

El *Ombudsman* francés: análisis crítico de una reforma constitucional

Rhita BOUSTA*

SUMARIO: I. *Introducción: los Ombudsman constitucionales en derecho comparado.* II. *El ámbito amplio del Défenseur des droits: ¿ventaja o riesgo para los derechos humanos?* III. *El Défenseur des droits: ¿una garantía eficaz de los derechos humanos?* IV. *A modo de conclusión: la atracción del derecho comparado y el riesgo de su uso superficial.*

I. INTRODUCCIÓN: LOS *OMBUDSMAN* CONSTITUCIONALES EN DERECHO COMPARADO¹

En la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, el *Ombudsman* se presenta como una garantía de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos frente a la administración y a los poderes públicos. Desde su adopción en la Constitución de Suecia al principio del siglo XIX (*Justitie Ombudsman*), el *Ombudsman* participa del control del Parlamento sobre el gobierno. Se caracteriza también por sus poderes de recomendación

* Université Paris I Sorbonne; Prof. Université de Lille (ERDP), miembro de la sección francesa del IIDC. www.rhitabousta.net, rhita.bousta@univ-lille2.fr.

¹ Este artículo es el resultado de una ponencia presentada al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, en la Ciudad de México, el 2 de febrero de 2017, intitulada “*Ombudsman* y Constitución: el caso francés”. Agradezco al profesor Fransesc Rodríguez Pont su revisión al texto, y al doctor Edgar Corzo Sosa su aviso sobre el contenido.

sin fuerza coercitiva y sus propuestas de reformas legislativas inspiradas en casos y en denuncias tratadas en su trabajo diario.²

Los estudios de derecho comparado distinguen tradicionalmente tres tipos de *Ombudsman*: el primero nombrado por el Poder Ejecutivo (*Executive Ombudsman*); el segundo, ligado al Parlamento (*Parliamentary Ombudsman*);³ y el tercero cuyo papel principal es la protección de los derechos humanos (*Human Rights Ombudsmen*).⁴ La mayoría de los *Ombudsmen* que pertenecen a esta última categoría han sido consagrados por la Constitución⁵ y aparecen en un título dedicado a la protección de los derechos fundamentales como es el caso en España,⁶ Portugal,⁷ Rumania⁸ o Alemania,⁹ como parte de una categoría formada por otras instituciones del mismo tipo (Holanda, por ejemplo).¹⁰

Caso típico de *legal transplant*,¹¹ el *Ombudsman* fue primero importado en Finlandia (Constitución de 1919) y luego en Dinamarca (Ley de 1954). La década de los sesenta abrió un periodo de “ombudsmania” (Nueva Zelanda, Noruega, Reino Unido, Canadá, etcétera). Cuando el *Ombudsman* llegó a Francia en 1973 a través de la figura del *Médiateur de la République*,¹² siendo —al contrario de muchos otros *Ombudsmen*— nombrado por el presidente de la República y resolviendo solamente las denuncias seleccionadas de manera previa por un diputado (filtro parlamentario),

² Véase nuestra tentativa de definición: Boustá, R., “Contribution à une définition de l’Ombudsman”, *R.F.A.P.*, 2007, núm. 123, pp. 387-398.

³ Capítulo 12 de la Constitución sueca; capítulo 4 de la Constitución de Finlandia; par. 1 del título I de la sexta parte del TFU.

⁴ Reif, L., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, International Studies in Human Rights, vol. 79, 2004, pp. 3 y 8.

⁵ Giddings, P. *et al.*, “The Ombudsman and Human Rights”, en Gregory, Roy y Giddings, Philip (dirs.), *Righting Wrongs. The Ombudsman in Six Continents*, Amsterdam, I.O.S. Press, 2000, pp. 441-457.

⁶ Capítulo 4 del título I de la Constitución Española.

⁷ Título primero de la primera parte de la Constitución portuguesa.

⁸ Capítulo 4 del título II de la Constitución de Rumania.

⁹ El *Petitionsausschuss* federal es mencionado como órgano del *Bundestag* (artículo 45 c) y como garantía del derecho fundamental de petición (artículo 17).

¹⁰ Capítulo 4 de la Constitución holandesa.

¹¹ Rowat, D. C., *The Ombudsman Plan: The Worldwide Spread of an Idea*, 2a. ed., University Press of America, 1985, p. 200.

¹² Ley 73-6, del 3 de enero de 1973.

algunos autores no lo consideraban un “verdadero” *Ombudsman*.¹³ Más bien, otros rechazaban esta institución apoyando la idea de que Francia sólo necesitaba un *Conseil d'Etat* (Tribunal Administrativo Supremo).¹⁴ Eso era un poco extraño sabiendo que el *Médiateur* tenía un papel diferente al de un Tribunal, que era poner remedio a todo tipo de “mal funcionamiento de la administración en la prestación de un servicio público”. Al principio de la década de los años setenta, el *Ombudsman* se transformó en un instrumento de transición democrática: caso por ejemplo de España,¹⁵ del *Provedor de justiça* portugués¹⁶ y, más tarde, de muchos *ombudsmän* de América Latina como el de México (CNDH) que tiene como competencia la protección de los derechos humanos y el conocimiento de “quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos”.¹⁷ Esta tendencia del *Ombudsman* como garantía de los derechos humanos viene generalmente acompañada de su consagración constitucional.¹⁸

En 2008, el *Ombudsman* francés fue tras muchos intentos¹⁹ constitucionalizado a través de una reforma de mayor alcance.²⁰ El nuevo “*Défenseur des droits*” fue entonces presentado como una reforma inspirada por el Defensor del Pueblo español.

¹³ Legrand, A., “Médiateur et ‘Ombudsman’: un problème mal posé”, *Revue Pol. et Parl.*, marzo de 1973, núm. 840, p. 1; Hadi, M. A., “L’extension de l’Ombudsman: triomphe d’une idée ou déformation d’une institution?”, *R.I.S.A.*, núm. 4, 1977, p. 334 (en cuanto al filtro parlamentario).

¹⁴ Drago, R., Prólogo a la tesis doctoral de Legrand, A., *L’Ombudsman scandinave, études comparées sur le contrôle de l’administration*, París, L.G.D.J., 1970, t. 2, p. 549.

¹⁵ De Grado, C. Giner, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, Madrid, Editorial Popular, 1986, p. 47; Carballo Armas, P., *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el derecho comparado*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 263.

¹⁶ Artículo 23 de la Constitución de 1976; decreto-ley 212/1975, 21/04/1975, Ley 9/97, 9/04/1991.

¹⁷ Artículo 102 B de la Constitución mexicana.

¹⁸ Boust, R., “Les enjeux de la constitutionnalisation des Ombudsmän”, *Un Médiateur fédéral consolidé?*, Bruselas, Anthémis, 2011, pp. 17-38.

¹⁹ Proposición de los diputados Poniatowski y Chandernagor de creación de un “Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos” (1973); Informe a la atención del presidente de la República elaborado el 15 de febrero 1993 por el Comité Consultivo para la Reforma de la Constitución francesa, *JO*, 16 de febrero de 1993, pp. 2537 y ss.

²⁰ Proposición 76.

Ahora bien, según el nuevo artículo 71-1 de la Constitución francesa (título único), el *Défenseur* garantiza el “respeto de los derechos y libertades por parte de las administraciones del Estado, de los entes territoriales y de los organismos públicos encargados de un servicio público”. Desde entonces, “toda persona” perjudicada en sus derechos y/o libertades por razón del “funcionamiento de un servicio público” puede directamente someter el asunto al *Défenseur*. Luego de tres años de debates, la Ley Orgánica de 2011²¹ regula el funcionamiento, los poderes y las garantías de independencia de esta nueva institución. Califica también el *Défenseur* de “autoridad constitucional independiente”, expresión nueva en el paisaje jurídico francés más acostumbrado a la categoría de “autoridades administrativas independientes”. Sin embargo, y al contrario que otras Cortes Constitucionales,²² el *Conseil Constitutionnel* francés rechazó —con poca claridad—²³ la idea de que el *Défenseur* consista en un cuarto poder público constitucional especificando que el adjetivo “constitucional” sólo se refiere al principio de independencia.²⁴

A primera vista, esta reforma constitucional permitió reforzar la figura del *Ombudsman* en Francia que, desde entonces, se parece más a otros *Human Rights Ombudsmen*, como el de España o de México. No obstante, esta reforma fue criticada por su superficialidad,²⁵ ya que las principales características del *Médiateur* de los setenta —entre las cuales el nombramiento lo hacía el presidente de la República— han sido mantenidas.

El caso francés nos permite plantear preguntas que están en el núcleo del XIII Congreso Iberoamericano en México: ¿permiten realmente la Constitución y las reformas constitucionales reforzar las instituciones de

²¹ LO 2011-333, 29 de marzo de 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, *JORF*, núm. 0075, de marzo de 2011; véase también la Ley 2011-334, del 29 de marzo de 2011, *JORF*, núm. 0075, 30 de marzo de 2011.

²² Corte Suprema de Canadá: *B.C. Development Corp. v. Friedmann* [1985] 1 WWR 193 (S.C.C.), §206.

²³ Philippe, X., “Les propositions d’amélioration de la protection des droits fondamentaux”, *R.F.D.C.*, 2008, p. 218.

²⁴ Cons. Const., sentencia núm. 2011-626 DC, del 29 de marzo 2011, *JO*, 30 de marzo de 2011, p. 5507, cons. núm. 5.

²⁵ Badinter, R., en Sénat, *Compte-rendu intégral des débats*, sesión del 24 de junio de 2008; Goulard, F., en Assemblée Nationale, *Compte-rendu intégral des débats*, sesión del 29 de mayo de 2008; Lavroff, D. G., “De l’abus des réformes”, *R.F.D.C.*, junio de 2008, pp. 66 y ss.; Dumat, C., “Le défenseur des droits”, *L.P.A.*, 23 de octubre de 2009, núm. 212, pp. 4-7.

protección de los derechos humanos? ¿O la eficacia de tales instrumentos de protección no depende de esta consagración constitucional? ¿Cómo utilizar el derecho constitucional comparado de manera eficaz y adaptada al contexto de cada sistema jurídico?

La respuesta es sutil y seguramente difícil. Pero nos parece que el *Ombudsman* francés es más bien el resultado de una utilización superficial del derecho comparado. En otras palabras, no es una transformación radical del *Executive Ombudsman* que había antes, por lo que es posible todavía cuestionar la eficacia de este instrumento de protección de los derechos humanos tanto en lo que se refiere a su ámbito como en lo que se refiere a sus medios de actuación.

II. EL ÁMBITO AMPLIO DEL *DÉFENSEUR DES DROITS*: ¿VENTAJA O RIESGO PARA LOS DERECHOS HUMANOS?

El *Défenseur des droits* tiene un ámbito mucho más amplio que el del antiguo *Médiateur de la République*. Consiste en una fusión de diferentes instituciones de protección de los derechos humanos que eran antiguamente independientes: el Defensor de los Niños, la Alta Autoridad de Lucha contra la Discriminación (HALDE), el antiguo *Médiateur*, y la Comisión Nacional de Ética de las Fuerzas de Seguridad. Todas estas instituciones forman ahora parte del *Défenseur* y constituyen, según las palabras de la Ley Orgánica, sus “colegios”.

¿Cuál es el impacto de la fusión o “racionalización” de estas instituciones sobre la eficacia de la protección de los derechos humanos? Para tratar de responder a esta pregunta, hay que exponer primero el funcionamiento del *Défenseur*, con un especial enfoque sobre su estructura vertical y su nombramiento.

1. La estructura “vertical” del *Defenseur des droits*

Aunque puede también ser el caso de los *Ombudsman* consagrados sólo por ley,²⁶ la mayoría de los *Ombudsman* constitucionales tienen como pa-

²⁶ Gregory, R. y Giddings, P., “The United Kingdom Parliamentary Ombudsman Scheme”, *cit.*, p. 21.

pel el reforzamiento del control parlamentario²⁷ y por eso no tienen ninguna vinculación con el Poder Ejecutivo.

Pero una de las características más propias del *Défenseur*, que lo distingue de otros *Ombudsman* de protección de los derechos humanos, es su nombramiento por el presidente de la República francesa. Es más, originalmente, el *Ombudsman* sueco simboliza el acceso al poder de Gustavo IV que sucedió a Gustavo III después de su asesinato y del paso del poder de las manos del rey a las manos del Parlamento. De la misma manera, pero con contextos diferentes, el Defensor del Pueblo español es el “Alto Comisionado de las Cortes Generales” (artículo 54 de la Constitución) y el *Ombudsman* Europeo es elegido por el Parlamento europeo y puede ser removido de sus funciones por el mismo. La reforma mexicana de 1992²⁸ tenía también como objetivo dar más independencia al *Ombudsman* que era hasta entonces dependiente de la Secretaría de Gobernación tanto en su personalidad jurídica como en su patrimonio. En Francia ocurre lo contrario: el actual presupuesto del *Ombudsman* sigue haciendo parte del presupuesto general del gobierno dedicado a la protección de los derechos y libertades fundamentales.²⁹

Algo que resulta más relevante es que el nuevo artículo 71-1 apartado 4 de la Constitución francesa dispone que el *Défenseur* sea nombrado por el presidente por decreto discutido en Consejo de Ministros y previo anuncio público de la Comisión Permanente de cada cámara del Parlamento. Éstas no pueden oponerse a la elección del presidente salvo que la suma de los votos negativos en cada comisión represente al menos tres quintos de los votos emitidos en el seno de las dos comisiones. En cambio, el Defensor del Pueblo español es nombrado directamente por las Cortes Generales y debe obtener una mayoría de los tres quintos de los votos emitidos.³⁰ Lo mismo ocurre en México: el presidente de la CNDH, así como sus 10 consejeros, es elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en caso de receso, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación cualificada. Con el

²⁷ Gil Robles, A., *El control parlamentario de la administración (el Ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981, p. 324.

²⁸ Ley del 29 de junio de 1992.

²⁹ Ley 2008-1425, del 27 de diciembre de 2008 (artículo 152-artículo 15 de la Ley sobre el Médiateur).

³⁰ Artículos 1 y 5 de la LO.

fenómeno francés de mayoría parlamentaria, un veto parlamentario tiene muy pocas posibilidades de que se produzca. Sin sorpresa, el nombramiento de Dominique Baudis y, después de su fallecimiento en 2014, de Jacques Toubon, no encontraron ninguna oposición.

Este tipo de “presidencialización” del *Ombudsman* va más allá del simple nombramiento de la persona del *Défenseur*. Afecta también a los tres colegios que eran entidades propias de protección de derechos humanos como hemos dicho antes. Primero porque es el *Défenseur* —nombrado por el presidente de la República— quien preside directamente estos colegios. Luego, porque es el Primer Ministro francés quien nombra los vicepresidentes (“adjuntos”) de estos colegios después un simple dictamen del *Défenseur* y sin ningún voto parlamentario. El Parlamento es competente únicamente para elegir ciertos miembros (“asistentes”) de los colegios y comparte esta competencia con otros poderes constitucionales.³¹ Es más, según el artículo 71-1 apartado 5 de la Constitución francesa, “el Defensor de los derechos dará cuenta de su actividad al presidente de la República y al Parlamento”. Es decir que, en el texto constitucional, la obligación de dar cuenta al presidente (artículo 14 de la ley antigua sobre el *Médiateur*) aparece antes que la de dar cuenta al Parlamento, aunque esta última fuese una característica importante de la gran mayoría de los *Ombudsman* constitucionales de protección de los derechos humanos.

Aún más sorprendente, según el artículo 32 de la Ley Orgánica, el primer ministro francés puede pedir al *Défenseur* su opinión sobre cualquier proyecto de ley elaborado por el Poder Ejecutivo (párrafos 2 y 3); asimismo puede participar, siempre que el primer ministro lo requiera, a la elaboración y definición de la política francesa en materia de negociaciones internacionales (párrafo 4). Así pues, no sólo debe el *Défenseur* participar en el control parlamentario, sino que también participa a veces en la definición de la política del gobierno... El gobierno interfiere también a su vez en los poderes de investigación del *Ombudsman* francés: según el artículo 18 apartado 5 de la Ley Orgánica, el *Défenseur* debe pedir a de los ministros que den instrucciones y órdenes a los cuerpos de control para investigar.

³¹ Artículos 13-16 de la LO: presidente del Senado, presidente de l'Assemblée Nationale, vicepresidente del Conseil d'État, presidente del Consejo Económico, Social y Ambiental.

Así, tras la apariencia de un cambio impulsado por una reforma constitucional, el *Ombudsman* francés conserva sus características de *Executive Ombudsman*. Es más, su estructura nos parece aún más vertical que antes y tres entidades de protección de los derechos humanos están desde entonces sometidas a esta jerarquía.

2. La fusión de varias instituciones de protección de los derechos humanos: ¿un peligro?

El derecho comparado permite descubrir las realidades y tradiciones detrás de las palabras que circulan de un sistema jurídico a otro. Efectivamente, en Francia, la nueva competencia del *Ombudsman* como garantía de los derechos humanos parece totalmente improvisada.³² En la práctica, el ámbito amplio del *Défenseur* le permite resolver tantos temas de derechos sociales —que representan el 45% de los casos de mala administración de los servicios públicos—³³ (acceso a la educación para hijos de inmigrantes, refugiados o población itinerante, derecho a una vivienda salubre, etcétera) como de derechos fundamentales (dignidad de los inmigrantes o de personas con discapacidad, derecho de asilo,³⁴ etcétera).

Este nuevo ámbito no fue previsto en el proyecto de reforma constitucional que sólo evocaba los “errores, retrasos y mal funcionamiento de las administraciones”³⁵ en línea con la tradición francesa del *Médiateur*. En su exposición de motivos, el proyecto de reforma constitucional menciona la voluntad de reforzar el *soft law* y el principio de equidad.³⁶ Por falta de tiempo y por culpa de divergencias de opiniones entre sus miembros, el *Comité Balladur* de reforma de la Constitución no reflexionó sobre el sentido de esta nueva competencia y la expresión de “derechos y libertades” quedó entonces vacía.³⁷

³² Dumat, C., “Le défenseur des droits”, L.P.A., 23 de octubre de 2009, núm. 212, pp. 4-7.

³³ Défenseur des droits, Informe anual 2015, p. 61, disponible en: http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa2015_courtv2.pdf.

³⁴ Decisión MSP/2015-221: tercera intervención ante el TEDH, aff. A.J.C. France (mala administración que perjudica el derecho al asilo).

³⁵ Comité Balladur, misiva al presidente de la República para la reforma de la Constitución, p. 5.

³⁶ Proyecto de Ley, *cit.*, p. 8.

³⁷ Mathieu, B., “Le ‘comité Balladur’, ses travaux, son rapport. Vues intérieures”,

Más allá de esta falta de debate semántico, no queda claro el criterio que rige esta fusión: ¿por qué estas tres instituciones (Defensor de los Niños, Alta Autoridad de Lucha contra la Discriminación (HALDE), Comisión Nacional de Ética de las Fuerzas de Seguridad) y no otras? ¿Por qué el auditor general de privación de libertad no fue incorporado al *Défenseur in fine* en contra de lo previsto en las antiguas versiones de la Ley Orgánica?

El caso del *Ombudsman* francés pone de relieve el peligro que representa la fusión de varias instituciones de protección de derechos. En efecto, la Comisión Nacional Consultiva de los Derechos Humanos³⁸ y *Amnesty International* Francia³⁹ llamaron la atención del público sobre este peligro. Uno de los riesgos consiste en que el *Défenseur* enfoque su trabajo sobre un sector, dejando de lado otros que habrían podido mejor vigilados si los anteriores defensores habrían continuado ser independientes. Por ejemplo, el actual *Défenseur* Jacques Toubon decidió insistir sobre la lucha contra la discriminación ya que Francia presenta numerosos casos, especialmente en el mundo laboral.

De manera más sintomática, las diferentes instituciones en juego no tenían la misma opinión sobre esta fusión. El antiguo *Médiateur*⁴⁰ y la Alta Autoridad de Lucha contra la Discriminación eran favorables mientras que el Defensor de los Niños, que denunció la falta de diálogo y de consulta, era contrario.⁴¹ En cuanto a la Comisión Nacional de Ética de las Fuerzas de Seguridad, “deplora el hecho de nunca haber sido consultada en la fase de elaboración de la ley”.⁴² Estas divergencias ponen en duda la capacidad de actuar de manera eficaz, dudas expresadas por parte de la doctrina francesa.⁴³

R.F.D.C., 2008, p. 35; Verdussen, M., “Regards comparatistes sur le rapport du comité Balladur”, R.F.D.C., 2008, p. 229.

³⁸ http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/10.09.30_Avis_Defenseur_des_droits_PLO_Senat.pdf.

³⁹ http://www.amnesty.fr/var/amnesty/storage/fckeditor/File/sf10f25_01juin2010.pdf.

⁴⁰ Delevoe, J.-P., en Rapport Peyronnet au nom de la Commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2009, noviembre de 2008, p. 18. *A contra*: Badinter, R., Sénat, compte-rendu intégral des débats, 24 de junio de 2008.

⁴¹ http://www.infomie.net/IMG/pdf/Defenseuredesenfants_15.09.09-3.pdf.

⁴² Informe anual de 2009, p. 9, disponible en: http://www.cnds.fr/avis/RA_2009_complet.pdf; comunicado de prensa (consultado el 22 de septiembre de 2009).

⁴³ Wachsmann, P., *Libertés publiques*, 6a. ed, París, Dalloz, 2009, pp. 260-268 (según este autor, sólo deben fusionar el *Médiateur* y el Defensor de los Niños).

Como pone de relieve el informe Peyronnet,⁴⁴ el gran peligro reside en la dependencia de estas instituciones y concretamente en la de los vicepresidentes de los nuevos colegios con la autoridad superior del *Défenseur*, como se dispone en el artículo 11-II de la Ley Orgánica. Sólo la persona del *Défenseur* es competente para convocar los colegios, determinar sus órdenes del día y someter los nuevos asuntos. Incluso como lo precisó el *Conseil Constitutionnel* en su sentencia, el *Défenseur* no tiene que seguir las recomendaciones y las deliberaciones de los colegios (punto 12). El artículo 15 de la Ley orgánica dispone también que el adjunto tiene que abstenerse de votar si el *Défenseur* preside una reunión del colegio (párrafo 4) y que en caso de empate de votos, el voto del *Défenseur* es decisivo (párrafo 5).

Este contexto constitucional y legal nos permite cuestionar teóricamente la eficacia de esta nueva garantía de los derechos humanos. ¿Pero cuáles son los medios de actuación del *Ombudsman* francés en la práctica?

III. EL *DÉFENSEUR DES DROITS*: ¿UNA GARANTÍA EFICAZ DE LOS DERECHOS HUMANOS?

En 2015, el *Défenseur* recibió más de 75,000 quejas (8.5% más que en 2014) y pronunció unas 300 decisiones y 200 recomendaciones.⁴⁵ Esto significa una proporción de aproximadamente 150 quejas por miembro trabajando en esta institución. El crecimiento más significativo de quejas entre 2014 y 2015 se refiere a la ética de las fuerzas de seguridad (29.6% más) debido al contexto terrorista y al Estado de emergencia. Las quejas que consisten en casos de mala administración en los servicios públicos también han crecido en 16.8% entre 2014 (34.527) y 2015 (40.329) lo que muestra la relativa popularidad del *Défenseur*.

El incremento de las quejas y de la actividad del *Ombudsman* francés es un signo de la importancia que gana con el tiempo, pero puede plantear problemas si faltan recursos financieros (en 2015, el presupuesto era de

⁴⁴ Rapport Peyronnet, *cit.*, p. 21.

⁴⁵ Informe 2015, disponible en: http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa_2015_courtiv2.pdf.

27'436,842 M€) y humanos (250 colaboradores en la sede de París; 400 delegados territoriales).⁴⁶

Así, nos parece importante exponer brevemente los nuevos medios de actuación del *Ombudsman* francés y especificar sus nuevas relaciones con el Poder Judicial.

1. *El reforzamiento de los medios de actuación del Ombudsman francés*

El antiguo *Médiateur* tenía como principales poderes la recomendación en equidad y el sometimiento del asunto a una autoridad disciplinaria.⁴⁷

Estos medios siguen en el corazón de la actividad del *Ombudsman* francés. La acumulación de reclamaciones del mismo tipo permite al *Défenseur* formular grandes orientaciones. Por ejemplo, tomó una clara posición en contra de las medidas que siguieron a la declaración del estado de emergencia inspirándose en las reclamaciones que recibió entre el 26 de noviembre y el 31 de diciembre de 2015 (42 en total) principalmente sobre detenciones (18) y arrestos domiciliarios (11).

El *Défenseur* llama también la atención del público a través del medio clásico de informes especiales. Por ejemplo, publicó en mayo de 2016 un informe sobre los derechos fundamentales de los extranjeros y de los refugiados en Francia,⁴⁸ después de haber publicado en octubre de 2015 otro informe enfocado sobre las situaciones de los exiliados y refugiados en Calais con recomendaciones precisas.⁴⁹ En 2016, el *Défenseur* llamó también la atención de la opinión pública sobre los riesgos para los derechos y libertades del estado de emergencia a través de diversos comunicados de prensa.⁵⁰ Estos informes han tenido bastante éxito en el mundo mediático,⁵¹ lo que solía ocurrir muy poco antes de la reforma.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Artículos 9 y 10 de la ley antigua; nuevos artículos 25 al 29 de la LO.

⁴⁸ <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/droits-etran-gers-synthese.pdf>.

⁴⁹ http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/synthese_reco.pdf.

⁵⁰ http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/cp-ddd-etat_urgence-perquisition_administrative.pdf.

⁵¹ "L'État d'urgence: le Défenseur des droits invite à retrouver de la raison", 26 de febrero de 2016, disponible en: http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/02/26/etat-d-urgence-le-defenseur-des-droits-invite-a-retrouver-de-la-raison_4872584_3224.html;

Fueron también expuestos los casos de discriminación y de racismo como los cuatro casos de denegación de acceso a espacios públicos —colegio, sala de cine, etcétera— “justificada” por llevar un velo islámico, los dos casos de despido “justificado” por llevar barba o un registro de vehículo violando el derecho a la vida privada. En concreto, estas quejas permiten informar al Parlamento para que éste ejerza su control del Ejecutivo durante el estado de emergencia. Así pues, el *Ombudsman* forma parte del trabajo legislativo y los ejemplos de proposiciones de reformas parecen más numerosos que antes. En 2015, de sus 100 proposiciones, 31 recibieron una respuesta positiva de parte del Parlamento. Fue el caso por ejemplo de la Ley sobre los Servicios de Inteligencia de 2015⁵² o de las críticas del *Ombudsman* en cuanto a las disposiciones de la nueva Ley de 2015 sobre el derecho de asilo.⁵³ El *Défenseur* participa también activamente en el proyecto de modernización de las vías de recursos judiciales, y milita especialmente por la creación de recursos colectivos en casos de discriminación.⁵⁴

Además de eso, la Ley de 2011 añade nuevos medios para reforzar la eficacia del *Défenseur*: el poder de requerimiento y, en caso de fracaso, la publicación de un informe especial (artículo 25 ap. 5); la facultad de acuerdo amistoso (artículo 26) ; de transacción que puede ser acompañada —si el caso no es sometido al juez— de una multa de 3,000 a 15,000 euros en caso de discriminación sancionada por el Código Penal y/o el Código Laboral; y el poder de anuncio y de comunicado públicos para señalar una mala administración (artículo 28).

Por otra parte, la reforma reforzó los poderes coercitivos del *Défenseur* que ostenta ahora poderes de sanción en caso de que la administración

France Inter, “L’État d’urgence inquiète toujours le Défenseur des droits”, 26 de febrero de 2016, disponible en: <https://www.franceinter.fr/societe/l-etat-d-urgence-inquiete-toujours-le-defenseur-des-droits>; Médiapart, “La charge du Défenseur des droits contre l’État d’urgence”, disponible en: <https://www.mediapart.fr/journal/france/260216/la-charge-du-defenseur-des-droits-contre-letat-durgence?onglet=full>.

⁵² Ley 2015-912, del 24 de julio de 2015; dictámenes 15-04, del 2 de abril de 2015, y 15-09, del 29 de abril de 2015.

⁵³ En cuanto a la obligación de tener una residencia en Francia para pedir el asilo. Según la Ley, una asociación de protección del derecho de asilo podía ayudar a tener esta residencia (dirección en Francia), pero tenía que ser previamente agregada por las prefecturas, lo que fue suprimido después del dictamen del *Défenseur*: Ley del 29 de julio de 2015; dictamen 15-05, del 10. de abril de 2015.

⁵⁴ Dictamen 15-13, del 28 de octubre de 2015.

—y las entidades privadas para los casos de discriminación en el trabajo— no colaboren con él. El artículo 12 de la Ley Orgánica prevé un año de cárcel y una multa de 15,000 euros si el interesado no responde a los requerimientos del *Défenseur* o si no comunica informaciones o pruebas documentales útiles para su investigación.

Así pues, la reforma constitucional impulsó un reforzamiento de los medios del *Ombudsman* francés. En la práctica, falta todavía tiempo para analizar la eficacia de estos nuevos medios ya que el *Défenseur* no parece usarlos de manera significativa, priorizando los instrumentos clásicos de recomendaciones individuales y/o generales y de dictamen dirigidos al Parlamento. El impacto concreto de este trabajo sobre la protección de los derechos humanos es muy relativo a pesar de una presencia más importante de la prensa y de los medios en general que divulgan más que antes las actividades y opiniones del *Ombudsman* francés. Por otra parte, y aunque el *Ombudsman* siempre ha sido visto como una alternativa al juez, se nota un acercamiento de ambas instituciones que quizás mejoren la eficacia de la protección de los derechos humanos.

2. El acercamiento con el Poder Judicial

Siendo un modo alternativo de solución de conflictos, el funcionamiento del *Ombudsman* es a menudo comparado al del juez. De manera significativa, aunque esta ubicación no fue tan justificada en su momento,⁵⁵ en la Constitución mexicana, el artículo 102b dedicado al *Ombudsman* (CNDH) forma parte del capítulo IV sobre el Poder Judicial.

La Ley de 2011 abre por primera vez la posibilidad para el *Défenseur* de someter un caso a los tribunales ordinarios (tribunales judiciales y administrativos). Esta novedad en el paisaje francés parece lógica ya que desde su origen, el *Ombudsman* sueco podía denunciar la falta grave de un

⁵⁵ Se ubica en ese artículo “por tratarse de instituciones cuasi jurisdiccionales con funciones afines a las judiciales”: Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 11. Sin embargo, esta ubicación es considerada como “deficiente” (*ibidem*, p. 17) por lo que el anteproyecto propone añadir un nuevo capítulo 2 al título primero de la Constitución mexicana intitulado “De los organismos protectores, garantes y promotores de derechos humanos”, del cual la Comisión Nacional de los Derechos Humanos haría parte (artículo 25 del anteproyecto y artículo 9 del anteproyecto de Ley de Desarrollo Constitucional).

funcionario público frente a los tribunales de justicia.⁵⁶ Ahora bien, según el artículo 21 de la Ley de 2011, el *Défenseur* podrá someter un caso a un procedimiento de medidas judiciales urgentes si la administración no da cumplimiento al escrito de requerimiento de obedecer a sus recomendaciones salvo si se refiere al caso de un ministro que fue solicitado por el *Ombudsman* para ordenar a los cuerpos de control de la investigación sobre un tema, lo que ilustra de nuevo la vinculación del *Défenseur* con el Poder Ejecutivo. También podrá el *Ombudsman* francés consultar el *Conseil d'Etat* o sea, el Tribunal Administrativo Supremo, para obtener su opinión sobre la buena interpretación o el buen sentido de una ley o de un reglamento.

El *Défenseur* puede también expresar observaciones en el curso de un juicio. Por ejemplo, en 2015, y en el contexto de Estado de emergencia, recibió muchas denuncias de control de identidad discriminatorio, por lo cual emitió observaciones frente al Tribunal de Apelación de París⁵⁷ en línea con su informe especial de 2012 sobre las relaciones entre ciudadanos y fuerzas de seguridad.⁵⁸ En su sentencia, la Corte, teniendo en cuenta las observaciones del *Défenseur*, aceptó por primera vez cinco quejas pero rechazó ocho.⁵⁹ Así, el impacto real del *Défenseur* es relativo ya que el contexto mismo de tensión en Francia y de presión de una parte importante de la ciudadanía puede también explicar esta nueva jurisprudencia.

Fue también interesante —y lamentablemente abandonada— la propuesta que introdujo el Congreso de los Diputados (*Assemblée Nationale*) en su primera lectura del texto de la Ley Orgánica: la posibilidad para el *Défenseur* de someter un recurso colectivo al Tribunal Administrativo. Según este proyecto, en caso de incumplimiento de la sentencia reconociendo derechos a un grupo de personas, el juez de la ejecución de penas podría pronunciar una orden judicial y una multa coercitiva.⁶⁰

Este acercamiento de la esfera judicial con la del *Ombudsman* no implica una confusión de ambas. La petición del *Ombudsman* no interrumpe ni

⁵⁶ Capítulo 12, artículos 6o. y 8o. de la *Regeringsformen* del 1o. de enero de 1975; artículo 11 del *Riksdagsordningen* (acto del Parlamento).

⁵⁷ MSP-MDS-MLD/2015-021, del 3 de diciembre de 2015.

⁵⁸ http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_r_20140515_police_citoyen_controle_identite.pdf.

⁵⁹ CA de París, del 24 de junio de 2015 ; *Défenseur des droits*, Informe 2015, *ibidem*, p. 26.

⁶⁰ Artículo 24 bis del proyecto de LO (primera lectura, *Assemblée nationale*).

suspende el plazo de los procedimientos civil, administrativo y penal (artículo 60., ap. 3) salvo en caso de transacción.⁶¹ Como precisó el Tribunal Constitucional francés, cada órgano jurisdiccional conserva su independencia con la que no puede interferir el legislador, el gobierno o cualquier autoridad administrativa (punto 16). Así pues, como dispone el artículo 65 de la Constitución francesa, en cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los magistrados del orden judicial, la posibilidad para el *Défenseur* de someter un asunto a la autoridad disciplinaria (artículo 29, ap. 4 de la Ley) se limita a señalar simplemente al ministro de Justicia el mal comportamiento o las faltas de un magistrado. Estos malos comportamientos deben ser descubiertos durante la investigación del *Ombudsman* que en ningún caso resolverá las quejas de los justiciables contra un magistrado, lo cual es competencia del Consejo Superior de la Magistratura.

De nuevo, el *Ombudsman* francés parece menos aislado que antes y la reforma constitucional impulsó una especie de “judicialización” de esta institución mientras que el *Médiateur* estaba casi siempre limitado a la idea de equidad y a la modalidad alternativa de solución de conflictos.

No obstante, y a diferencia de sus homólogos constitucionales, el *Ombudsman* francés no puede someter un caso al Tribunal Constitucional. No puede interponer ni un recurso de inconstitucionalidad ni un recurso de amparo a diferencia de lo que disponen los artículos 162 y 53-2 de la Constitución española y el artículo 105IIg) de la Constitución mexicana. Esta diferencia no se justifica por un contexto “franco-francés” ya que la reforma de 2008 tiene justamente como objetivo reforzar el poder del Parlamento y la protección de los derechos y libertades tras una reforma del *Conseil Constitutionnel* introduciendo un recurso *a posteriori* de tipo amparo. A la luz del funcionamiento de otros *Ombudsman*, habría sido interesante abrir este recurso al *Défenseur* y de este modo podemos lamentar la falta de ambición de los autores de la reforma constitucional.⁶²

⁶¹ Artículo 28-IV-al2 de la LO. En caso de fracaso de la transacción, el *Défenseur des Droits* puede iniciar una acción pública por vía de citación directa.

⁶² Teitgen-Colly, C., “Le défenseur des droits: un OVNI dans le ciel constitutionnel”, *L.P.A.*, núm. 254, 19 de diciembre de 2008, pp. 125-130.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA ATRACCIÓN DEL DERECHO COMPARADO Y EL RIESGO DE SU USO SUPERFICIAL

La reforma constitucional del *Ombudsman* francés nos lleva a cuestiones comunes a las diferentes mesas del XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: ¿cómo usar el derecho comparado para reformar una Constitución? ¿Cómo reformarla inspirándose en otros modelos sin traicionar la realidad profunda de un sistema jurídico? ¿Cómo evitar una utilización superficial de los modelos extranjeros que se reduce a una pura homonimia formal del tipo “*Défenseur des droits*/Defensor del Pueblo”?

Como hemos tratado de demostrar, la reforma constitucional francesa de 2008 no cambió profundamente el espíritu del *Ombudsman* francés; y eso no es nada “sorprendente” o “ilógico” sabiendo que normalmente sólo se constitucionaliza lo que forma parte de la identidad estable y profunda de un sistema jurídico. Sin embargo, lo que sí nos parece peligroso y criticable es pretender⁶³ innovar o importar un modelo extranjero. Nos parece superficial pretender que esta es una imitación del modelo español o de otros *Ombudsman* constitucionalizados ya que éstos son en su gran mayoría parlamentarios y centrados, en su tradición y espíritu, en la categoría de derechos y libertades fundamentales, que tiene un contenido mucho más delimitado, preciso y sustancial. En otras palabras, a pesar de su nueva existencia en la Constitución francesa, el *Ombudsman* —pese a llamarse ahora *Défenseur des droits*— sigue siendo un *Executive Ombudsman* y su nueva competencia de protección de los derechos humanos no ha implicado un cambio sustancial en su trabajo. Falta todavía tiempo para analizar sus evoluciones y sólo el futuro nos mostrará si realmente el *Ombudsman* francés juega un papel decisivo en materia de garantía y protección de derechos humanos, como es el caso en ciertos países de América Latina.

Más allá del sistema jurídico francés en sí, el caso del *Défenseur des Droits* ilustra una función del derecho comparado que nos parece importante poner de relieve: la elaboración de modelos y de conceptos jurídicos a partir de la observación de diferentes sistemas, reglas o instituciones. Esta función teórica permite no limitarse a un falso dilema entre valorar

⁶³ Fue el caso del Informe anual del *Médiateur de la République*, 2007, p. 76 ; Gély, D., “Le Défenseur du peuple espagnol en modèle”, *A.J.D.A.*, 28 de julio de 2008, pp. 1481 y 1482.

los puntos comunes o las diferencias entre sistemas.⁶⁴ En este sentido, el *Ombudsman* francés no nos parece que se corresponda con ninguno de los modelos conocidos y quizás nos permite reflexionar sobre el sentido o la existencia de un modelo híbrido. Su singularidad —especialmente la fusión de varias instituciones de protección de derechos humanos y su nombramiento por el presidente de la República— no es criticable en sí, ya que el derecho comparado no tiene como objetivo la importación o imitación de un modelo extranjero y tampoco tiene una fuerza normativa. Sólo un uso científico del derecho comparado permitirá discutir de manera pertinente las oportunidades de reformas constitucionales y de reforzamientos reales de protección de los derechos humanos.

C

⁶⁴ Ponthoreau, M. C., “Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique”, *R.I.D.C.*, núm. 1, enero-marzo de 2005, p. 17.