *Médiateur* a actuar de oficio, se consagra la existencia y se define el papel de los delegados territoriales del *Médiateur* y se establece la obligación de presentar un informe anual al Parlamento.
- Ley 2005-882, de 2 de agosto de 2005, que establece medidas para facilitar la actuación de los delegados del *Médiateur* en las reclamaciones específicas entre las empresas y las administraciones.

Sin embargo, estas sucesivas modificaciones del status del *Médiateur* no han sido suficientes para que pueda ser conceptualizado como un auténtico ombudsman, y

18 Así, Rowat (*vid. D. C. Rowat: El Ombudsman.. cit. ibídem*).

así ha sido puesto de manifiesto en numerosos lugares y en distintos momentos. Martín Bassols, en un trabajo coetáneo de la primera de estas modificaciones legales, afirma resueltamente que «no cabe duda que en alguna medida la figura del *Ombudsman* ha influido una atracción poderosa en el legislador francés, pero en todo caso el resultado final ha sido muy distinto o, si se quiere, como ya se ha apuntado por algún autor, una copia deformada de aquél»¹⁹. Más categóricamente aún, para Víctor Fairén, «ya por el hecho de ser nombrado por el Gobierno, el *Médiateur* no es un ombudsman»²⁰, y concluye que «la figura francesa sigue siendo de origen gubernamental y de líneas confusas y contradictorias»²¹. Por último, más recientemente, Pedro Carballo, considera que el *Médiateur* responde a «la configuración de un modelo de *ombudsman* bastante más depauperado que el prototipo sueco, únicamente salvado *in extremis* por la publicidad de sus informes, no sólo ante el Presidente de la República y el Parlamento, sino ante la opinión pública»²².

4. APRENDER DE UN PARVENU: LA OBSERVACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL Y LA RECEPCIÓN DEL MODELO EN EL COMITÉ BALLADUR

En 2007, mediante el Decreto 2007-1108, de 18 de julio, Francia creó el denominado *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, presidido por el antiguo Primer Ministro Edouard Balladur (en lo sucesivo, Comité Balladur), con la misión de estudiar las modificaciones de la Constitución de 1958 que se consideraran pertinentes, respondiendo a las preocupaciones manifestadas por el Presidente de la República en una carta anexa al Decreto, y formulando además todas las otras reflexiones que juzgaran útiles.

Entre las numerosas propuestas del Comité Balladur se encuentra la de creación del Defensor de los derechos, propuesta efectuada por la propia iniciativa del Comité, puesto que en la misiva presidencial no había una petición en este sentido²³. De modo

19 M. Bassols Coma: «Consideraciones sobre los controles extrajurisdiccionales de la Administración...» cit., p. 405.

20 V. Fairén Guillén: *El Defensor del Pueblo - Ombudsman* cit., tomo I, p. 149.

21 V. Fairén Guillén: *El Defensor del Pueblo - Ombudsman* cit., tomo I, p. 187.

22 P. Carballo Armas: *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el Derecho comparado*. Madrid, Tecnos, 2003, p. 101.

23 No parece irrelevante que la propuesta haya partido de la propia iniciativa del Comité Balladur, sin que se encontrara entre los asuntos sometidos inicialmente al Comité por la misiva presidencial, como ha sido resaltado por la doctrina (*vid.*, entre otros, C. Teitgen-Colly: «Le défenseur des droits: un OVNI...» cit., pp. 125 y ss., y C. Dumat: «Le défenseur des droits» cit., pp. 4 y ss.). Catherine Teitgen-Colly apunta además que la idea de crear un Defensor en Francia a semejanza del Defensor del Pueblo español se encuentra en una proposición de ley constitucional registrada por el grupo parlamentario socialista tres días después del envío de la misiva presidencial (C. Teitgen-Colly: «Le défenseur des droits: un OVNI...» cit. *ibídem*). También es significativo resaltar que se atribuye la paternidad de la idea de establecer el Defensor de los derechos en el seno del Comité Balladur a Jack Lang, vicepresidente del Comité, antiguo ministro socialista y el único diputado del Parti Socialiste que votó favorablemente la revisión constitucional en la sesión del *Congrès du Parlement* reunido en Versalles el 21 de julio de 2008 (en la que, como es sabido, se requerían tres quintas partes de votos favorables a la revisión, que se alcanzaron, precisamente, gracias al

que parece haber sido la voluntad del Comité de ofrecer una garantía más efectiva de los derechos y libertades lo que ha estado en el origen de la propuesta, lo que puede explicar en cierta medida el decurso de los acontecimientos a que nos referiremos después para la introducción de la nueva figura en la Constitución.

La propuesta del Comité Balladur partía de una doble constatación: primero, que la Constitución de 1958 carecía de mecanismos suficientes en materia de protección de los derechos y libertades; segundo, la necesidad de poner fin a la proliferación de instituciones independientes sectoriales, fuente de conflictos de competencia y de una dispersión perjudicial de la propia calidad de la protección en Francia de los derechos y libertades. Para paliar estos inconvenientes, el Comité proponía la fusión en el Defensor de los derechos de la mayor parte de las autoridades protectoras sectoriales: por supuesto, el *Médiateur de la République*, pero también el *Defenseur de los niños*, la *Alta autoridad para la lucha contra las discriminaciones y por la igualdad* (Halde), el *Controlador general de los lugares de privación de libertad*, la *Comisión nacional de la informática y de las libertades* (Cnil), la *Comisión de acceso a los documentos administrativos* (Cada) y la *Comisión nacional de la deontología de la seguridad* (Cnds).

El Comité Balladur reconoce literalmente en su Informe haber diseñado el Defensor de los derechos inspirado por el éxito obtenido en España por el Defensor del Pueblo mencionado en el artículo 55 (en realidad es el 54) de la Constitución española²⁴. El Comité propone sustituir al *Médiateur* y a las otras autoridades independientes antes citadas por un Defensor de los derechos fundamentales, consagrando un título de la Constitución a esta nueva institución. Considera que debe tener un mandato de seis años no renovables, correspondiendo su elección a la Asamblea Nacional por mayoría de tres quintos sobre una propuesta realizada por una comisión parlamentaria ad-hoc. Según la propuesta del Comité, los ciudadanos podrían dirigirse directamente al Defensor de los derechos, que mantendría todas las competencias actuales del *Médiateur*, añadiéndose otras nuevas, como son la posibilidad de proceder a investigaciones in situ y en cualquier recinto de los servicios administrativos; el poder de dirigir recomendaciones y advertencias a la Administración; la legitimación para recurrir al *Conseil Constitutionnel* contra una ley aún no promulgada, como tienen los parlamentarios, e incluso el derecho de dirigirse directamente al Parlamento para ayudarle en su función de control y evaluación de las políticas públicas. Asimismo, teniendo en

voto de Lang). Por otra parte, varios medios de comunicación se han hecho eco de la posible intención presidencial de que Jack Lang sea el primer Defensor de los derechos, cuando se desarrolle legislativamente la figura (vid., por ejemplo, *Le Monde*, 22 de julio de 2008 y *Le Figaro*, 23 de julio de 2008).

24 Informe *Une V.^e République plus démocratique*, elaborado por el *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V.^e République*, propuesta n.º 76, p. 92. Alguna autora afirma incluso –exageradamente a mi juicio, como luego se verá– que la sustitución del *Médiateur* por el nuevo Defensor de derechos «traduce esencialmente la constitucionalización de esta autoridad sobre el modelo español» (N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., p. 1682). No está de acuerdo Michel Verpeaux, para quien «es evidente que el papel del futuro Defensor francés de los derechos de los ciudadanos es una pálida réplica del de su vecino ibérico» (M. Verpeaux: «Le nouveau “défenseur des droits des citoyens” est arrivé», en *Petites affiches*, 2008, n.º 97, 14 de mayo de 2008, pp. 87 y ss.).

cuenta la amplitud previsible de la misión atribuida a este Defensor de los derechos fundamentales, el Comité propone que la ley orgánica que desarrolle los preceptos constitucionales pueda prever la existencia de dos defensores adjuntos, designados como el titular de la institución, para ayudarle a ejercer su misión. Como puede comprobarse, la influencia de la configuración del Defensor del Pueblo de España en la nueva institución, tal y como fue diseñada por el Comité Balladur, es excepcional, tanto en la regulación constitucional como en las previsiones de desarrollo legislativo²⁵.

Por último, el Comité Balladur manifiesta su convicción de que a la vista de las dificultades a las que los ciudadanos se enfrentan en sus relaciones con la Administración, la creación de un Defensor de los derechos elegidos elegido por el Parlamento, pero cuyo desempeño sería incompatible con el ejercicio de un mandato parlamentario, no sólo respondería a las necesidades de los ciudadanos, sino que además mejoraría el funcionamiento global de las instituciones francesas²⁶.

5. EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 71-1 DE LA CONSTITUCIÓN

Aunque pueda parecer sorprendente (o quizá no), la recepción de la propuesta del Comité Balladur para la creación de un Defensor de los derechos no fue muy acogedora por parte de los organismos, entidades u otras instituciones dedicadas a la protección de los derechos²⁷, ni tampoco suscitó especial entusiasmo entre las instituciones o autoridades independientes que proponía fusionar.

Llegados a este punto, la pregunta es: ¿qué es lo que se ha acogido en la revisión constitucional de la propuesta del Comité Balladur sobre el Defensor de los derechos fundamentales? Pues, pese a las apariencias, no demasiado, porque dicha propuesta sufrió modificaciones sustanciales, tanto en su plasmación en el proyecto gubernamental de modificación de la Constitución como en su iter legislativo por las dos Cámaras, cambiando su denominación y abandonando algunos de sus elementos medulares, como ahora veremos, singularmente su elección parlamentaria, la legitimación para dirigirse al *Conseil Constitutionnel* y la absorción de las diversas autoridades administrativas independientes.

²⁵ Ello explica la invitación al Defensor del Pueblo de España para comparecer ante el Senado francés en mayo de 2008 para informar sobre las características y el funcionamiento de la institución en España.

²⁶ Michel Verpeaux afirma que la revisión constitucional «consagra parcialmente una de las propuestas más originales» hechas por el Comité Balladur, refiriéndose al Defensor de los derechos (*vid. M. Verpeaux: «Le nouveau “défenseur des droits des citoyens” est arrivé» cit., pp. 87 y ss.*).

²⁷ *Vid.*, por ejemplo, el informe «*Défenseur des droits des citoyens: positions et interrogations*», publicado por Amnistía Internacional Francia el 7 de mayo de 2008, o el Informe sobre el proyecto de «*Défenseur des droits des citoyens*» de la *Commission nationale consultative des droits de l'homme*, de 20 de mayo de 2008. De la inquietud existente en Amnistía Internacional Francia y de su informe se hace eco *Le Nouvel Observateur* en 22 de junio de 2008, destacando que la fusión de los diferentes mecanismos de protección existentes en uno solo no garantiza una mayor eficacia, dados los ámbitos complejos y especializados en que cada uno desenvuelve sus actividades.

El Comité Balladur propuso la creación de una institución denominada *Defensor de los derechos fundamentales*, y puesto que la inscribía en la tercera parte de su informe, la destinada a los nuevos derechos para los ciudadanos, la configuraba como un instrumento para la garantía de los derechos y libertades, lo que explicitaba al señalar como su misión «velar por el respeto de los derechos». Puede que la denominación escogida por el Comité no fuera la más adecuada de acuerdo con la tradición constitucional francesa²⁸, pero no fue un mero nominalismo el que llevó a la modificación del nombre de la institución en el proyecto de ley gubernamental de reforma constitucional, donde pasó a llamarse *Defensor de los derechos de los ciudadanos*. Junto al cambio de denominación, en el proyecto de ley de reforma el Defensor había perdido su función general de velar por el respeto de los derechos, sustituida ahora por «atender las reclamaciones de toda persona que se estime lesionada por el funcionamiento de un servicio público». Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se suscitó que la denominación del proyecto gubernamental podía inducir a la creencia de que sólo los nacionales (los «ciudadanos») podrían dirigirse a la nueva institución, impidiendo por tanto que los extranjeros pudieran hacer lo propio. Por ello, y probablemente por otras razones más de fondo, el Senado cambiará de nuevo el nombre al definitivo de *Defensor de los derechos*, y volverá con ello también a hablar de nuevo de «velar por el respeto de los derechos y las libertades» (éstas añadidas ahora) como misión constitucional del Defensor²⁹.

5.1. La constitucionalización del Defensor de los derechos

Cierto es que se ha producido la constitucionalización del Defensor de los derechos recomendada por el Comité, lo que sin duda supone un gran avance para la nueva institución. En 1988, el Presidente François Mitterrand había recomendado sin éxito la inclusión en el texto constitucional del *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA), autoridad independiente para velar por el pluralismo y la transparencia de los medios de comunicación audiovisuales, por el mismo concepto que el *Conseil Supérieur de la Magistrature* o del *Conseil Constitutionnel*, y al mismo nivel que los otros poderes³⁰.

28 Catherine Teitgen-Colly apunta a la influencia alemana en la adopción de la fórmula «Defensor de los derechos fundamentales» y señala que la de «Defensor de los derechos de los ciudadanos» se inscribe más en la tradición francesa, e incluso mejor aún la de «Defensor de los derechos del hombre y del ciudadano», preferible desde luego –a su juicio– a la de «Defensor de los derechos», que peca de vaguedad e imprecisión. (vid. C. Teitgen-Colly: «Le défenseur des droits: un OVNI...» cit., pp. 125 y ss.).

29 Victoria Barigant, Elodie Gama y Charlotte Singh consideran que a lo largo del periplo de la nueva figura desde la propuesta del Comité hasta su definitiva adopción por el texto constitucional se ha ido restringiendo su perímetro de intervención y sus poderes, y que «la denominación misma de esta institución es la ilustración» de ello (V. Barigant, E. Gama y C. Singh: «Le Défenseur des droits», en *CREDOF, Centre de recherche sur les droits fondamentaux*, Université Paris X Nanterre, 2009, 23 de marzo de 2009).

30 F. Mitterrand: *Lettre à tous les Français*, cit. por C. Dumat: «Le défenseur des droits» cit., pp. 4 y ss. Parece exagerada indudablemente esa pretensión presidencial de equiparar a la autoridad independiente del audiovisual, por muy importante que sea su labor, con el órgano del gobierno del poder judicial o con la jurisdicción constitucional, por muy peculiar que sea ésta en Francia. Curiosamente la pretensión resulta similar a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que organiza el poder público nacional en cinco poderes: legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral, e incluye

También abogó en 1993 por la inclusión en la Constitución de esta autoridad independiente del audiovisual el denominado *Comité Vedel, Comité consultatif pour la révision de la Constitution* presidido por Georges Vedel, pero también sin éxito³¹. El Defensor de los derechos se configura así como la primera institución de esta naturaleza en ser incluida en la Constitución francesa³².

Por tanto, la primigenia aportación del nuevo artículo 71-1 de la Constitución es consagrar constitucionalmente la existencia y el ámbito de competencia propio del Defensor de los derechos, lo que supone la imposibilidad de suprimir la institución o alterar sus atribuciones básicas sin una reforma de la Constitución. Además de la carga simbólica de este hecho, no hay que olvidar que la constitucionalización supone dotar al Defensor de una superior estabilidad (por mucho que las revisiones constitucionales del texto de 1958 hayan venido siendo cada vez más frecuentes), y también dotarle de una legitimidad especial, de la que no gozan las autoridades creadas y reguladas extramuros de la Constitución. Por otra parte, el solo hecho de su rango constitucional da al Defensor de los derechos un status y una legitimidad únicas, que podrían permitirle asumir un papel coordinador respecto al universo de autoridades administrativas independientes, como había propuesto el Comité Balladur³³.

5.2. Los contornos difusos de la nueva figura y la remisión al legislador: la indefinición del ámbito competencial

El constituyente ha modificado la inicial propuesta del Comité Balladur, optando por una definición imprecisa del ámbito competencial del Defensor de los derechos. La vaguedad, la imprecisión, define de momento el perfil de la nueva institución, tal y como ha sido regulada en el artículo 71-1 de la Constitución, según el cual el Defensor «vela por el respeto de los derechos y las libertades por parte de las administraciones del Estado, las colectividades territoriales, los establecimientos públicos, así como de cualquier organismo que desarrolle un servicio público o respecto del cual la ley orgánica le atribuya competencias». A diferencia del Comité Balladur, que había propuesto que el Defensor de los derechos dispusiera de poderes de recomendación, de requerimiento, de decisión, de mediación o arbitraje, el contorno de sus atribuciones han quedado en una nebulosa. El constituyente ha dejado, pues, en gran medida en

precisamente dentro del denominado poder ciudadano a la Defensoría del Pueblo (artículos 280 a 283 de la Constitución).

³¹ Recogido de C. Teitgen-Colly: «Le défenseur des droits: un OVNI...» cit., pp. 125 y ss. Por cierto que Jean-Claude Zarka alude a que el Comité Vedel de 1993 ya había propuesto mencionar en la Constitución de 1958 al *Médiateur de la République* (vid. J.-C. Zarka: «Le nouveau “défenseur des droits”» cit., p. 2468).

³² Michel Verpeaux afirma al respecto que el Defensor de los derechos, aunque su papel se ha visto capitidismuido en relación con la propuesta del Comité Balladur, ha sido la primera institución de su naturaleza que hace su entrada en la Constitución, abriendo así el camino para el reconocimiento de otras instituciones (vid. M. Verpeaux: «Le nouveau “défenseur des droits des citoyens » est arrivé» cit., pp. 87 y ss.).

³³ Vid. *infra* el apartado correspondiente al papel del Defensor respecto a las autoridades administrativas independientes tras la aprobación de la revisión constitucional.

manos del legislador la decisión de determinar cuál será el papel, la autoridad y las atribuciones reales de esta institución, así como su estatus en el organigrama de las autoridades administrativas independientes que actúan en materia de protección de las libertades³⁴.

Respecto a esto último, Bastien François resalta que la vaguedad del artículo 71-1 puede legítimamente inquietar en tanto que no se haya adoptado la ley orgánica que defina las atribuciones y las modalidades de intervención del Defensor de los derechos, y se cuestiona sobre cuál pueda ser el perímetro exacto de su intervención; incluso si su creación no supone invadir las competencias de autoridades independientes como el *Controlador general de los lugares de privación de libertad*, el *Defensor de los niños*, la *Comisión nacional de la informática y de las libertades*, la *Comisión nacional de la deontología de la seguridad* o incluso el propio *Consejo Superior del Audiovisual*³⁵.

La Constitución ha previsto que sea también la ley orgánica la que regule las modalidades de control atribuidas al Defensor de los derechos, y es que la redacción dada al artículo 71-1 supedita enormemente a su desarrollo legislativo las atribuciones y el status de esta nueva institución, lo que lleva a afirmar a Nathalie Marcon que el esencial papel reservado a la ley orgánica es, más que complementario, completivo, en el sentido de añadir a la mera función de aplicación de la revisión constitucional la de completar dicha revisión ante el silencio del texto fundamental³⁶. Así, la ley orgánica ha de determinar el ámbito competencial de la nueva institución, atribuirle poderes y medios, decidir sobre si sus atribuciones se limitan a un poder de influencia o si se extienden más allá merced a la concesión de poderes de investigación, de carácter conminatorio, de recomendación, o incluso, poderes de decisión y de sanción. La efectividad del Defensor de los derechos va a estar condicionada, por consiguiente, por la ley orgánica constitucionalmente prevista, e incluso, por otra ley, de carácter ordinario, que habrá de desarrollar algunos aspectos de la nueva institución³⁷. Hay una práctica unanimidad en la doctrina respecto a la vaguedad de la fórmula constitucional: Catherine Teitgen-Colly acusa al constituyente de haber llevado el laconismo al extremo, practicando de manera casi sistemática la técnica, profundamente criticada, del reenvío a la ley orgánica, incluso para cuestiones tan importantes como el ámbito de intervención, las condiciones en las que puede solicitarse su intervención, sus atribuciones y sus modalidades de actuación, la posible existencia de un órgano colegiado de apoyo, e incluso las incompatibilidades de la figura y concluye diciendo que «a decir verdad, [el Defensor de los derechos] es un objeto volante no identificado (OVNI) que aparece en le cielo constitucional»³⁸.

34 Vid. N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., p. 1685.

35 B. François: *La Constitution Sarkozy* cit, p. 164.

36 N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., pp. 1696-1697.

37 Efectivamente, el 9 de septiembre de 2009 fue registrada en el Senado un proyecto de ley ordinaria referida al Defensor de los derechos junto al proyecto de ley orgánica prevista en el artículo 71-1 de la Constitución.

38 C. Teitgen-Colly: «Le défenseur des droits: un OVNI...» cit. pp. 125 y ss.

5.3. La función del Defensor de los derechos

Como ya se ha indicado, la nota característica de la regulación constitucional del Defensor de los derechos es la vaguedad, puesto que no será hasta que se apruebe la ley orgánica a que se refiere el artículo 71-1 de la Constitución que podamos conocer las verdaderas dimensiones de esta institución.

La Constitución establece una amplia competencia del Defensor de los derechos con relación a los organismos susceptibles de supervisión, puesto que según el artículo 71-1 el Defensor tiene como misión «velar por el respeto de los derechos y libertades por las administraciones del Estado, las colectividades territoriales, los establecimientos públicos, así como por parte de cualquier organismo que realice una misión de servicio público, o con respecto del cual la ley orgánica le atribuya competencias». No hay ninguna restricción ni precisión respecto a la concreción de los derechos y libertades protegidos, ni respecto a las administraciones sobre las cuales ejerce su supervisión el Defensor, por lo que hay que entender que la Administración en su conjunto puede ser controlada. Aquí el Defensor de los derechos parece claramente ampliar el ámbito competencial del *Médiateur*, puesto que si bien ambos comparten la facultad de supervisar el funcionamiento de la Administración, el Defensor puede actuar directamente cuando se dirija a él un ciudadano³⁹, incluso las personas jurídicas, o puede actuar de oficio, sin que nadie se haya dirigido a él solicitando la protección de sus derechos y libertades, posibilidad de la que no dispone el *Médiateur*, para cuya actuación era indispensable la intermediación previa de un parlamentario. Sin duda, esta supresión del filtro parlamentario para que los ciudadanos puedan presentar sus quejas y la atribución de competencia para poder actuar de oficio constituyen un progreso en la definición de la nueva figura como órgano de protección de los derechos de los ciudadanos, pero, en todo caso, no hay que perder de vista tampoco que será la futura ley orgánica constitucionalmente prevista la que establezca las concretas condiciones de admisibilidad de las quejas, lo que incluye el riesgo del establecimiento de condiciones que dificulten su admisión. En este sentido, el riesgo es doble, porque, por una parte, la ley orgánica podría establecer formalismos, condiciones, plazos temporales, etc. que dificulten la admisibilidad de las solicitudes de intervención del Defensor de los derechos, pero por otra, lo que aún supondría mayor restricción, limitar a sólo algunos los derechos y libertades susceptibles de ser protegidos por el Defensor⁴⁰.

39 Sin embargo, Charlotte Dumat cree que la vaguedad, la imprecisión de la definición constitucional de la nueva figura está lejos de haber despejado que la presentación de quejas ante el Defensor de los derechos pueda hacerse de forma directa: «no se sabe si la solicitud será directa o indirecta» (C. Dumat: «Le défenseur des droits» cit., pp. 4 y ss.). La misma impresión tienen Victoria Barigant, Elodie Gama y Charlotte Singh, que afirman que «queda la cuestión de saber si la ley orgánica mantendrá la propuesta del Comité Balladur de la presentación directa [de reclamaciones]» (V. Barigant, E. Gama y C. Singh: «Le Défenseur des droits» cit.). En este sentido, el proyecto de Ley Orgánica presentado ante el Parlamento en septiembre de 2009 señala en su artículo 4 que el acceso al Defensor de los derechos será directo.

40 A nuestro juicio, esto sería de dudosa constitucionalidad, porque donde la Constitución no distingue, difícilmente podemos aceptar que lo haga el legislador, pero alguna autora ha destacado incluso como

El Defensor de los derechos debe ser percibido, pues, como uno de los órganos encargados constitucionalmente de proteger el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, con el poder judicial, el *Conseil d'Etat* y el *Conseil Constitutionnel*. Su función es asegurar un control no jurisdiccional de la acción administrativa, que sirva para completar el control político ejercido en sede parlamentaria, el control jurisdiccional realizado por los tribunales de lo contencioso y el control jerárquico interno de la Administración.

5.4. Caracteres orgánicos del Defensor de los derechos

El penúltimo párrafo del artículo 71-1 de la Constitución establece que el Defensor de los derechos es nombrado por el Presidente de la República para un mandato de seis años no renovable, según el procedimiento previsto en el último apartado del artículo 13 del mismo texto constitucional. Establece también que sus funciones son incompatibles con las de miembro del Gobierno o del Parlamento, remitiendo a la ley orgánica acerca de otras posibles incompatibilidades. El último párrafo añade que el Defensor de los derechos rinde cuenta de su actividad al Presidente de la República y al Parlamento.

Como puede observarse, el Defensor de los derechos es nombrado por el Presidente de la República como su antecesor, el *Médiateur*, lo que constituye uno de los obstáculos más claros para la garantía de independencia de la nueva institución. El Comité Balladur había propuesto, ya lo hemos visto, la elección por tres quintos de la Asamblea Nacional, siguiendo la estela del Defensor del Pueblo español, lo que ha sido sustituido por una designación gubernamental, aunque sometida a un curioso procedimiento introducido en el artículo 13 de la Constitución: el poder de nombramiento del Presidente de la República se restringe en algunos casos, «en razón de su importancia para la garantía de los derechos y libertades o para la vida económica y social de la Nación» reza el texto constitucional, sometiéndolo a informe público previo de una comisión parlamentaria de cada cámara. El Presidente de la República no podrá nombrar a su candidato cuando la suma de votos negativos recibidos por éste en cada comisión represente al menos las tres quintas partes de los votos expresados en ellas. De este modo, se ha sustituido la elección parlamentaria por mayoría cualificada del Defensor, con la legitimidad que ello le otorgaría⁴¹, por su nombramiento presidencial si la mayoría cualificada del Parlamento (expresada en comisión, además) no se opone a ello. Parece que el constituyente ha querido que sólo una rara unanimidad parlamentaria contra los deseos del Presidente pueda oponerse al nombramiento gubernamental. Por otra parte, el procedimiento del artículo 13 puede

necesidad que la ley orgánica «defina con precisión qué derechos y qué libertades entran en el ámbito de competencia del Defensor, para conocer tanto su misión constitucional como su papel en relación con las otras autoridades independientes» (N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., p. 1688).

⁴¹ Nathalie Marcon sostiene, por el contrario, que la elección parlamentaria no garantiza necesariamente la independencia de la institución y crea una politización del nombramiento (*vid.* N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., p. 1695).

abocar a la posibilidad de que se produzcan situaciones insólitas, o al menos paradójicas: un candidato presidencial que recibe el claro rechazo del Parlamento, pero que al no haberse alcanzado el alto quórum de rechazo previsto constitucionalmente, o haberse alcanzado sólo en una Cámara (en la Asamblea Nacional, pongamos), es nombrado Defensor de los derechos, función que se va a ver obligado a desempeñar frente a un Parlamento que le rechazó mayoritariamente y al que ha de rendir cuentas de su actividad. No estamos seguros de que el empleo de este procedimiento sea mejor que el puro nombramiento libre por el Presidente de la República, puesto que al menos así el Defensor de los derechos no contaría de partida con el riesgo de una tacha de cierta ilegitimidad en sus relaciones con el Parlamento.

En relación con este procedimiento del artículo 13 (que puede sugerir una cierta influencia norteamericana⁴²), previsto en la Constitución no sólo para el Defensor de los derechos, sino también para otras instituciones (verbigracia, el *Conseil Constitutionnel*) la doctrina muestra cierta división⁴³, que puede vislumbrarse ya en los trabajos del Comité Balladur. Aun cuando el Comité establecía la pura elección parlamentaria del Defensor de los derechos, la propuesta de introducción de este procedimiento para otros nombramientos distó de ser pacífica: Pierre Mazeaud, antiguo presidente del *Conseil Constitutionnel* y vicepresidente del Comité Balladur, se muestra contrario al procedimiento por considerar que da entrada a la politización de las instituciones: «obligará a los candidatos a hacer campaña (...), haciendo de ello una cuestión entre izquierda y derecha, mayoría y oposición (...) prefiero el sistema actual a un sistema en que intervenga el Parlamento, por el riesgo a una politización muy profunda»⁴⁴. Por el contrario, Olivier Schrameck, también miembro del Comité Balladur, se pronuncia a favor del procedimiento, del que piensa que favorecerá la

42 Creemos que nuestro propio sistema parlamentario no ha sido capaz de sustraerse a esta influencia de los Estados Unidos, como atestigua, por ejemplo, la creación de la Comisión de Nombramientos del Senado. Lo paradójico del caso es que el sistema norteamericano prevé la comparecencia del candidato y el control parlamentario en supuestos de nombramiento presidencial, y en España se ha regulado que el Congreso o el Senado intervengan y controlen los nombramientos... ;cuando es la propia Cámara la que va a efectuar la designación! Y es que con la mimetización de las instituciones de unos países a otros ocurre aquello que decía Antonio Machado por boca de Juan de Mairena, que en política, como en arte, los novedosos apedrean a los originales.

43 Nathalie Marcon, aun reconociendo la originalidad y falta de raigambre francesa en el procedimiento del artículo 13, se inclina por su defensa, afirmando que «garantiza una cierta independencia del poder ejecutivo y limita el riesgo de la designación política», llegando a aseverar que «debería orientar la elección de los futuros Defensores sobre personalidades consensuadas, con gran autoridad moral y una legitimidad incuestionable» (N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., pp. 1695-1696). En la misma línea, Charlotte Dumat considera el procedimiento del artículo 13 una mejora respecto al procedimiento de designación del *Médiateur*, «aun cuando los quórum exigidos, conjugados con el factor mayoritario, hagan del veto parlamentario al candidato presidencial un supuesto puramente teórico» (C. Dumat: «Le défenseur des droits» cit., p. 4 y ss.). No obstante, Nathalie Marcon da cuenta de otras opiniones adversas al procedimiento: para A.M. Le Pourhiet, el procedimiento del artículo 13 «puede revelarse negativo si aboca a la propuesta sistemática de candidatos consensuados y políticamente correctos» (A.M. Le Pourhiet: «L'article 4», en *Petites affiches*, 2008, n.º 97, 14 de mayo de 2008, p. 17, cit. por N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., p. 1696).

44 «Rapport de la Commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck», en *Revue de Droit Public*, 2008, 1 de enero de 2008, p. 19.

transparencia, la responsabilidad y el pluralismo, puesto que a su juicio las nuevas instituciones, los nuevos poderes (enumera autoridades independientes, agencias, comisiones, pero también al *Conseil Constitutionnel*), «no son servidores del poder ejecutivo, sino actores del juego institucional, cuya vocación ha de ser mantener relaciones no sólo con el poder ejecutivo, sino también con el Parlamento» y el nuevo procedimiento supone «la garantía de mayor pluralismo», aun cuando se tratará de una intervención parlamentaria mediante una comisión en cuya composición jugará un gran papel el factor mayoritario, por lo que «la probabilidad de un informe negativo es extremadamente improbable»⁴⁵.

El mandato previsto para el Defensor de los derechos es de seis años, como había propuesto el Comité Balladur, y no cabe la renovación del mismo. Cuestión distinta es la posibilidad de revocación, sobre la que la Constitución guarda silencio, pero que hay que entender circunscrita a causas excepcionales que impidan el normal desarrollo de las actividades de la institución⁴⁶.

5.5. La (no) legitimación para recurrir ante el *Conseil Constitutionnel*

La legitimación del Defensor de los derechos para dirigirse al *Conseil Constitutionnel* ejercitando el control previo de la ley, que era una de las atribuciones que el Comité Balladur había previsto para la nueva institución, presentaba la indudable ventaja de darle un instrumento para velar eficazmente por el respeto de los derechos y libertades por parte del Parlamento, además de su papel activo en el control de la acción de la Administración y de la garantía del Estado de Derecho. Además, esta facultad hubiera permitido colmar las posible lagunas del control directo de constitucionalidad de la ley, abriendo más generosamente la legitimación para dirigirse al *Conseil Constitutionnel*. El Defensor de los derechos, como los parlamentarios, pero sin su dimensión política, habría podido someter la ley al *Conseil Constitutionnel* para que éste ejercitara el control previo, legitimando así la dimensión de velar por los derechos de los ciudadanos atribuida a la nueva institución⁴⁷.

Catherine Teitgen-Colly resalta que la Constitución se ha abstenido finalmente de otorgar al Defensor de los derechos la legitimación para recurrir al *Conseil Constitutionnel* para instar el control de constitucionalidad de las leyes, lo que a su juicio constituía «el atributo esencial preconizado por el Comité Balladur» para el Defensor. Cree, no obstante, que cabe aún que la ley orgánica le atribuya la legitimación para dirigirse al *Conseil d'Etat* al efecto de que este último, con ocasión de un proceso en curso, reenvíe al *Conseil Constitutionnel* las dudas de inconstitucionalidad suscitadas

45 «Rapport de la Commission Balladur: libres propos croisés...» cit., pp. 19-21.

46 Sobre este asunto, el artículo 1 del proyecto de Ley Orgánica establece que la finalización anticipada del mandato del Defensor de derechos sólo se produce por su dimisión o en caso de concurrencia de un impedimento en las condiciones previstas por decreto sometido a informe previo del *Conseil d'Etat*.

47 Vid. N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., p. 1684.

por una disposición legislativa⁴⁸. En términos idénticos se expresa Charlotte Dumat, para quien si bien la propuesta del Comité Balladur para introducir al Defensor de los derechos entre los sujetos legitimados para dirigirse al *Conseil Constitutionnel* ha sido suprimida por el constituyente, nada impide que la ley orgánica pueda reconocerle la citada legitimación para dirigirse al *Conseil d'Etat* para que éste en el marco de un proceso en curso reenvíe al *Conseil Constitutionnel* posibles dudas sobre la inconstitucionalidad de una ley⁴⁹.

En todo caso, en relación con este asunto de la legitimación del Defensor de los derechos para recurrir al *Conseil Constitutionnel*, propuesta por el Comité Balladur, pero no introducida finalmente por la revisión constitucional, algunas posiciones distan de estar claras: como muestra, Pierre Mazeaud, antiguo presidente del *Conseil Constitutionnel* y vicepresidente del Comité Balladur, se muestra favorable a ella en las *libres propos croisés* (palabras cruzadas) entre él y otro miembro del Comité Balladur, Olivier Schrameck, ya citadas y publicadas a comienzos de 2008 («*je suis tout à faire d'accord pour que ce Défenseur des droits fondamentaux introduits dans la Constitution saisisse éventuellement le Conseil Constitutionnel*»), pero se muestra contrario a esta misma legitimación en otra intervención de 2009, una vez adoptada ya la revisión constitucional («*je ne suis pas favorable à ce qu'il puisse saisir le Conseil Constitutionnel*»)⁵⁰.

5.6. El Defensor de los derechos y las autoridades administrativas independientes

Por último, la propuesta del Comité Balladur pretendía que el Defensor de los derechos subsumiera en su seno a todas las autoridades administrativas independientes que desarrollan su labor en el ámbito de la garantía de derechos, o, cuando menos, que jugara un papel federador o coordinador de las mismas, en aras de una simplificación de la protección de dichos derechos. Ya hemos dicho antes que esta parte de la propuesta del Comité no fue muy bien acogida ni por las autoridades afectadas, ni tampoco por otros organismos de derechos humanos. En la doctrina, Nathalie Marcon considera que la supresión (por integración) de todas las autoridades administrativas independientes que se ocupan en este ámbito ni se vislumbra, ni es deseable, además de ser difícil de asumir políticamente; aunque –añade esta autora– la coexistencia pura y simple del Defensor al lado de todas las autoridades administrativas independientes tampoco es deseable, porque conduciría a vaciar la reforma

48 C. Teitgen-Colly: «Le défenseur des droits: un OVNI...» cit. pp. 125 y ss.

49 Vid. C. Dumat: «Le défenseur des droits» cit., p. 4 y ss. En relación con esta cuestión, el artículo 24 del proyecto de Ley Orgánica relativa al Defensor de los derechos prevé que cuando el Defensor reciba una o varias reclamaciones, no sometidas a los tribunales, que planteen una cuestión relativa a la interpretación o al alcance de una disposición legislativa o reglamentaria, podrá consultar al *Conseil d'Etat*, cuya resolución será dictada en las condiciones fijadas por decreto expedido previo informe del *Conseil d'Etat*.

50 Para la primera intervención, vid. «Rapport de la Commission Balladur: libres propos croisés...» cit., p. 29; para la segunda, vid. la respuesta a Charlotte Dumat en C. Dumat: «Le défenseur des droits» cit., p. 4 y ss.

constitucional de su sustancia en este punto y a complejizar aún más la arquitectura administrativa francesa⁵¹.

A este respecto, Dominique Rousseau se cuestiona incluso si la introducción de la nueva figura no supone más bien una complejidad suplementaria, dado que el *Conseil d'Etat*, el *Conseil Constitutionnel* y la *Cour de Cassation* ya tienen atribuida asimismo la función de defensa de los derechos fundamentales. Respondiendo a ello, Olivier Schrameck, miembro del Comité Balladur, defiende la creación de la nueva institución alegando que la multiplicación de instituciones protectoras efectivamente conduce a la fragmentación, que supone el debilitamiento de la protección, por lo que propone ese papel coordinador para el Defensor de los derechos, pero es que además, afirma que «en un equilibrio constitucional que no es un equilibrio bipolar por naturaleza, hace falta que haya terceras instituciones que sean fuertes, que tengan una legitimidad democrática y que puedan defender un interés que no sea puramente el de conciliación o debate entre el ejecutivo y el legislativo»⁵².

No obstante, para Bertrand Mathieu la creación del Defensor de los derechos supone tanto la protección de los derechos como la racionalización de la estructura de autoridades administrativas independientes, que el Defensor está llamado a federar o coordinar, y sólo si lleva esto último a cabo, lo cual no es seguro según el tenor literal del artículo 71-1, la figura tendrá un alcance efectivo⁵³. La solución podría ser, pues, para buena parte de la doctrina, la permanencia de las autoridades administrativas independientes especializadas, pero bajo el paraguas de una alta autoridad independiente de rango constitucional y ámbito general, como es el Defensor de los derechos.

Precisamente sobre este asunto, el proyecto de Ley Orgánica y el proyecto de Ley relativas al Defensor de los derechos, registrados ambos en el Senado el 9 de septiembre pasado, proyectan la integración del *Médiateur de la République*, de la *Commission nationale de déontologie de la sécurité* y del *Défenseur des enfants* en la nueva institución, pero no de las otras autoridades administrativas independientes, aunque sí existe la previsión en la Ley de que el Defensor de los derechos forme parte, con voz pero sin voto, del consejo asesor de la *Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* y de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*.

51 Vid. N. Marcon: «Titre XI bis: Le Défenseur des droits» cit., pp. 1690-1693.

52 «Rapport de la Commission Balladur: libres propos croisés...» cit., p. 29.

53 Vid. B. Mathieu: «Les logiques de la révision de la Constitution française par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008» (texto mecanografiado de la conferencia impartida en diciembre de 2008 en Madrid en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).