

REVUE DES CIVILISATIONS
ANGLOPHONE, IBÉRIQUE
ET IBÉRO-AMÉRICAINES

REVUE MIROIRS

NUMÉRO 3 - 2016

Médiateurs & Défenseurs des Droits en France et dans les Mondes Hispanique et Anglophone

Département des Langues et Civilisations (D.L.C.)
Université Toulouse 1 - Capitole

Sommaire

INTRODUCTION

Michel MARTÍNEZ et Gabrielle CROGUENNEC-MASSOL,
Université Toulouse 1 Capitole 3

«El Justicia de Aragón, garante de derechos y libertades»
Fernando GARCÍA VICENTE, *Justicia de Aragón* 8

Fonction royale – fonction de Médiateur : Analogies et perspectives
Adrien BLAZY, Université Toulouse 1 Capitole 32

Justice and the defence of rights in England and Wales : the case of Equity
Anne-Marie O'CONNELL, Université Toulouse 1 Capitole 50

Du Médiateur de la République au Défenseur des droits
Hélène SIMONIAN-GINESTE, Université Toulouse 1 Capitole 66

El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas
urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional
de Salud: valoraciones y críticas
Carmen SALCEDO BELTRÁN, Universitat de València 86

El Ombudsman latinoamericano a través del prisma de los
Principios de París
Esteban VARGAS MAZAS, Université Toulouse 1 Capitole 110

Introduction

Médiateurs et Défenseurs des droits en France et dans les mondes hispanique et anglophone

Michel MARTÍNEZ et Gabrielle CROGUENNEC-MASSOL

Ce troisième numéro de la revue plurilingue *Miroirs*, la revue en ligne du Département des Langues et Civilisations (DLC) de l'Université Toulouse 1-Capitole, est le fruit de la Journée d'Etude intitulée « **Médiateurs et Défenseurs des droits en France et dans les mondes hispanique et anglophone** ». Cette Journée, organisée le 8 novembre 2014 par le DLC et l'Institut Maurice Hauriou (IMH) de l'Université Toulouse 1 Capitole, avait pour ambition de comparer les figures inspirées de l'Ombudsman à travers les siècles, en France, mais aussi dans les aires culturelles et linguistiques représentées au DLC.

Au XVIII^e siècle, la médiation judiciaire pénètre le domaine des institutions publiques sous la forme de l'Ombudsman. Cette nouvelle institution se répand en Europe, puis dans le monde. En Espagne, la Constitution du 6 décembre 1978 crée le Défenseur du peuple. En France, la loi du 3 janvier 1973 crée le médiateur qui prendra le nom de Médiateur de la République en 1989, auquel succède le Défenseur des droits en 2003 à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet. Ces deux modèles ont chacun leur problématique. L'expérience espagnole a-t-elle inspiré les Défenseurs du peuple des pays hispanophones ? Comment le Défenseur du peuple au plan national est-il reproduit au plan local dans les différentes Communautés autonomes ? Comment certaines de ces Communautés autonomes ont-elles remis au goût du jour des institutions médiévales ? Le Défenseur des droits représente-t-il une réelle avancée par rapport au Médiateur de la République ? Que conserve-t-il de ce précédent ? Comment son action se diffuse-t-elle sur tout le territoire ? Quel bilan tirer de son action au travers de ses grandes décisions ? Et qu'en est-il dans d'autres aires géographiques telles que la Grande-Bretagne ou l'Amérique latine ? Telles étaient les interrogations de départ de notre Journée d'Etude.

Elle fut inaugurée par le Consul Général d'Espagne à Toulouse, M. Dámaso DE LARIO, qui vint accueillir le *Justicia de Aragón*, M. Fernando GARCÍA VICENTE, autrement dit le Défenseur des droits de l'Aragon –territoire autonome du nord-est de l'Espagne et frontalier de la région Midi-Pyrénées– lequel nous fit l'honneur d'accepter notre invitation et de prononcer la conférence inaugurale.

Lors de son allocution en langue espagnole, retranscrite pour ce numéro, le 69^{ème} Défenseur des droits des citoyens aragonais a retracé l'histoire de l'institution

qu'il incarne depuis 1998. Le *Justiciazgo de Aragón* fut une institution médiévale du Royaume d'Aragon qui apparut dès le début du XIII^{ème} siècle. Appelé explicitement *Justicia*, le noble qui l'incarnait avait pour mission d'arbitrer les conflits entre le roi d'Aragon et la noblesse. Le 20 décembre 1591, l'institution se retrouva au centre de l'Histoire de l'Aragon et de l'Espagne puisque Juan de Lanuza, fraîchement désigné *Justicia de Aragón*, fut décapité par les hommes du roi Philippe II sur le sol aragonais. Le *Justicia* d'Aragon venait en effet d'accorder le « droit d'asile » à son compatriote Antonio Pérez, secrétaire particulier (*valido*) du roi Philippe II, poursuivi dans le Royaume de Castille pour haute trahison et corruption. Avec la restauration de la démocratie en Espagne et l'adoption de la Constitution espagnole de 1978, la figure du Défenseur du peuple est créée pour l'ensemble du Royaume en cas de conflits entre les citoyens espagnols et l'administration centrale de l'État. Du fait de la décentralisation politique et administrative inhérente à la nouvelle *Carta Magna*, la Constitution prévoit aussi la création de défenseurs des droits « régionaux » dans les différentes « Communautés autonomes » afin de protéger les droits des citoyens espagnols éventuellement lésés par leur nouvelle –et puissante– administration régionale. En Aragon, les dirigeants régionaux décident d'adapter à l'époque contemporaine l'institution médiévale du *Justiciazgo de Aragón*, faisant ainsi le lien historique entre le vieux royaume « indépendant » puis « confédéré » à la Castille et l'autonomie politique de l'Aragon, longtemps revendiquée et enfin obtenue après la longue dictature franquiste.

Après le prélude du *Justicia de Aragón*, le premier article nous propose une comparaison historique entre deux figures analogues dans l'histoire de France. Dans son article intitulé « Fonction royale – fonction du médiateur : analogies et perspectives », Adrien Blazy, docteur en Droit (Centre Toulousain d'Histoire du Droit et des Idées Politique) d'UT1-Capitole, compare la fonction royale et la fonction de Médiateur de la République –créée en France en 1973 et désormais intégrée à celle de Défenseur des Droits– pour mettre en évidence la continuation de certains modes de gouvernement définis dès le Moyen Âge. En définitive, l'auteur souhaite observer ce que la fonction du Défenseur des droits doit à la fonction royale, telle que celle-ci s'est construite au Moyen Âge et a évolué jusqu'à la révolution de 1789, notamment autour de la cohésion « nationale », aussi chère à la Monarchie que, plus tard, à la République.

Ensuite, Anne-Marie O'Connell, MCF d'anglais au DLC (Laboratoire inter-universitaire de recherche en didactique des langues, LAIRDIL), HDR, propose un article intitulé : « Justice and the defence of rights in England and Wales : the case of *Equity* ». Nous changeons donc de territoire et de langue mais nous restons dans une perspective de comparaison historique. Comme l'affirme l'auteure : « Alors que le système connu sous le nom de *Common Law* se développait, un phénomène de fossilisation de la procédure d'accès aux tribunaux limita le recours à la justice pour

les sujets du royaume ainsi que le pouvoir des juges (1258 *Provisions of Oxford*). Le Roi, « Fontaine de justice » et dernier recours des pétitionnaires, délégua son pouvoir de rendre la justice à son *Lord Chancellor*, son Secrétaire d'État et ecclésiastique à l'origine, qui remédia à ces nombreux dénis de justice en créant un système destiné à corriger les défauts de la loi sans s'y substituer : l'*Equity*. Système inspiré du droit canon, l'*Equity* juge en fonction de ce qui est moralement acceptable, et introduit en droit anglais de nouveaux droits, de nouvelles procédures et de nouveaux remèdes ». Dans son article, Anne-Marie O'Connell analyse donc comment l'*Equity*, au moment où elle se constitue, peut représenter un embryon de justice réparatrice, et le *Lord Chancellor* un prototype lointain du défenseur des droits, et comment, d'autre part cette approche particulière du droit demeure fermement ancrée dans le système judiciaire anglais.

Hélène Simonian, MCF en droit, HDR, de l'Institut Maurice Hauriou d'UT1-Capitole, revient en France et à une époque plus contemporaine puisqu'elle nous propose de réfléchir et d'établir un bilan du passage du Médiateur de la République (1973) au Défenseur des droits (2011). En effet, « le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, présidé par Edouard Balladur, proposa en 2008 au gouvernement la création d'un Défenseur des droits fondamentaux en lieu et place du Médiateur de la République, créé en 1973. Pouvant saisir le Conseil constitutionnel, absorbant les autorités administratives indépendantes œuvrant déjà dans la défense des droits, directement accessible aux victimes de violations de leurs droits, la nouvelle institution devait marquer une vraie rupture. Or, de cette proposition ambitieuse à son aboutissement final en 2011 que de reculs, de critiques, de modifications ! Et que de lenteur pour un résultat accueilli avec scepticisme par la doctrine regrettant une réforme en demi-teinte ».

Toujours plus près de nous dans le temps, mais en Espagne cette fois-ci, Carmen Salcedo, professeure titulaire de droit (équivalent MCF) à l'Universitat de València et membre du Réseau académique sur la Charte sociale européenne et les droits sociaux, propose, en espagnol, l'article suivant : « Le défenseur des droits espagnol face au Décret-Loi Royal (*Real Decreto Ley*) du 16/2012 sur les mesures urgentes garantissant la viabilité de la caisse d'assurance maladie : avis et critiques ». L'adoption dudit Décret-Loi Royal, un an après l'élection de M. Mariano Rajoy à la tête du gouvernement espagnol, suscita une vive polémique en Espagne et à l'étranger. Il signifiait, en effet, la non prise en charge par le système national de santé publique des étrangers résidant en Espagne en situation irrégulière (hors urgences et accouchements). De nombreuses associations et ONG spécialisées dans l'aide aux sans-papiers demandèrent alors à la Défenseure des droits espagnole, Soledad Becerral Bustamante, première femme Ministre dans le gouvernement d'Adolfo Suárez pendant la transition, de se saisir de ce dossier. La Défenseure ne donna pas suite, ce qui provoqua un tollé auprès de ces ONG et associations espagnoles. En

outre, l'Espagne fut condamnée pour non-respect des Traités internationaux par le Comité Européen des Droits sociaux (article 11 de la Charte Sociale Européenne). Quant à la figure du Défenseur des droits espagnol, elle fut considérablement contestée et égratignée.

Après l'Espagne, notre numéro se referme sur l'Amérique hispanique avec un article d'Esteban Vargas Mazas, ATER et doctorant en droit à UT1-Capitole. Dans son article intitulé « El Ombudsman latinoamericano a través del prisma de los Principios de París », Esteban Vargas Mazas propose de passer en revue et de comparer les différentes origines et les traditions des figures héritières de l'Ombudsman dans les pays hispanophones d'Amérique.

Nous souhaitons profiter de cet espace pour remercier toutes les personnes ayant participé à l'organisation de la Journée d'Etude du 8 novembre 2014 (IMH, DLC, Faculté de droit et l'université Toulouse 1 Capitole dans son ensemble). Nous souhaitons également remercier très sincèrement les personnes venues apporter en clôture de journée leur témoignage direct en tant que délégués du Défenseur des droits : Catherine Vidal-Rajchenbach (lutte contre les discriminations), Jean-Michel Murcia et Bernard Galaup (médiation avec les services publics), Colette Gayraud (droits de l'enfant) et Françoise Housty (médiation judiciaire). Merci à toutes et à tous.

Michel Martínez et Gabrielle Croguennec-Massol

El Justicia de Aragón, Garante de Derechos y Libertades

Fernando García Vicente
Justicia de Aragón

I. INTRODUCCIÓN

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, en la que se recoge como una garantía de los ciudadanos frente al poder de la Administración, la figura del Defensor del Pueblo, fueron varios los Estatutos de Autonomía que recogieron instituciones similares en el ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas: el Ararteko en el País Vasco, el Síndic de Greuges en Cataluña o, por ejemplo, el Valedor do Pobo en Galicia. Todas estas figuras autonómicas y el propio Defensor del Pueblo estatal tienen en común con el Justicia de Aragón su misión de velar por el correcto funcionamiento de la Administración cuidando de que esta no vulnere en su actuación los derechos y libertades de los ciudadanos.

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial y, en particular, desde la década de los sesenta, se vivió en todo el mundo un florecimiento de ombudsman. La explicación se encuentra en la creciente implantación de un modelo de Estado que se presenta como estado provisor dispuesto a participar activamente en la vida cotidiana de sus ciudadanos proporcionando prestaciones y servicios desconocidos en el Estado protector, según el modelo liberal ilustrado y decimonónico. Esta presencia estatal en diferentes ámbitos de la sociedad provoca un incremento de la actividad administrativa con la lógica consecuencia de incrementarse en la misma medida los posibles desajustes en la relación con los ciudadanos administrados.

Desde otra perspectiva, los tradicionales mecanismos de control de la actividad de la Administración bien sea control interno por la vía del recurso administrativo bien sea control jurisdiccional o incluso control político a través de las asambleas parlamentarias, pueden resultar desmesurados o insuficientes. La lentitud de la respuesta jurisdiccional y su coste económico que puede resultar desproporcionado en relación con la pretensión que el ciudadano mantiene frente a la Administración, hacen que el administrado en muchas ocasiones renuncie a ese mecanismo de control.

En este marco, los defensores del pueblo, próximos al ciudadano y a la Administración supervisada, están llamados a cubrir esa parcela de control de la actividad administrativa que no puede ser atendido con eficacia por otros instrumentos de poder.

Sin embargo, el Justicia de Aragón es una institución peculiar. Mientras el Defensor del Pueblo estatal y los defensores autonómicos son comisionados de los respectivos Parlamentos, el Estatuto de Autonomía de Aragón configura al Justicia como una institución básica de la Comunidad Autónoma, al mismo nivel que el Presidente, la Diputación y las Cortes de Aragón, ocupando en el protocolo el tercer lugar tras el Presidente de la Comunidad y el Presidente de las Cortes de Aragón. Este papel institucional, que no tiene parangón en otras comunidades autónomas, se explica por la extraordinaria importancia que el Justicia de Aragón ha tenido en la historia de nuestro pueblo, hasta el punto de convertirse en una de nuestras principales señas de identidad. En el Proyecto de Estatuto de Autonomía de los Notables de 1935 el Justicia –al que se atribuían funciones jurisdiccionales para resolver los recursos de casación en materia de Derecho foral– era la primera autoridad de Aragón, lugar prevalente que sólo cedía cuando estuviera presente el Presidente de la República.

Como señala el profesor BAR CENDÓN¹, no es sólo la extensión o la relevancia formal de su tratamiento en el Estatuto de Autonomía lo que distingue al Justicia de Aragón, sino, principalmente, el contenido material de sus funciones. El Justicia de Aragón, a diferencia de los demás Comisionados parlamentarios, no sólo tiene encomendada la protección y defensa de los derechos fundamentales sino que asume también el significativo papel de defensor del Estatuto de Autonomía y tutor del Ordenamiento Jurídico aragonés.

El Justicia de Aragón, además de institución peculiar, es un elemento característico del Estatuto de Autonomía, es una institución emblemática con la que el legislador estatutario quiso distinguir la organización jurídico-política aragonesa, buscando a través de ella un enraizamiento con los precedentes jurídico-políticos del viejo reino de Aragón. Baste recordar en este punto que en todos los documentos políticos que precedieron al Estatuto de Autonomía y en todas las fases de la tramitación formal del proyecto, figuraba el Justicia como un elemento fundamental a recoger en el futuro Estatuto, sin que la discusión se dirigiera jamás a poner en duda su existencia sino sólo su contenido competencial.

Por todo ello, para entender el significado actual de la Institución del Justicia de Aragón se hace imprescindible que nos detengamos unos minutos en el estudio de su origen y evolución histórica en el viejo Reino de Aragón.

¹ Antonio BAR CENDÓN, *El Justicia de Aragón en el Estatuto de Autonomía de 1982*, en Derecho Público Aragonés, El Justicia de Aragón e Ibercaja, Zaragoza, 1990

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Siguiendo a los profesores Bonet, Sarasa y Redondo ², en 1435, el Justicia de Aragón Juan Ximénez Cerdán escribía una «carta intimada» a quien sería su sucesor en el cargo, Martín Díez de Aux, en la que le manifestaba que «*es opinión de algunos que antes eligieron los aragoneses al Justicia que al Rey*». Aunque tal afirmación responda más al mito que a la realidad, lo cierto es que la Institución del Justicia es genuinamente aragonesa, sin parangón alguno en sus orígenes, debiendo acudir al constitucionalismo contemporáneo para encontrar figuras que presenten características semejantes. En palabras del padre Murillo en 1614 «*Entre las cosas que más ennoblecen a Zaragoza y aun a toda la nación aragonesa es una singularísima el asistir a ella la Corte y consistorio del Justicia de Aragón, magistrado tan propio de este Reyno, que assi como se instituyó sin exemplo, assi también, es único entre todas las naciones del mundo*».

Sin entrar en consideraciones, más o menos fundadas, sobre el origen histórico del Justicia, será en el siglo XIII cuando se comience a documentar con certeza y continuidad la presencia de la figura institucional del Justicia. Así la primera noticia que poseemos al respecto hace referencia a un Justicia que interviene en el consejo de Jaime I del mes de junio de 1221 para dirimir el pleito sostenido entre la orden del Temple y los vecinos de Zaragoza. Durante los primeros años del reinado de Jaime I encontramos al citado Justicia y a sus descendientes como testigos de diferentes documentos con intervención del rey lo que nos invita a pensar en la configuración de un cargo que, con carácter hereditario, formaría parte, junto con algunos nobles y eclesiásticos, del grupo de asesores regios y testigos de relevantes actos legislativos.

Será en las Cortes de Ejea de 1265 cuando se le atribuyan funciones jurisdiccionales al aceptar el monarca que el Justicia de Aragón por él elegido juzgue, con el consejo de los ricoshombres y caballeros de la corte, las diferencias legales surgidas entre el rey y los nobles y entre los propios nobles. Con esta resolución, Jaime I sustraía a los ricoshombres la capacidad de juzgar en sus propios pleitos al sentar como cierto que era el rey y sus Justicias quienes juzgaban.

El Privilegio General de Aragón de 1283 viene a confirmar el carácter del Justicia de Aragón como juez mediador entre el rey y los nobles y entre los propios nobles, extendiendo sus atribuciones a las correspondientes a un juez de contrafuero y responsable de dirimir las diferencias suscitadas entre la monarquía y sus súbditos. Por otra parte, se le confiere un papel protagonista en las asambleas de Cortes y se constituye en el garante del ordenamiento foral, siendo esta, quizás, la facultad que le haya otorgado mayor credibilidad y autoridad.

² Angel BONET NAVARRO, Esteban SARASA SANCHEZ y Guillermo REDONDO VEINTEMILLAS, *El Justicia de Aragón: Historia y Derecho*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985

El protagonismo del Justicia de Aragón aumentará durante el siglo XIV y así la magistratura del Justicia aparece claramente como la interpretadora del ordenamiento foral del Reino ante las consultas de los oficiales reales y de los demás administradores de justicia. La presencia del Justicia en las Cortes durante este período cobrará especial trascendencia como representante del reino en las asambleas parlamentarias y, al actuar como presidente de las mismas en ausencia del monarca. Ante el Justicia mayor del reino, que encarnaba la figura del pueblo aragonés, deberá jurar el rey la observancia de los Fueros del reino y su cumplimiento y el de sus oficiales. Este acto solemne, que se prolongará hasta el siglo XVII, se efectuaba en la ceremonia de coronación de los reyes que tenía como escenario la Catedral de la Seo de Zaragoza.

En definitiva, dejando aparte su misión meramente protocolaria, que de por sí era ya notable, el magistrado de Aragón llegó a asumir el papel de eslabón entre la autoridad superior del rey y los aragoneses, interviniendo en ocasiones como portavoz de inquietudes y reclamaciones así como de resoluciones en las que no tenía por qué mezclarse ni pronunciarse necesariamente.

En el período de interregno que se abrió tras la muerte del rey Martín el Humano hasta la designación del candidato castellano, el infante trastámara don Fernando, en el célebre Compromiso de Caspe, entre los años 1410 a 1412, la figura del Justicia de Aragón, encarnado en Juan Ximénez Cerdán, adquirió un protagonismo especial ligado al papel extraordinariamente activo en las conversaciones del interregno y en el propio Compromiso lo que permitió la consolidación de la institución en la estructura político-social del reino.

Durante los reinados de los tres primeros monarcas Trastámara (Fernando I, Alfonso V y Juan II) se fortalece el papel político del Justicia y se normaliza definitivamente su carácter de institución fundamental del Reino. Es en esta época cuando se consolida la condición de caballero natural de Aragón para acceder al cargo, cargo que figura ya como vitalicio por concesión real sin posibilidad de renuncia o destitución (Cortes de Zaragoza de 1442); tan sólo el rey y la corte podrán encausar al Justicia y a sus colaboradores (Cortes de Alcañiz de 1436); desde las Cortes de Teruel de 1448, los presos «manifestados» podrán conducirse directamente al Justicia, quien los retendrá bajo su custodia en la cárcel de los manifestados, en la que ni el rey ni sus oficiales tendrán acceso, como determinan las Cortes de Zaragoza de 1461.

A la mayoría de edad alcanzada por la institución durante el siglo XV contribuyó, sin duda, la presencia de una monarquía de origen extranjero, como era la de la casa de Trastámara, que acrecentó el sentimiento de defensa foral y el aragonesismo, que se personalizaron en la figura del Justicia, como símbolo perenne de la personalidad

del viejo reino, un reino que se vio mezclado, a lo largo del siglo, en las controversias de la política regia encaminada a sostener sus intereses fuera del territorio aragonés y ausente de las dificultades que aquejaban al mismo.

La Institución continuó en la plenitud de sus atribuciones hasta las Cortes de Tarazona de 1592 a las que se desemboca tras los trágicos sucesos conocidos como las Alteraciones de Aragón de 1591. En un reino instalado en el caos y gravemente desbarrado por toda suerte de querellas civiles -antiseñoriales, entre municipios, entre facciones nobles- con un bandolerismo endémico y con la oposición local a aceptar un virrey extranjero (no aragonés) nombrado por el rey, el turbio asunto del ex secretario real Antonio Pérez, huido de la cárcel de Madrid y refugiado en Aragón sirvió de detonante de la crisis.

Invocando su condición de aragonés, Antonio Pérez, se acogió al privilegio de Manifestación, mediante el cual automáticamente pasaba a la cárcel de los manifestados a disposición del Justicia. El monarca optó por acusar a su ex secretario de herejía por lo cual debía pasar a manos de la Inquisición cuyo Tribunal no estaba afectado por los demás privilegios de reino. Conocida esta decisión del monarca, los fueristas que vieron en el asunto de Antonio Pérez, materia suficiente para oponerse al rey y mantener en vigencia las libertades aragonesas, organizaron un motín que se saldó con la muerte del Marqués de Almenara, virtual nuevo virrey, y con el sitio de la Aljafería, sede de la Inquisición y de su cárcel, logrando la liberación de Antonio Pérez que fue paseado en triunfo por las calles zaragozanas hasta la cárcel de los Manifestados donde fue depositado. Ante el cariz de los acontecimientos, el monarca dispuso el envío de un ejército para recuperar el orden civil, cuya inminente entrada en el reino fue considerada un contrafuero por lo que, la Diputación y el Justicia intentan levantar, una tropa «en nombre del rey» y «a costa del reino» para hacerle frente. Mientras los auténticos responsables de los motines se refugiaban en Epila a la espera de los acontecimientos, en las puertas de Zaragoza el ejército real sólo encuentra una escasa tropa mandada por el Justicia Juan de Lanuza, Lanuza el Mozo, quien, con veintisiete años, había sucedido a su padre dos meses antes. El Ejército aragonés se desbandó sin combatir y Juan de Lanuza fue ejecutado de forma sumaria el 20 de diciembre de 1591.

Los trágicos episodios van a ser utilizados por la monarquía absolutista para mutilar en las Cortes de Tarazona de 1592 el sistema foral de uno de los territorios de su soberanía. En lo que ahora nos interesa basta con señalar que el cargo de Justicia será designado, en lo sucesivo, por el rey quien, incluso, podrá decretar su cese lo que supone que la más alta magistratura aragonesa pasa a estar totalmente subordinada al monarca. Como ha señalado Víctor Fairén, «*quien piense que Felipe II no abolió los fueros tiene literalmente razón, pero no ha pensado que el medio más inteligente de destruir un ordenamiento jurídico o de transformarlo al arbitrio propio, consiste en someter a la Magistratura que debe velar por él*».

El 17 de septiembre de 1701 el Justicia Pedro Valero Díaz, tomó juramento a Felipe de Anjou, Felipe IV de Aragón y V de Castilla, quien, en el templo del Pilar, juraba las leyes, fueros y libertades aragonesas. El 29 de junio de 1707, Felipe V, firmaba en su madrileño palacio del Buen Retiro, el Decreto de Nueva Planta por el que, en consideración a la posición adoptada por Aragón en la Guerra de Sucesión abolía el ordenamiento jurídico aragonés y disponía la pérdida de todos fueros, privilegios, exenciones y libertades. La medida suponía la pérdida de la condición formal de «reino», su conversión en «provincia» y la desaparición de las instituciones tradicionales, entre ellas, el Justiciazgo.

3. SIGNIFICADO ACTUAL DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

La Exposición de Motivos de la Ley Reguladora del Justicia de Aragón (Ley 4/1985, de 27 de junio), después de destacar que la extraordinaria importancia de esta figura, su peso decisivo en el entramado institucional medieval y moderno aragonés, es causa de la relevancia que le otorga el Estatuto de Autonomía, señala que, sin embargo, la naturaleza del sistema de gobierno de las Comunidades Autónomas que responde a los cánones del gobierno parlamentario, hace que el Justicia reciba hoy una configuración legal distinta a la que tuvo históricamente. No es posible hoy otorgar jurisdicción a órganos distintos a los jueces y Tribunales a quienes, por atribución constitucional, les corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado. Por ello, hoy, el Justicia no puede ser un juez pero sí puede ser, y lo es, un defensor de los derechos y de las libertades de los aragoneses frente a las posibles vulneraciones de las Administraciones públicas.

El Justicia de Aragón, como la totalidad de los “*defensores del pueblo*” modernos, ocupa una posición auxiliar, coadyuvante, de los órganos formalmente establecidos con capacidad de resolución jurídica. Su función es eminentemente mediadora, entre el ciudadano que se siente perjudicado y la Administración. Y en esta intermediación, la virtualidad de su actuación consiste, sustancialmente, en la emanación de recordatorios, advertencias, sugerencias, recomendaciones e informes. El Justicia de Aragón no es, por lo tanto, una “*magistratura de decisión*” sino más bien una “*magistratura de persuasión*”, que basa la legitimidad de sus actuaciones en la autoridad que le atribuye su designación parlamentaria y la propia misión que el Estatuto directamente le encomienda. La eficacia de su actuación depende de su “*auctoritas*”, más que de su inexistente “*potestas*”, dado que sus resoluciones carecen de coerción, de fuerza inmediatamente vinculante.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN

Siguiendo al profesor Bar Cendón, lo primero que se ha de señalar es que ni el Estatuto de Autonomía ni la Ley Reguladora del Justicia se refieren a la naturaleza de la relación de esta Institución con las Cortes de Aragón a diferencia de lo que ocurre con el Defensor del Pueblo al que la Constitución conceptúa como “Alto Comisionado” de las Cortes Generales. Se ha huido, a nuestro juicio deliberadamente, de toda mención de términos como “comisionado”, o de toda alusión a la posible consideración del Justicia como órgano dependiente o sometido a la voluntad de la Cámara. El conjunto de las competencias del Justicia deriva, directamente, del propio Estatuto de Autonomía y no de la voluntad, o de una delegación expresa o tácita, de la Cámara por lo que el Justicia no puede considerarse *comisionado* de las Cortes ya que no recibe ninguna *comisión* de estas.

Las Cortes de Aragón se limitan a nombrar y destituir al Justicia, a mantener económicamente a la Institución, y a recibir sus informes, adoptando a partir de ellos las decisiones que estimen oportunas. Las Cortes cumplen así una función instrumental que permite materializar las previsiones estatutarias con respecto al Justicia. La actuación del Justicia es plenamente autónoma y no está determinada ni en su inicio ni en su sentido por la voluntad del legislativo; como señalan la Ley (art. 4.2) y el Reglamento (art. 4.1), el Justicia no estará sujeto a mandato imperativo alguno, no recibirá instrucciones de ninguna autoridad ni organismo y desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio.

5. ESTATUTO PERSONAL DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

5.1 Nombramiento

Según la Ley Reguladora de la Institución, puede ser elegido Justicia de Aragón cualquier persona que siendo mayor de edad y estando en pleno uso de sus derechos civiles y políticos goce de la condición política de aragonés o posea la vecindad civil aragonesa.

El Justicia es **elegido por las Cortes de Aragón**, exigiéndose una mayoría cualificada pues es preciso el voto favorable de las tres quintas partes de los miembros de la Cámara. La duración del mandato del Justicia de Aragón es de **cinco años**.

5.2 Cese

El Justicia de Aragón puede cesar por una de las siguientes causas:

- Renuncia expresa
- Transcurso del plazo de 5 años para el que fue elegido
- Fallecimiento
- Pérdida de la condición política de aragonés o de la vecindad civil aragonesa.
- Incapacidad declarada en sentencia firme o inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos, también declarada en sentencia firme.
- Condena por delito doloso establecida por sentencia firme.
- Incumplimiento reiterado y grave de sus obligaciones apreciado por el Pleno de las Cortes por mayoría de tres quintos, tras un debate al que podrá asistir el Justicia e intervenir en su defensa.

5.3 Prerrogativas

El Estatuto de Autonomía no reguló esta materia. Los aspectos procesales y judiciales del régimen de prerrogativas y su repercusión desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales no permitían su desarrollo en la Ley del Justicia. Situaciones similares se produjeron en otras Comunidades Autónomas cuyos Estatutos contemplaban figuras de comisionados parlamentarios sin detallar su régimen de prerrogativas. Por ello se hizo preciso abordar esta materia en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares de las distintas Comunidades Autónomas. Esta Ley fue aprobada a impulso de los Parlamentos de Aragón, Andalucía y Cataluña.

Según el artículo 1 de esta Ley 36/1985 *«los titulares de las Instituciones autonómicas similares al Defensor del Pueblo, Comisionados territoriales de las respectivas Asambleas Legislativas, gozarán, durante el ejercicio de su cargo, de las garantías de inviolabilidad e inmunidad que se otorgan a los miembros de aquéllas en los respectivos Estatutos de Autonomía»*

La **inviolabilidad** (regulada para los Diputados a Cortes de Aragón en el artículo 18.5 del Estatuto de Autonomía) alcanza, aún después de haber cesado en el cargo, a las opiniones emitidas en el ejercicio del mismo y significa la absoluta irresponsabilidad del Justicia por todas las actuaciones realizadas en el estricto desempeño de sus funciones.

La **inmunidad** (regulada para los Diputados a Cortes de Aragón en el artículo 18.6 del Estatuto de Autonomía) significa que el Justicia, durante su mandato, no podrá ser detenido ni retenido por actos delictivos cometidos en territorio aragonés

sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Fuera de Aragón, la responsabilidad será exigible, en los mismos términos, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Esta prerrogativa tiene como objeto asegurar, según Bar Cendón, «...que la persecución penal que pueda producirse contra el cargo público protegido está debidamente fundamentada» y «no responde a una intención desviada de obstaculizar su actuación».

5.4 Incompatibilidades

Según el artículo 10 de la Ley del Justicia, este cargo es incompatible con:

- cualquier mandato representativo
- la afiliación a partidos políticos, sindicatos de trabajadores, asociaciones empresariales o entidades dependientes de éstos.
- cualquier cargo político o función administrativa
- cualquier actividad profesional, mercantil o laboral
- las carreras judicial o fiscal, o la pertenencia al Tribunal Constitucional

6. ORGANIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN

El Justicia de Aragón es un órgano unipersonal. Sin embargo, para el cumplimiento de las misiones que le encomienda el Estatuto, la Ley reguladora del Justicia ha previsto una estructura administrativa, cuyo contenido se desarrolla en los artículos 16 a 37 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Justicia de Aragón (aprobado en sesión conjunta de la Mesa y Junta de Portavoces de las Cortes de Aragón de 6 de julio de 1990). El principio básico es la plena libertad del Justicia para designar a sus colaboradores (que reciben la denominación de Asesores) y organizar su trabajo (vid. artículo 38 de la Ley del Justicia). Estas personas, mientras permanezcan al servicio del Justicia, se considerarán como personal al servicio de las Cortes de Aragón. La actividad se organiza en áreas funcionales y Departamentos a cuyo frente se encuentra un Asesor Responsable, y dentro de los cuales se integran uno o más Asesores de área.

El Lugarteniente

El artículo 39 de la Ley del Justicia diseña, bajo la denominación de honda raigambre histórica de «Lugarteniente», un cargo cuya misión consiste en asistir al Justicia en sus funciones, ejercitar las que éste le delegue en su caso y sustituirle en los casos de ausencia, enfermedad o en ciertos supuestos de cese (renuncia, fallecimiento, pérdida de la condición política de aragonés o de la vecindad civil aragonesa, incapacidad declarada en sentencia firme o condena por delito doloso).

El Lugarteniente será designado por el Justicia, pero se requiere la conformidad de la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos de las Cortes de Aragón, circunstancia que da una cierta independencia a este cargo.

Las condiciones y requisitos que se exigen a la persona que vaya a desempeñar el puesto de Lugarteniente son las mismas que se demandan al Justicia, estando sometido también al mismo régimen de incompatibilidades.

De acuerdo con la Ley 36/1985, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas, el Lugarteniente goza durante el ejercicio de sus funciones de las mismas garantías y prerrogativas que se reconocen al Justicia de Aragón (art. 1.3).

El Lugarteniente cesa automáticamente en el momento de toma de posesión del nuevo Justicia de Aragón (art. 39.2 de la Ley del Justicia).

La falta de acuerdo político sobre el nombre del Lugarteniente ha motivado que, hasta la fecha, y tras 10 años de funcionamiento del Justiciazgo, no se haya designado todavía ningún Lugarteniente. Para cubrir esta carencia, el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Justicia de Aragón prevé en su Disposición Adicional Cuarta que, en tanto no se produzca la designación del Lugarteniente, el Justicia podrá nombrar un **Asesor-Jefe** que asuma las funciones de coordinación general de la institución.

Veamos ahora cuáles son las funciones del Justicia de Aragón.

7. FUNCIONES DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

7.1 Introducción

Tres son las funciones que el Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye al Justicia en su art. 33. En primer lugar, la protección y defensa de los derechos individuales y colectivos reconocidos en el propio Estatuto; en segundo lugar, la tutela del Ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación; y, en tercer lugar, la defensa del Estatuto de Autonomía.

En el ejercicio de estas funciones, el Justicia podrá supervisar la actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma y de los entes locales, en todo lo que afecte a materias en las que el propio Estatuto atribuya competencias a la Comunidad Autónoma de Aragón.

A la vista de la enumeración de las funciones que el Estatuto atribuye al Justicia de Aragón, apreciamos, como ya se ha expuesto, singulares diferencias con el defensor del Pueblo estatal y con los comisionados parlamentarios autonómicos. Mientras la

función típica de estas instituciones es la protección y defensa de los derechos de los ciudadanos, el Justicia tiene encomendada, además, la defensa del Ordenamiento jurídico aragonés y de su primera norma, el Estatuto de Autonomía. Se recupera así, adaptándola a la realidad jurídica de nuestro tiempo, aquella singularísima función histórica del Justicia Mayor como máximo garante del Derecho foral aragonés.

Veamos con más detalle cada una de las funciones del Justicia y las previsiones de su Ley reguladora en este punto.

7.2 Protección y defensa de derechos

Como señala el profesor Bar Cendón el primer problema que se plantea a este respecto es el de determinar qué tipo de derechos son los protegidos por el Justicia. El art. 33 del Estatuto de Autonomía se refiere a la protección de los derechos individuales y colectivos reconocidos en el Estatuto, precisión que es ampliada por la propia norma cuando en el art. 6.1 dispone: “*los derechos, deberes y libertades fundamentales de los aragoneses son los establecidos en la Constitución*”. No puede hablarse, pues, de la existencia de unos derechos protegibles a los aragoneses como diferentes a los reconocidos en la Constitución a la totalidad de los españoles.

Sobre esta misión de defensa y protección de los derechos y libertades volveremos más adelante.

7.3 Tutela del Ordenamiento jurídico aragonés

La propia Ley reguladora de la Institución en su art. 30 se encarga de recordar qué se entiende por Ordenamiento Jurídico aragonés y, en consecuencia, cuál es el objeto de la protección del Justicia:

- El derecho civil o foral de Aragón.
- Las leyes aprobadas por las Cortes de Aragón.
- Las disposiciones con fuerza de ley aprobadas por la Diputación General por delegación de las Cortes de Aragón.
- Los reglamentos emanados de la Diputación General en materias cuya competencia corresponda a la Comunidad Autónoma (artículo 30).

El Estatuto de Autonomía concreta qué se ha de entender por “tutela” del Ordenamiento y así señala que al Justicia le corresponde velar por su defensa y aplicación. La Ley reguladora de la Institución impone al Justicia, para el cumplimiento de esta función de tutela del Ordenamiento, una serie de facultades y obligaciones:

a) Facultad de control de la legalidad de los reglamentos de la Diputación General de Aragón

Según el art. 34 de la Ley Reguladora “*cuando el Justicia estime que algún precepto reglamentario emanado de la Diputación General de Aragón infringe el Estatuto de Autonomía o el Ordenamiento Jurídico aragonés, se dirigirá motivadamente a la misma, recomendando su modificación o derogación*”.

b) Deber de denunciar los graves y reiterados supuestos de inaplicación o deficiente aplicación del Ordenamiento

Según el art. 31.1 de la Ley, “*Cuando el Justicia tenga conocimiento de graves y reiterados supuestos de inaplicación o deficiente aplicación del Ordenamiento Jurídico aragonés que, en su opinión, deban ser corregidos sin tardanza, lo pondrá en conocimiento del Presidente de las Cortes. Este, tras consultar con la Junta de Portavoces, podrá trasladar la queja del Justicia al superior jerárquico del funcionario responsable o al correspondiente Colegio Profesional*”.

c) Facultad de impulsar actuaciones para fijar la doctrina legal

Según el art. 31.2 “*A los solos efectos de fijar la doctrina legal, el Justicia de Aragón podrá dirigirse a cualesquiera autoridades que tengan competencias para interponer recursos y ejercitar acciones ante los Tribunales a fin de solicitarles su actuación con la finalidad de defender el Estatuto de Autonomía de Aragón y proceder a la mejor tutela del Ordenamiento Jurídico aragonés*”.

d) Deber de informar sobre la observancia del Derecho aragonés

El art. 32 dispone que “*En su informe anual a las Cortes, el Justicia hará especial referencia al estado de observancia, aplicación e interpretación del Ordenamiento Jurídico aragonés, pudiendo incluir recomendaciones que las Cortes de Aragón trasladarán al organismo o autoridad competente*”.

e) Promoción de la difusión, enseñanza e investigación del Derecho aragonés

Según el art. 33 de la Ley reguladora el Justicia puede realizar, dentro de los límites presupuestarios, cualesquiera actividades conducentes a la difusión del Ordenamiento Jurídico aragonés, su conocimiento, estudio e investigación (art. 33).

7.4 La Defensa del Estatuto de Autonomía

Cuanto hemos señalado al referirnos a la tutela del ordenamiento Jurídico aragonés resultará de aplicación a la presente función en la medida en que el Estatuto de Autonomía no es sino la primera norma de nuestro Ordenamiento. Precisamente por la naturaleza de la norma protegida, el Estatuto de Autonomía, la Ley Reguladora del Justicia fija con detalle los cauces de actuación del Justicia distinguiendo en función del tipo de acto o norma vulneradora y del origen de la vulneración. Así, la Ley distingue:

a) Cuando la vulneración del Estatuto de Autonomía provenga de una **ley o disposición con rango de ley de las Cortes de Aragón**, el Justicia lo denunciará a las Cortes o a la Diputación General de Aragón, en su caso, en una recomendación motivada, a fin de que la Cámara o el ejecutivo autonómicos adopten la decisión que sea pertinente, debiendo hacerlo, también, de forma motivada (art. 27).

En relación con esta función se ha de señalar que, una vez que se ha constatado que la norma no vulnera el Estatuto, no es misión del Justicia de Aragón entrar en consideraciones sobre la corrección técnica de la actividad legislativa ni realizar valoración alguna sobre el contenido de las normas o sobre las opciones de política legislativa. El Justicia de Aragón ni es ni puede ser un supervisor general de la actividad política de las Cortes de Aragón, legítimas representantes del pueblo aragonés y titulares de la potestad legislativa propia de la Comunidad Autónoma.

b) Cuando la vulneración del Estatuto provenga de una **ley u otro tipo de resolución del Estado o de otra Comunidad Autónoma**, el Justicia lo pondrá en conocimiento, igualmente, de las Cortes o de la Diputación General, en su caso, instándoles a que interpongan el correspondiente recurso de inconstitucionalidad o conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional. Si los órganos autonómicos aragoneses no estuvieran legitimados o no decidieran interponerlo, el Justicia podrá dirigirse al Defensor del Pueblo para solicitarle idéntica respuesta. (art. 27).

Desde 1988, el Justicia se ha dirigido en cuatro ocasiones a las Cortes y a la Diputación interesando la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra normas estatales con rango de ley, recomendación que ha sido seguida en tres de las cuatro ocasiones (recursos contra la Ley de Reforma de la Ley del Suelo, contra la Ley de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, ambas de 1990 y contra la Ley de Espacios Naturales de 1997).

- Si el Justicia juzgara que la violación proviene de **un acto de las Cortes de Aragón**, se dirigirá a éstas motivadamente para que lo subsanen y si no lo hacen, se podrá dirigir al Defensor del Pueblo sugiriéndole la medida a adoptar (art. 28).

Desde el punto de vista práctico debo decir que este artículo no ha sido aplicado en los 10 años de vida de la Institución del Justicia (El Procurador del Común sí se planteó su utilización ante una queja de una Procuradora del G.P. de Izquierda Unida contra una actuación de las Cortes de Castilla-León. Sin embargo, las Cortes rechazaron la competencia del Procurador para dirigirse a ellas, quedando el asunto en vía muerta).

- Por último, cuando la vulneración del Estatuto provenga de una **actuación de una Corporación local aragonesa**, el Justicia podrá dirigirse a esta, sugiriéndole la medida a adoptar de lo que dará cuenta a las Cortes (art. 29).

8. LA SUPERVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

8.1 Introducción

El art. 33.2 del Estatuto de Autonomía dispone que en el ejercicio de sus funciones, el Justicia *“podrá supervisar la actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma”*. Previsión desarrollada en el art. 2 de su Ley reguladora cuando establece que *“El Justicia de Aragón podrá también supervisar la actuación de los entes locales aragoneses en todo lo que afecte a materias en las que el Estatuto de Autonomía atribuya competencia a la Comunidad Autónoma de Aragón”*.

Supervisar implica inspeccionar, controlar la actividad de la Administración y, por ello, la Ley reguladora de la Institución impone a todos los órganos y entes sujetos a la supervisión del Justicia, la obligación de auxiliarle en sus investigaciones. Como señala el art. 19.2 *“Las autoridades, funcionarios y todo el personal dependiente de la Administración deberán facilitar al Justicia o a aquel en quien delegue, las informaciones, asistencia y entrada a todas las dependencias, centros y organismos. Igualmente deberán poner a su disposición los datos, expedientes o cualquier clase de documentos que permitan llevar a cabo adecuadamente la actuación investigadora”*.

La falta de auxilio del funcionario o autoridad puede dar lugar a un abanico de actuaciones por parte del Justicia de Aragón según dispone su Ley reguladora. En primer lugar, y de acuerdo con el art. 5.2, el Justicia puede poner en conocimiento del superior jerárquico de la autoridad o funcionario el incumplimiento de su deber de colaboración. En segundo lugar, el Justicia puede hacer público el nombre de las autoridades, funcionarios o de los organismos públicos que obstaculizaren sus funciones, destacando este hecho en sus relaciones con las Cortes de Aragón (art. 21.1). Por último, la conducta del funcionario o autoridad que obstaculice la labor

del Justicia puede ser, incluso, constitutiva de infracción penal pues el art. 502 del vigente Código Penal castiga con penas de hasta un año de prisión y hasta dos años de suspensión de empleo o cargo público a *“la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaren o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación”*.

Veamos con más detalle cuál es el ámbito institucional sobre el que recae la actividad supervisora del Justicia de Aragón.

8.2 La Administración de la Comunidad Autónoma

La Administración de la Comunidad Autónoma es el objeto propio de la supervisión del Justicia, fijado ya por el propio Estatuto de Autonomía. La Ley reguladora del Justicia señala que por Administración de la Comunidad Autónoma se entiende el conjunto de órganos integrados en la Diputación General de Aragón, así como la totalidad de los entes dotados de personalidad jurídica dependientes de ella.

En alguna ocasión se ha cuestionado por la Administración autonómica la competencia de esta Institución para supervisar su actividad cuando ejerce funciones de gestión por delegación del Estado concluyendo que, en tales supuestos, la supervisión le correspondería al Defensor del Pueblo y no al Justicia de Aragón. Sin embargo, ni en el Estatuto de Autonomía ni en la Ley Reguladora se contiene norma alguna que excluya de la supervisión del Justicia ningún ámbito de la actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma en atención a la titularidad de la competencia que gestiona. Tampoco se encuentra una previsión de tal naturaleza en ninguna de las leyes que regulan los respectivos comisionados parlamentarios de otras Comunidades Autónomas ni se ha sostenido la carencia de competencias de los comisionados parlamentarios autonómicos en estos supuestos por ninguno de los autores que en la doctrina científica han abordado la delimitación de los ámbitos de actuación entre el Defensor del Pueblo y las instituciones autonómicas análogas.

8.3 La Administración Local

El art. 2.2. de la Ley Reguladora dispone que *“El Justicia podrá también supervisar la actuación de los entes locales aragoneses en todo lo que afecta materias en las que el Estatuto de Autonomía atribuya competencia a la Comunidad Autónoma de Aragón”*.

Este precepto fue objeto de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación en 1985. Curiosamente, idéntica norma se contenía en otras leyes reguladoras de los “defensores autonómicos”, promulgadas antes y después de la Ley Reguladora del Justicia, y, sin embargo, no fue cuestionada su

constitucionalidad por el Gobierno. Lo cierto es que sólo la Ley Reguladora del Justicia fue objeto de recurso y, en este punto, el Tribunal Constitucional, llevó a cabo una interpretación sumamente restrictiva y en su STC 142/1988, pues limita las funciones del Justicia de Aragón a la supervisión de la Administración Local cuando se trate de materias en las que el Estatuto de Autonomía atribuya competencias a la Comunidad Autónoma de Aragón y que esta haya delegado o transferido a los entes locales. Según el Tribunal Constitucional, no cabe que la Ley Reguladora del Justicia le atribuya la supervisión de la Administración local pues el Estatuto de Autonomía limita las facultades supervisoras del Justicia al ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Como punto de partida, es conveniente recordar que si bien la Constitución ha establecido una verdadera garantía de la autonomía local, que opera en términos de garantía institucional, ello sin embargo no constituye a la Administración local en una instancia organizativa autónoma del resto de las organizaciones públicas, sino que, antes bien, forma parte de dos niveles políticos superiores, Estado y Comunidades Autónomas. En conclusión, y como afirma la STC 84/1982, de 23 de diciembre, los entes locales ofrecen una naturaleza híbrida o «bifronte», lo que hace imposible considerarlos de forma unívoca como «intracomunitarios» o «extracomunitarios», en el sentido de dependientes en términos exclusivos de la Comunidad Autónoma o del Estado. Sin embargo, como señala entre otros Muñoz Machado, en la práctica, el grueso de la vida de relación de los entes locales con Administraciones superiores vendrá constituido por las que mantengan con las Comunidades Autónomas. Desde este punto de vista, los entes locales, «interiorizados» en buena medida por las respectivas Comunidades Autónomas, deberían poder ser objeto de supervisión por los respectivos Comisionados parlamentarios autonómicos, al menos en los ámbitos -tanto organizativos como competenciales- en que se haya producido tal «interiorización».

En Aragón, el proceso de «interiorización» de los entes locales aparece como un fenómeno imparable tras las dos reformas estatutarias (1994 y 1996) que han ampliado notablemente el nivel de competencias de la Comunidad Autónoma.

Sentado lo anterior, un primer argumento a cuyo amparo el Justicia de Aragón podría extender su actividad más allá se encuentra en la propia evolución de la jurisprudencia constitucional tras la sentencia dictada con motivo de la Ley del Justicia. En efecto, poco después, el Tribunal Constitucional modificó su posición en un asunto que guarda gran parecido con el aquí examinado. Nos referimos a la sentencia 187/1988, de 17 de octubre, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña nº 6/1984, de 5 de marzo, de regulación de la Sindicatura de Cuentas.

El Tribunal Constitucional ha reconocido en este caso un amplio margen creador a la legislación autonómica, admitiendo que la Sindicatura de Cuentas ostenta competencias de supervisión de la actividad de la Administración local de la Comunidad, a pesar del silencio estatutario y de la existencia del Tribunal de Cuentas estatal.

No habría ningún problema derivado de la posible duplicidad de controles estatales y autonómicos. Así, el FJ 12º de la citada sentencia afirma:

«La actividad de control realizada por las Comunidades Autónomas no excluye, pues, la que pueda ejercer el Estado, a través del Tribunal de Cuentas, en el ámbito de sus propias competencias sobre la materia.»

Ambos controles sobre la actividad financiera de las Corporaciones Locales no tienen por qué excluirse mutuamente, sino que pueden coexistir y superponerse.»

El contenido de esta sentencia se reitera en la STC 18/1991, de 31 de enero, en relación con la Ley del Parlamento de Galicia 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, produciéndose a continuación el desistimiento en los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Gobierno de la Nación contra las Leyes de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Baleares, Navarra, País Vasco y Valencia, reguladoras de instituciones con igual competencia.

Un segundo argumento a favor de la ampliación de competencias del Justicia de Aragón sobre los entes locales aragoneses partiría de la idea de que la defensa de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente es el fin de la misión encomendada a la Institución y que la supervisión de la Administración no es más que un mero instrumento auxiliar -un medio- para el cumplimiento de esa tarea fundamental. Por ello, autores como Álvaro Gil Robles y Embid Irujo han afirmado que el concepto de Administración que utilizan las Leyes reguladoras de los defensores del pueblo autonómicos está tratado en un sentido distinto al que habitualmente usan los administrativistas, abarcando las distintas administraciones públicas personificadas o, en un sentido más amplio aún, a las distintas manifestaciones concretas de la función de administrar.

Lo cierto es, que con apoyo en el artículo 2.3 de nuestra Ley reguladora que faculta al Justicia de Aragón para dirigirse en el cumplimiento de su misión, a toda clase de autoridades, organismos, funcionarios y dependencias de cualquier Administración, con sede en la Comunidad Autónoma», el Justicia se ha entendido habilitado para dirigirse a los distintos entes integrantes de la Administración local aragonesa más allá de los supuestos en que éstos ejerzan competencias transferidas o delegadas de Comunidad Autónoma. Esta actividad, que no puede encuadrarse dentro de la

noción de «supervisión», vendría a configurarse como una **mediación** que sólo se lleva adelante si el ente local afectado la acepta.

Esta actividad de los comisionados autonómicos sobre los entes locales, ya se califique de mediación o de supervisión, constituye un estado de hecho y en 1995 era la entonces Defensora del Pueblo en funciones D^a Margarita Retuerto Buades quien describía la situación:

«Así, se ha interpretado que no sólo en el terreno competencial concurrente en materia de entes locales, esto es la referida a las competencias que estos entes ejerciesen por transferencia o delegación de la respectiva Comunidad Autónoma, sino también en relación a la actividad local relativa a las materias en las que los Estatutos de Autonomía otorgan competencias a la Comunidad Autónoma, quien investiga y resuelve es el Comisionado Autonómico. Es decir, que éste actúa respecto de las competencias delegadas y de las competencias propias de los entes locales que versen sobre materias que sean del ámbito competencial atribuido por el bloque de la constitucionalidad a las Comunidades Autónomas.»

8.4 La Administración periférica del Estado

Según el artículo 2.3 de la Ley reguladora del Justicia de Aragón, y de acuerdo con la interpretación que del mismo realiza el Tribunal Constitucional en su sentencia 142/1988, el Justicia está facultado para ponerse en comunicación con cualquier órgano o dependencia de las Administraciones presentes en la Comunidad Autónoma a efectos de solicitar de ellas la información o ayuda que puedan resultar necesarias para el desempeño de las funciones que le atribuye el Estatuto de Autonomía. Los organismos o personas a quienes se dirija el Justicia, en virtud de lo dispuesto en el art. 2.3, le prestarán o facilitarán tal información o auxilio en función de las normas que les sean aplicables, pero no, ciertamente, como consecuencia de este precepto de la Ley impugnada, que no establece la subordinación de todas las Administraciones presentes en la Comunidad Autónoma a la supervisión del Justicia de Aragón, ni impone obligación alguna para tales administraciones.

Estas relaciones con la Administración Periférica del Estado en territorio de la Comunidad Autónoma deben estar presididas por el principio de la colaboración con el Defensor del Pueblo. El artículo 6.3 de la Ley reguladora de la Institución establece que *«el Justicia de Aragón, para hacer efectivo lo dispuesto en el artículo 33.1 del Estatuto de Autonomía, cooperará con el Defensor del Pueblo y coordinará con él sus funciones»*. Añade el apartado 3 del mismo artículo que *«en cualquier caso, el Justicia de Aragón comunicará al Defensor del Pueblo las quejas relativas a la actividad de la Administración Pública del Estado en Aragón que se le presenten, dando cuenta de ello al autor de la queja»*.

Desde el plano del Defensor del Pueblo estatal hay también una concreta previsión de colaboración en el artículo 2.3 de la Ley 36/1985, al afirmar que *«en la supervisión de la actividad de órganos de la Administración pública estatal que radiquen en el territorio de cada Comunidad Autónoma, el Defensor del Pueblo podrá recabar la colaboración del respectivo Comisionado parlamentario para la mejor eficacia de sus gestiones y recibirá de él las quejas que le hubieran sido remitidas sobre la actividad de dichos órganos de la Administración Pública estatal. A su vez, el Defensor del Pueblo podrá informar al Comisionado parlamentario autonómico de sus gestiones»*.

9. EL PROCEDIMIENTO

9.1 El inicio del procedimiento: la queja

El Justicia puede actuar de oficio o a instancia de parte, sin que exista diferencia alguna en la tramitación. La posibilidad de iniciar una investigación de oficio da al Justicia de Aragón una gran autonomía y permite que la Institución dirija su atención a aquellos aspectos de la vida comunitaria que estime más relevantes o problemáticos, sin esperar una denuncia previa.

De acuerdo con la Ley Reguladora pueden dirigirse al Justicia las personas físicas o jurídicas que manifiesten un interés legítimo en el objeto de la queja; también pueden dirigirse los Diputados, las Comisiones de Investigación y la Comisión Peticiones y de Derechos Humanos de las Cortes de Aragón; en último lugar, también pueden dirigirse al Justicia, los miembros de las corporaciones locales.

Las quejas se presentan por escrito firmado por el interesado y con esta presentación de la queja se inicia un procedimiento que puede dividirse en tres fases: admisión, instrucción y resolución.

Con carácter previo se ha de recordar que todas las actuaciones del Justicia son gratuitas para el interesado no siendo necesaria la intervención de abogado ni de procurador. Señalar, igualmente, que no pueden presentarse quejas cuando hubiere transcurrido el plazo de un año desde que el afectado pudo solicitar la intervención del Justicia.

9.2 Admisión e instrucción

La primera fase del procedimiento consiste en el estudio de la queja para comprobar que esta reúne los requisitos legales para su tramitación. El Justicia rechazará las quejas anónimas y aquellas en las que aprecie, mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión o aquellas cuya tramitación pueda irrogar perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. El Justicia tampoco entrará en el examen de aquellas quejas sobre las que este pendiente resolución judicial y lo suspenderá si

iniciada su tramitación se interpusiera o formulase por persona interesada demanda, denuncia, querrela o recurso ante los Tribunales ordinarios o ante el tribunal Constitucional. En cualquier caso, cuando el Justicia rechace una queja lo hará en escrito motivado, pudiendo informar al interesado sobre las vías más oportunas para hacer valer sus derechos.

Una vez admitida la queja o iniciado el expediente de oficio, el Justicia adoptará las medidas de investigación que considere oportunas. En este punto el art. 20 de la Ley Reguladora del Justicia dispone que las actuaciones que se practiquen durante una investigación se llevarán a cabo con reserva absoluta.

9.3 resolución

Finalizada la fase de investigación, se entra en la fase de resolución. El Justicia carece del poder resolutor de las magistraturas de decisión, por lo que el problema o queja planteado ante sí no puede ser resuelto por él mismo, sino que necesita de la intervención de la autoridad correspondiente. Por esta razón, cuando el Justicia comprueba que ha existido una actuación irregular, puede formular a los organismos y autoridades afectados advertencias, recomendaciones, sugerencias y recordatorios, relativos a sus deberes legales (art. 22.1).

El reglamento del Justicia define cada una de las resoluciones que puede adoptar el Justicia:

a) Recordatorio, es la resolución del Justicia recordando a la Administración la obligación de ajustarse a determinado precepto legal.

b) Advertencia, es la resolución del Justicia por la que se comunica a la Administración o funcionario, en su caso, la necesidad de modificar un determinado comportamiento que, de persistir, pudiera dar lugar al ejercicio de las facultades contempladas en el art. 21 de la Ley: traslado de los hechos al Ministerio Fiscal por si la conducta incurriese en responsabilidad penal.

c) Sugerencia, es la resolución del Justicia dirigida a la Administración, a las Cortes de Aragón o a la autoridad competente indicándoles la conveniencia de iniciar o corregir algún determinado tipo de actuación, en el marco de las funciones legalmente encomendadas a la Institución.

d) Recomendación, es la resolución del Justicia dirigida a la Administración, a la Diputación General de Aragón o a las Cortes de Aragón, indicándoles la conveniencia de efectuar determinadas actuaciones para poner fin a un defecto o irregularidad.

10. LOS INFORMES DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

Uno de los aspectos más importantes de la actividad del Justicia de Aragón son los informes que debe presentar ante las Cortes sobre su actuación. El valor de la Institución reside, no sólo en su capacidad de defensa de los derechos de los ciudadanos en los conflictos particulares frente a la Administración, sino también en su capacidad para ofrecer un panorama general de las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, poniendo de manifiesto los aspectos más conflictivos de esas relaciones y los lugares donde su incidencia es mayor. En este sentido, los informes del Justicia deben servir, principalmente, para orientar la labor legislativa y controladora de la Cámara, excitando su actuación en la línea que marcan los intereses y las necesidades ciudadanas evidenciadas en los informes.

Pero los informes tienen también un valor ejemplarizante en la medida en que las denuncias públicas y las recomendaciones en ellos contenidas sirven para prevenir futuras conductas o actuaciones antijurídicas.

Los informes del Justicia pueden ser de dos clases: el informe *ordinario* que presenta anualmente ante las Cortes de Aragón, y los informes *extraordinarios* que presenta eventualmente ante la Cámara cuando la urgencia o la importancia de los hechos lo requiera.

Señalar, por último, que la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, en su art. 6 establece que el Justicia en su informe anual valorará la actuación de la Administración autonómica en materia de protección de menores con especial referencia al respeto del ejercicio de sus derechos. En la práctica este mandato se plasma en un informe especial que se incorpora como anexo al informe anual.

11. RELACIONES CON EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y OTROS COMISIONADOS PARLAMENTARIOS

El artículo 12 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo establece como principio fundamental que la competencia general atribuida al Defensor del Pueblo para la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos se extiende también al ámbito de las Comunidades Autónomas:

«1. *El Defensor del Pueblo podrá en todo caso, de oficio o a instancia de parte, supervisar por sí mismo la actividad de la Comunidad Autónoma en el ámbito de competencias definido por esta Ley».*

Puede haber, en consecuencia, una confluencia de actividades supervisoras del Defensor del Pueblo y del respectivo comisionado parlamentario autonómico sobre

una concreta violación de derechos en el ámbito de una Administración autonómica. Se hace preciso establecer una regla de juego para evitar posibles duplicidades y colisiones competenciales. Por ello, el párrafo segundo del mismo art. 12 afirma:

«*A los solos efectos de lo previsto en el párrafo anterior, los órganos similares de las Comunidades Autónomas coordinarán sus funciones con las del Defensor del Pueblo y éste podrá solicitar su cooperación».*

El mecanismo de coordinación se desarrolla en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, que prevé, en su artículo 2.2 la concertación de acuerdos entre el Defensor del Pueblo y los comisionados parlamentarios autonómicos sobre los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas objeto de supervisión, los supuestos de actuación de los comisionados parlamentarios, las facultades que puedan ejercitar, el procedimiento de comunicación entre el Defensor del Pueblo y cada uno de dichos comisionados y la duración de los propios acuerdos.

Además, en la supervisión de la actividad de órganos de la Administración Pública estatal que radiquen en el territorio de cada Comunidad Autónoma, el Defensor del Pueblo podrá recabar la colaboración del respectivo comisionado parlamentario para la mejor eficacia de sus gestiones y recibirá de él las quejas que le hubieren sido remitidas sobre la actividad de dichos órganos de la Administración Pública estatal. A su vez, el Defensor del Pueblo podrá informar al comisionado parlamentario autonómico del resultado de sus gestiones.

En resumen, estos acuerdos se pueden producir:

- sobre la actuación de la Administración directamente supervisada tanto por el Defensor del Pueblo como por el respectivo comisionado parlamentario autonómico (Administración de la Comunidad Autónoma y Administración Local cuando ejerce funciones transferidas o delegadas por la Comunidad Autónoma).

- y sobre la actuación de la Administración sólo supervisada por el Defensor del Pueblo en el territorio de la Comunidad Autónoma (Administración Periférica del Estado y Administración Local cuando ejerce sus restantes competencias).

Sólo algunos Defensores del Pueblo autonómicos han suscrito convenios con el Defensor del Pueblo estatal. El Justicia de Aragón, en cambio, no ha suscrito convenio alguno. Las relaciones, siempre fluidas, se basan en la aceptación tácita por el Defensor del Pueblo del ejercicio por el Justicia de una función de «mediación» sobre las posibles violaciones de derechos producidas por la actividad de la Administración Local aragonesa más allá de las competencias ejercidas por transferencia o delegación de la Comunidad Autónoma. En todo caso el Defensor

del Pueblo da traslado al Justicia de todas las quejas que recibe con relación a cualquier Administración aragonesa para evitar duplicidades indeseadas.

Los Defensores del Pueblo españoles (nacional y autonómicos) procuran, por otra parte, aunar criterios de actuación a través de la celebración de unas Jornadas Anuales de Coordinación (que ya van por la XIII edición).

La Ley del Justicia prevé además la celebración de convenios de colaboración con las instituciones semejantes de las otras Comunidades Autónomas (art. 6.4). Hasta la fecha no se ha suscrito ninguno.

Pour citer cet article

Référence électronique

GARCÍA VICENTE, Fernando « El Justicia de Aragón, Garante de Derechos y Libertades », *Revue Miroirs* [En ligne], 2 |2015, mis en ligne le 1 février, 2016, <http://www.revue miroirs.fr/links/3/article1.pdf>.

Auteur

Fernando GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

Droits d'auteur

© RevueMiroirs.fr

Fonction royale – fonction de Médiateur : Analogies et perspectives

Adrien Blazy
Docteur en droit, CTHDIP,
Université Toulouse 1 Capitole

Résumé :

La fonction de Médiateur de la République est apparue tardivement en France. La mise en place, en 1973, d'un organe extérieur à l'administration, agissant en marge des procédures habituelles de recours et chargé de régler les litiges opposant le service public à ses usagers a de quoi surprendre. La naissance du Médiateur de la République fut justifiée par la nécessité de créer un lien de confiance entre les administrés et leur administration. L'histoire nous montre que les rois de France ont très tôt saisi cette problématique. En parallèle aux débuts de la construction de l'État au XIII^e siècle, l'élaboration de l'image du roi agissant pour le bien de ses sujets et les protégeant d'une administration royale, qui n'en est alors qu'à ses balbutiements, n'est pas anodine. Le bas Moyen Âge est une période de changements pendant laquelle la royauté se pose souvent en intermédiaire entre son administration et ses sujets.

Ainsi, la recherche d'analogies entre la fonction royale et la fonction de Médiateur de la République/Défenseur des Droits, permettra de mettre en évidence la continuation de certains modes de gouvernement, définis au Moyen âge.

Mots-clés :

Royauté, Médiateur de la République, Défenseur des Droits, administration, réformes, maladministration, action administrative.

Abstract :

The Ombudsman's function (Médiateur de la République then Défenseur des Droits) appeared lately in France. The set up, in 1973, of an institution not connected to the administration, and charged to settle disputes involving public service and his users. The birth of the Médiateur de la République was justified by the necessity to create trust between the citizens and their administration. History shows us that kings of France understood very early this questioning. Currently with the starts of the state's construction, the development of the image of a king acting for his subject's goodness and protecting them from the royal administration, is not trifling. The end of the Middle Age, is a period of change where the royalty portays itself as an intermediary between its administration and its subjects.

The search for analogies between the royal function and the french ombudsman function, allows to show the continuation of some modes of government, defined during the Middle Age.

Key Words :

French royalty, French Ombudsman, Médiateur de la République, Défenseur des Droits, administration, maladministration, reform.

La difficulté d'un tel sujet tient au fait qu'il faut se méfier des anachronismes. On aurait tort d'assimiler l'idée du « roi médiateur » à un quelconque *ombudsman* – le roi est le médiateur de Dieu – de même, il faut se garder de poursuivre l'idée d'une administration médiatrice – c'est-à-dire l'administration en tant que truchement des politiques gouvernementales (Kernaghan, 1986). Plus modestement, il s'agira d'observer ce que la fonction de Médiateur de la République, créée en 1973 en France et désormais intégrée à celle de Défenseur des Droits, doit à la fonction royale, telle que celle-ci s'est construite au Moyen Âge et a évolué jusqu'à la révolution de 1789.

Aujourd'hui, et en suivant l'article 4 de la loi organique du 29 mars 2011, « le Défenseur des Droits est chargé de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public ». Il s'inscrit donc dans la continuation du Médiateur de la République à qui un champ de compétence analogue avait été confié par la loi du 3 janvier 1973¹. Plus largement, la création de cette institution se voulait le prolongement d'une politique visant à « améliorer les relations entre l'administration et les administrés². » (Delaunay, 1999).

Le Médiateur de la République intervient en cas de dysfonctionnement des services administratifs ou d'atteinte à l'équité. Lorsqu'une réclamation lui est portée, il examine le dossier et si la réclamation est recevable, engage un dialogue avec l'administration. Il faut donc le concevoir comme « un intercesseur gracieux entre le citoyen et l'administration³ » (Delaunay, 1999). Plus spécifiquement, il est un régulateur de l'action administrative qui s'efforce de réduire les conflits entre l'administration et les administrés. Il a aussi une mission pédagogique qui vise à limiter les incompréhensions entre les Français et leur administration. On notera toutefois que « cette deuxième mission s'apparente à une fonction de légitimation de l'action administrative et tend à réconcilier le citoyen et l'État. » (Delaunay, 1999).

Les deux fonctions confiées au Médiateur ne sont pas aussi modernes qu'elles le paraissent. Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser aux relations entre le roi et ses officiers au Moyen Âge. Si ces derniers « se rendent coupables de forfaiture, ils sont menacés de la confiscation de leurs biens et éventuellement de la peine capitale après jugement. Cet arsenal de sanction est fort compréhensible : n'offrent-ils pas l'image déformée du roi qu'il est nécessaire pour ce dernier de rétablir en protégeant les administrés contre les exactions des officiers ? » (Barbey, 1992). Réguler l'action administrative, faire le nécessaire pour réconcilier sujets et royauté, certes les cadres changent, mais les préoccupations demeurent.

1 Avec une subtile nuance toutefois puisque le Médiateur « reçoit [...] les réclamations concernant, dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement des administrations de l'État... ».

2 Politique voulue par Georges Pompidou et qui sera initiée par Jacques Chaban-Delmas puis poursuivie par Pierre Messmer dès 1969.

3 La citation utilisée ici est tirée des débats de l'Assemblée nationale lors de la création du Médiateur.

« Ce n'est probablement pas le fruit du hasard si les pratiques de médiation se développent de manière concomitante dans la plupart des démocraties occidentales dans les années 1970-1980. » (Faget, 2005). Elles apparaissent suite à des « métamorphoses de l'ordre politique » (Faget, 2005), lorsque « les modes de gouvernement sont toujours moins verticaux et autoritaires et toujours plus contractuels et consensuels » (Faget, 2005). Que ce phénomène se soit développé dans le dernier quart du XX^e siècle ne signifie pas qu'il n'ait jamais existé. Le bas Moyen Âge est une période de mutation : la lente construction de l'État, autour de la figure de la royauté, bouleverse les rapports de pouvoirs et de gouvernance. Paradoxalement, le développement de l'administration royale va de pair avec des formes de consensualisme qui s'épanouissent dans le développement des États provinciaux et généraux, ou dans le principe du consentement des populations à l'impôt⁴. Ainsi, certaines pratiques de la royauté française peuvent être perçues comme une préfiguration de ce que seront les *ombudsmans* du XX^e siècle. La recherche de certaines analogies, de perspectives, entre la fonction de Médiateur de la République (ou ce que lui doit aujourd'hui le Défenseur des Droits) et la fonction royale, permettra de dégager des permanences inattendues. Ainsi, on s'intéressera tout aussi bien à la forme donnée à cette institution, qu'à son but réel : rétablir la confiance entre administration et administrés.

Organisation et compétence

Mise en perspective avec la fonction royale, la fonction de Médiateur/Défenseur présente certaines permanences des plus intéressantes. Ces dernières portent d'abord sur la forme donnée à l'institution : celle d'une fonction personnalisée d'un accès aisé, mais également sur le champ d'action, à savoir la lutte contre la maladministration⁵.

Une fonction personnalisée et d'un accès aisé

Une des meilleures permanences est, sans aucun doute, la personnalisation extrême qui entoure les deux fonctions et leur positionnement. En effet, le Défenseur des Droits, et autrefois le Médiateur, est une autorité indépendante. Il est difficile de le qualifier d'autorité administrative, car « au sens littéral, l'autorité administrative représente les intérêts de l'administration [...]. Le Défenseur des droits ne représente nullement au sens propre les intérêts de l'administration puisqu'il a pour vocation de

4 Beaucoup de ces formes de consensualisme, voire même de contractualisme, ne sont pas étrangères au renouveau du principe romain *Quod omnis tangit...* : « Ce qui intéresse tout le monde doit être traité et approuvé par tout le monde ». D'abord utilisé par l'Église, il touche rapidement le monde laïc et préside à la création des Cortès de Castille en 1202 ou du Parlement Anglais, et finit ainsi par « justifier la discussion et la défense de questions non plus spécifiquement fiscales » (Krynen, 1993).

5 Ce terme anglais est ici transcrit littéralement, on peut lui préférer sa version française, mésadministration, dans tous les cas cela désigne un mauvais fonctionnement des services publics.

débusquer les cas de “maladministration”. [...]. C’est bien pourquoi on a pu dire que le Médiateur occupe un poste charnière ou une position d’interface entre la sphère publique et la société civile. » (Autun, 2011). Position amplement justifiée si l’on considère que le but du Médiateur est de « rapprocher l’administration de l’usager, ou de mieux garantir la transparence des services publics » (La documentation française, 2003). Pour rendre ce rapprochement plus évident, le parti pris fut, en 1973, celui de la personnalisation de la fonction. Le Médiateur de la République était ainsi une « institution personnalisée » (La documentation française, 2003). Aujourd’hui « le terme Défenseur des Droits désigne aussi bien l’institution que la personne qui la préside⁶ ».

Il faut se souvenir que « la royauté n’est pas un pouvoir, mais une fonction » (Olivier-Martin, 2010). Louis XIV aimait évoquer son « métier de roi »⁷ et à la veille de la Révolution, des auteurs énoncent que le roi exerce « en union avec son peuple, le plus important de tous les offices » (Guyot, 1786). « Cette préoccupation constante d’union s’étend à la pacification de litiges qui naissent entre les corps, comme au sein d’un même corps, entre les divers éléments qui les composent. » (Olivier-Martin, 2010). En conséquence, le roi est à même de connaître, de par sa fonction, des litiges entre administration et administrés. Œuvrant pour le bien commun du royaume, il se doit de promouvoir la paix entre ses sujets.

Cette personnalisation extrême de la fonction se double logiquement de la possibilité d’accéder facilement à son titulaire, c’est d’ailleurs un prérequis au vu des objectifs affichés. Ainsi, la royauté française a toujours pris garde à afficher une proximité physique. « Tels étaient en tout cas les premiers Capétiens qui aimaient exhiber au Palais ou dans la rue une bonhomie et une simplicité propre à tisser avec le peuple les liens d’une familiarité coutumière. » (Krynen, 1981). Il est ici aisé d’évoquer Louis IX et ses plaids de porte où n’importe quel sujet pouvait faire passer au prince, « une requête déposée dans les mains des clercs qui le suivent » (Barbey, 1992), sous les Valois, ces clercs prendront le nom de maîtres des requêtes.

Pendant l’Ancien Régime, cette pratique perdure par le biais des placets⁸, des « requêtes portées au roi directement par les intéressés eux-mêmes⁹ » (Krynen, 2009). Louis XIV accordait une grande attention à ce que ses sujets puissent l’atteindre de cette façon, ce qui lui permit, par ailleurs, de découvrir un certain nombre d’abus locaux (Olivier-Martin, 2010).

6 C’est ce qu’affirme très nettement le site internet du Défenseur des droits : <http://www.defenseurdesdroits.fr/sinformer-sur-le-defenseur-des-droits>

7 Sur la préparation à ce métier on se référera à Krynen, 1981.

8 Les demandes introduites par les placets portent sur des thèmes des plus divers : demandes de privilèges, de réexamen d’affaire judiciaire... Il n’empêche que si la justice royale est sollicitée, le roi est obligé d’y donner suite et peut juger l’affaire de nouveau.

9 L’auteur y cite Louis XIV qui explique comment il en est venu à réserver une journée spécifiquement pour traiter ces placets.

Le roi peut aussi échanger avec ses sujets lorsqu’il se déplace. Ainsi, les visites que le roi rend à ses bonnes villes, avec leurs entrées spectaculaires, sont des moments d’échanges, des occasions de dialogue ; et pour certains bourgeois, l’opportunité de faire aboutir leurs projets (Guenée, 1968). Parfois, certains voyages royaux sont organisés uniquement pour mettre en place ce dialogue. C’est ainsi que de septembre 1389 à janvier 1390, Charles VI se déplace en Languedoc afin de reconforter cette province, longtemps soumise aux exactions de son lieutenant-général. Le roi entend alors les plaintes de ses sujets et leur donne satisfaction (Barbey, 1992).

Cette accessibilité, véritable marque de fabrique de la royauté française¹⁰, n’a pas été aussi facile à mettre en œuvre dans le cadre de cette institution moderne qu’est le Médiateur. « En 1973, lors de la création du Médiateur, le législateur avait voulu faire des parlementaires les intermédiaires obligés » (Cluzel-Metayer, 2011), seuls ces derniers pouvaient saisir le Médiateur. L’idée était de leur faire jouer le rôle d’un filtre d’irrecevabilité destiné à éviter les saisines abusives. Mais « en éloignant les réclamants de l’institution, la saisine indirecte n’était pas satisfaisante » (Cluzel-Metayer, 2011), d’autant plus que le Médiateur avait fini par accepter les saisines directes, les régularisant *a posteriori*.

Depuis la loi de mars 2011, la saisine directe est la règle¹¹. Ainsi, toute personne, physique ou morale, peut saisir le Défenseur des Droits grâce à un simple courrier motivé, à condition toutefois que des démarches préalables auprès des administrations concernées aient été engagées. La saisine indirecte n’a cependant pas disparu et un parlementaire peut être contacté pour appuyer plus solidement un dossier. Suite à ces évolutions, il est évident que la saisine du Défenseur, gratuite de surcroît, est des plus aisées ; tout comme il était relativement aisé d’introduire ses réclamations auprès du roi.

Une permanence fondamentale : lutter contre la maladministration

Le but premier du Médiateur, transmis au Défenseur des Droits, est de lutter contre la maladministration, contre les dysfonctionnements de l’administration. Concrètement, cela consiste à « recevoir les réclamations des administrés relatives aux fonctionnements des services publics et [...] inciter l’administration à reconsidérer son attitude ou à remettre en cause des règles, des pratiques, des décisions qui gagneraient à être modifiées ou améliorées » (Delaunay, 1999).

10 Il est significatif que la royauté française ait toujours su exhiber et entretenir une sorte de proximité avec ses sujets. La royauté anglaise, par exemple, a suivi une voie inverse, s’enveloppant d’un lourd protocole tendant à créer une certaine distance. Sans doute, la différence des conditions d’accès au trône y est pour quelque chose, le nombre de souverains anglais assassinés ou destitués violemment ne disposait guère à laisser n’importe qui s’approcher de la personne royale...

11 On soulignera aussi la possibilité de s’autosaisir qui est offerte au Défenseur des Droits. De même, le rôle des délégués doit être souligné. Ces derniers sont les relais du Défenseur des droits sur l’ensemble du territoire et en 2013, ils ont traité 80 % des réclamations (tous domaines d’action confondus).

L'exposé des motifs de la loi de 1973 ne s'y trompait pas en faisant du Médiateur une institution chargée de « résoudre des difficultés qui échappent à un contrôle juridictionnel, mais qui blessent l'équité et le bon sens » (Delaunay, 1999). Ce qu'on attend du Médiateur, c'est bien d'être un régulateur de l'action administrative, qui va œuvrer simultanément à réduire les conflits et à limiter les incompréhensions pouvant naître de certaines décisions, ou actions, de l'administration.

Une fois de plus, ces préoccupations ne sont pas neuves, même si elles se sont exprimées différemment dans le temps. La maladministration médiévale pourrait passer pour de l'exaction, mais bien souvent, il faut voir dans le comportement des officiers royaux, un « zèle à défendre et accroître les prérogatives royales [qui] excède les vœux du roi, ce qui permet aux administrés de s'en prendre aux "mauvais officiers" d'un "bon roi" » (Barbey, 1992). Le cas est flagrant au XIII^e siècle en Normandie où des officiers royaux s'approprièrent des terres en faisant « une application trop rigoureuse de la règle qu'un voyage en Angleterre était preuve positive de déloyauté » (Strayer, 1974). À la même période, dans un Languedoc rattaché de peu au royaume, se relevant tout juste de la lutte contre l'hérésie cathare, « les biens occupés par les officiers le sont au nom du roi de France et désignent [...] les biens, les droits utiles et les revenus usurpés par les sénéchaux pour agrandir le domaine royal » (Dejoux, 2014). Plus tard, au XV^e siècle, c'est toujours en souhaitant agir dans l'intérêt du roi que les officiers commettront des abus : « Bien des sujets qui réclament justice devant les juridictions royales voient leurs plaintes piteusement rejetées sous prétexte d'atteinte à la majesté royale. Or de quoi s'agit-il le plus souvent ? De misérables qui ont à se plaindre des exactions des officiers de finance. » (Krynen, 1981).

Déjà depuis le XII^e siècle, la royauté commence à se montrer soucieuse des actes commis en son nom, pour preuve le « testament » de Philippe Auguste en 1190, où des baillis sont nommés pour encadrer les prévôts. Plus tard, « le règne de Saint Louis marque une volonté certaine d'inculquer à ses officiers [...] un comportement éthique. » (Dejoux, 2014). Cette volonté trouve sa plus éclatante manifestation dans les enquêtes menées par Saint Louis, dont le but est de « recueillir les griefs contre l'administration royale » (Dejoux, 2014). Le souverain n'organise pas ces enquêtes pour connaître son administration et pour en contrôler l'efficacité, mais pour affirmer à ses sujets [...] qu'il la domine et qu'il surveille ses débordements. » (Dejoux, 2014). Nous aurons à reparler de ces enquêtes dans la partie suivante en étudiant les moyens d'action des deux fonctions. On peut cependant soulever dès à présent que l'idée de réguler l'action administrative, au-delà des abus punissables en justice ou des exactions violentes, est ancienne et que dès le XIII^e siècle, l'administration est comprise comme une entité qui n'est pas neutre et susceptible d'agir par elle-même et parfois pour elle-même. Plusieurs historiens soulignent par ailleurs le fait d'une bureaucratie naissante au XIV^e siècle qui se singularise par la tendance à l'autonomie que manifestent les services qui la composent.

La lutte contre la maladministration n'est certes pas neuve, mais ce n'est pas là l'unique mission du Médiateur, puisque la loi du 24 décembre 1976 lui a ouvert la possibilité d'intervenir pour atteinte à l'équité. « Dans certains cas, si l'administration a agi d'une manière [ou à laisser se développer une situation] inéquitable, c'est en application des textes législatifs et réglementaires qui ne lui laissent aucune liberté d'action. En agissant différemment, elle se serait exposée à être sanctionnée par le juge administratif. » (Legatte, 1992). Il a donc été offert au Médiateur de pouvoir proposer une solution réglant en équité et non en droit la situation du requérant. L'équité ici invoquée ne relève pas de l'ordre du droit naturel, mais d'une acception plus étroite dans laquelle « l'équité constitue un correctif du droit écrit lorsque l'application de celui-ci entraîne des conséquences manifestement disproportionnées ou encore comble les lacunes de la loi et de la réglementation pour des cas précis qui n'ont pas encore été envisagés par celles-ci » (La documentation française, 2003).

Dans un pays où la tradition juridique a été de repousser l'utilisation de l'équité, cette utilisation peut, là encore, sembler surprenante. Mais il faut se rappeler que « cinq à six siècles continuellement, les chroniqueurs, les théoriciens politiques [...] ont célébré cette manière souveraine et paternelle de trancher les litiges, loin de tout formalisme et de toute procédure. [On perçoit ici] la solidité de l'idéal médiéval du roi justicier, d'un roi dans le procès sage comme un Salomon, équitable et miséricordieux » (Krynen, 2009). La possibilité ouvertement reconnue au Défenseur des droits de statuer en équité s'apparente de loin à celle qui a toujours été ouverte au roi de France. D'innombrables auteurs médiévaux, ou plus récents, agitent l'exemple de « Saint Louis, dont le procès de canonisation reprend largement les scènes où le roi rend la justice équitablement, puis celui de Charles V tel qu'il est décrit dans le *Songe du Vergier* » (Gauvard, 2012) ; certains d'entre eux suivant le franciscain Nicolas de Lyre subordonnent le jugement royal à l'équité (Scordia, 2012). Enfin, on signalera que tout tend à faire du roi le juge en équité par excellence, car la main de justice, remise le jour du sacre, représente l'équité (Olivier-Martin, 2010). Juger en recourant à l'équité c'est alors indubitablement s'élever au-dessus des autres juridictions¹². Aujourd'hui, permettre à une institution comme le Défenseur des Droits d'y recourir, c'est assurément lui reconnaître un statut particulier et une mission particulière (Legatte, 1992). Il faut dire que la mission confiée et effectivement des plus vastes, car au-delà des objectifs assignés par la loi, se cache un objectif bien plus large.

12 Il ne faut ici pas confondre jugement en équité et non-motivation des décisions (Dauchy, 2004), sur l'équité comme marque de souveraineté : Krynen, 2009, p. 139 s.q.

Un objectif précis : rétablir la confiance

« L'objectif étant de rétablir la confiance entre les administrés et l'administration »¹³, il était important de confier au Médiateur de la République des moyens d'actions d'envergure. Surtout la finalité de l'action du Médiateur/Défenseur reste la possibilité de proposer des réformes adaptées. Dans les deux cas, nous verrons qu'une fois de plus, certaines analogies gardent toute leur pertinence.

De larges moyens d'action

Ce rétablissement de la confiance passe par une action qui se veut transparente et complète. Pour ce faire, le Médiateur, puis le Défenseur des Droits, dispose de moyens d'investigation. Dès 1973, il est prévu que les ministres et toutes les autres autorités publiques sont tenus de lui faciliter la tâche (La documentation française, 2003)¹⁴. Concrètement, ils doivent communiquer tous les documents ou dossiers concernant l'affaire à propos de laquelle le Médiateur fait son enquête. De plus, les ministres sont tenus d'autoriser les agents placés sous leur autorité à répondre aux questions et éventuellement aux questions du Médiateur. La loi de 2011 est venue étendre les pouvoirs d'investigation du Défenseur des Droits car en vertu de l'article 22, il peut désormais se déplacer dans les locaux de la personne, ou de l'administration, mise en cause¹⁵. Il peut alors entendre toute personne susceptible de fournir des informations, et plus seulement des fonctionnaires. Il se fait communiquer toute information jugée utile directement par les personnes ou administrations mises en cause, et ce, sans passer par l'intermédiaire d'un ministre.

Au-delà de moyens poussés d'investigation, ces possibilités offertes au Défenseur des Droits permettent d'une part de créer le dialogue, ou du moins un échange, avec l'administration, ce qui s'avère nécessaire pour comprendre les phénomènes de maladministration dans toute leur ampleur. En outre, cela permet de montrer à l'administré que l'administration n'est pas une grande machine opaque et impénétrable : le rétablissement de la confiance est à ce prix. Là aussi, la royauté ne s'est pas privée d'utiliser des techniques d'investigation pour créer à la fois un échange avec ses sujets, de la transparence et réguler l'action administrative¹⁶.

¹³ <http://www.defenseurdesdroits.fr/connaître-son-action/la-mediation-avec-les-services-publics/presentation>

¹⁴ Ceci reprend les dispositions de l'article 12 de la loi du 3 janvier 1973.

¹⁵ S'il se déplace dans des locaux privés, le Défenseur est tenu de prévenir la personne qui peut s'opposer à la visite ou à la vérification. La visite, ou la vérification, ne pourra dès lors avoir lieu qu'après avis du juge des libertés du Tribunal de Grande Instance dont dépendent les locaux.

¹⁶ On note d'ailleurs un tel mouvement dès la fin du XII^e siècle en Angleterre (Lachaud, 2010).

Le premier exemple remonte à 1247 en Normandie, où des enquêteurs sont envoyés par Louis IX avec pour mission de « recueillir toute récrimination portant sur “les injustices, les exactions, les services injustement perçus et toutes les injures dont seraient coupables les baillis, prévôts, forestiers, sergents et leurs familles” » (Dejoux, 2014). Le but de ces enquêtes est de « réparer les torts faits aux sujets du royaume par le roi et ses agents [...] et de réparer les dommages causés au roi et à son domaine. [...] Les officiers sont la première cible désignée » (Canteaut, 2008). Corriger une situation inéquitable, réparer des abus, telle est bien la préoccupation majeure et pour ce faire les émissaires royaux s'appuient sur une technique judiciaire, signe de la tentative de mise au pas de l'administration. L'enquête est une procédure contradictoire où les deux parties sont convoquées et se répondent ensuite mutuellement sur leurs arguments respectifs. « Parfois l'officier reconnaît entièrement les faits et donne immédiatement une compensation financière au demandeur, parfois il n'en reconnaît qu'une partie et l'on procède à une composition. » (Dejoux, 2014). Si l'officier nie tout, démarre alors une procédure judiciaire où seront invoqués preuves et témoignages. Ces enquêtes de réparation, qui ne visent alors qu'à redresser des torts, combattre les effets de la maladministration, vont évoluer. De plus en plus, « le dispositif confie [...] à des commissaires d'une part le soin d'enquêter sur la véracité (*veritas*) de ce tableau, d'autre part, d'améliorer cette situation, ou pour reprendre un vocabulaire de plus en plus courant depuis 1302, de la “corriger” ou de la “réformer” » (Canteaut, 2008). Dès le début du XIV^e siècle commence à apparaître une séquence politique cohérente : requête-enquête-réforme. « Cette forme de dialogue entre le roi et ses sujets ne ternit en rien la plénitude de l'autorité royale. Au contraire, elle lui permet d'atteindre un idéal de vérité qui conditionne son bon gouvernement » (Gauvard, 2008). Plus tard, vers le XV^e siècle, se développent les enquêtes administratives, qui ont pour finalité d'informer sur le fonctionnement de l'administration et le comportement des officiers¹⁷ (Mattéoni, 2008).

Une fois les dysfonctionnements constatés par l'enquête il convient donc d'y mettre fin. La compensation financière ou la restitution des biens confisqués sont les modes d'action privilégiés de la royauté. Quant à l'officier qui a fauté, le roi est libre de le destituer à tout moment (Barbey, 1992), même si dans la pratique, il faut que les abus commis soient particulièrement graves¹⁸. On retiendra de toute façon que l'enquête peut déboucher sur une procédure judiciaire sanctionnant immédiatement l'officier.

¹⁷ La popularité de l'enquête pour encadrer l'administration est toutefois perceptible dès le début du XIV^e siècle, entre 1314 et 1328, pas moins de 64 enquêtes sont diligentées par le pouvoir royal.

¹⁸ Ceci est dû au mouvement de vénalité des offices. Si les destitutions ou les révocations d'officiers sont toujours possibles, il faut se souvenir qu'à partir du XV^e siècle les officiers deviennent inamovibles puis obtiennent la propriété de leur charge au XVI^e, il devient dès lors plus difficile pour la royauté d'agir sur eux.

Heureusement le Défenseur des Droits, et avant lui le Médiateur, dispose de moyens d'action plus mesurés. Il n'est pas une autorité judiciaire, donc il ne cherche pas à sanctionner l'administration : il intente une médiation pour trouver une solution qui satisfasse les deux parties. Il peut également présenter une recommandation à l'organisme mis en cause. Initialement, cela ne devait que permettre d'éviter les renouvellements du dysfonctionnement. Puis est apparue la possibilité d'introduire des recommandations en équité, où le Défenseur va présenter une solution permettant de régler en équité la situation du requérant (La documentation française, 2003). Afin d'améliorer l'impact de ces recommandations, la loi du 29 mars 2011 a attribué au Défenseur un pouvoir d'injonction. S'il constate que sa recommandation n'est pas suivie d'effet, il peut enjoindre la personne mise en cause à prendre les mesures nécessaires, sans quoi il peut écrire un rapport qu'il rend public¹⁹. Enfin, on soulignera que le Défenseur peut saisir l'autorité compétente pour engager des poursuites disciplinaires, là aussi en l'absence de réaction de cette autorité, un rapport peut être écrit et rendu public²⁰.

La finalité de l'action : la réforme

Le plus important des moyens d'action confiés au Défenseur des Droits, et au Médiateur de la République à partir de 1976, est sans conteste la possibilité qui lui est offerte de réformer en recommandant de procéder aux modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent utiles. Ceci lui permet d'inscrire son action dans la durée avec efficacité. Pour ce faire, le pouvoir d'investigation dont ont été dotées ces institutions successives se double de la possibilité de solliciter directement le Vice-président du Conseil d'État ou le Premier président de la Cour des comptes pour leur demander des études portant sur des sujets précis. Les capacités d'information du défenseur sont donc extrêmement larges et sont assorties à la largeur de son champ d'action en matière de réforme.

Car si elle est « formellement secondaire par rapport à la mission originelle du Médiateur [...] l'activité de promotion de réforme constitue un volet particulièrement valorisé de l'action de l'institution » (Revillard, Baudot, Chappe, Ribemont, 2011). Les deux activités sont étroitement imbriquées : « Le Médiateur a historiquement construit la légitimité de ses propositions de réforme par l'appui pris sur l'instruction de dossiers individuels. [...] Mais le Médiateur peut également être "saisi" de propositions de réformes par des individus ou des personnes morales, au même titre qu'il peut être saisi de réclamations individuelles ». (Revillard, Baudot, Chappe, Ribemont, 2011). En somme, « une saisine peut suffire à déclencher une

¹⁹ Le pouvoir d'injonction du Médiateur de la République était moindre puisqu'il ne portait que sur l'exécution des décisions de justice par les organismes publics.

²⁰ Il y a ici une limitation du pouvoir de substitution du Médiateur tel qu'il avait été prévu en 1973. Le Médiateur pouvait alors engager une procédure disciplinaire si l'autorité compétente faisait défaut et le cas échéant saisir d'une plainte la juridiction répressive.

proposition de réforme » (Revillard, Baudot, Chappe, Ribemont, 2011). Mais ces propositions ne sont pas lancées tous azimuts, « ce qui guide l'intervention, [...] n'est pas le domaine concerné (secteur public), mais l'existence d'une "situation inéquitable" ou d'un "vide juridique" » (Revillard, Baudot, Chappe, Ribemont, 2011). Cependant, plusieurs critères sont mis en avant : une exigence de portée générale qui se traduit par un refus de mesures *ad hoc* ; l'attente d'un certain délai en cas de réclamation portant sur une loi trop récente ; la faisabilité de la proposition²¹ ; et, enfin, le fait que la proposition ne remette pas en cause les orientations générales des politiques publiques adoptées par le gouvernement (Revillard, Baudot, Chappe, Ribemont, 2011).

Dans le même ordre d'idée, la royauté française n'a pas hésité à se lancer dans des réformes visant à améliorer les pratiques administratives. Le plus célèbre exemple en est l'ordonnance administrative de 1254, pour le seul Midi royal, et 1256 pour le royaume entier, dans laquelle Saint Louis définit strictement les obligations statutaires de ses officiers, et leur trace de véritables lignes de conduite. Ces ordonnances sont l'aboutissement des enquêtes de réparation menées les années précédentes. Signe qui ne trompe pas, les émissaires royaux chargés de ces missions ont été désignés par les historiens sous le vocable d'enquêteurs-réformateurs, ce qui montre bien la véritable nature de leur mission et où se situe l'aboutissement de l'action. Les ordonnances de réformation impulsées par ces enquêteurs-réformateurs se multiplieront au fil du temps. Il est à souligner que l'enquête est un instrument à part entière de ces réformes : « Il est rare que le roi prenne une décision administrative en réclamant une enquête qui n'aurait pas été précédée d'une requête [...]. Il s'agit seulement de savoir si ce qui a été décidé est juste, raisonnable, bon pour le roi, bon pour le royaume » (Gauvard, 2008). Là aussi, la précaution est de mise : « prise sur requête ou par "propre mouvement" la décision doit préalablement être mesurée, pesée. » (Barbey, 1992) « La prudence est jugée [...] comme la valeur cardinale de l'office royal. » (Barbey, 1987).

Requête-enquête-réforme, dans sa version moderne réclamation-recommandation-réforme, tel semble être le schéma d'action des institutions, des fonctions, qui servent d'intermédiaire, de truchement, entre l'administration et les administrés. Si la fonction de Médiateur, pour ne pas dire d'*ombudsman* au sens plus large, semble être le produit de la modernité, il faut reconsidérer ce que des siècles de pratique administrative avaient déjà initié. Il devient dès lors aisé de constater « la permanence d'un dialogue [...] centré sur les problèmes que soulèvent les nouveaux modes d'intervention du pouvoir » (Krynen, 1993). Le développement de l'administration royale, qui va de pair avec celui de la souveraineté et en filigrane la construction de l'État, ne devait pas se faire au détriment du soutien des sujets. Il était important de laisser une marge de manœuvre conséquente à cette administration plus royaliste

²¹ Un exemple évoqué était celui des frais bancaires, à propos duquel plusieurs agents travaillant pour le Défenseur des Droits s'étaient demandé s'il n'y avait pas là un affrontement du type « pot de terre contre le pot de fer ». (Revillard, Baudot, Chappe, Ribemont, 2011).

que le roi, dont l'action était efficace pour asseoir la souveraineté, tout en en prévenant ses abus, ses débordements, qui risquaient de froisser les sujets, d'où l'intérêt de toujours demeurer à l'écoute de ces derniers, de véritablement dialoguer avec eux.

En France, l'administration a été le ciment de la cohésion nationale, à y regarder de plus près, « la croissance de l'administration est décidément la marque primordiale de l'histoire de l'État » (Guenée, 1964). Respecter les droits et les identités régionales, tout en les assujettissant à des officiers désignés par le roi, nécessitait une surveillance de tous les instants pour maintenir ce précaire équilibre (Strayer, 1979). C'est bien en parallèle à une évolution des formes de gouvernement, le passage de la féodalité à la souveraineté, que s'est construite l'image d'une royauté dont l'un des aspects de la fonction consiste à réconcilier ses sujets avec son administration²², favorisant par là même la cohésion sociale²³.

Dans cette optique la création en 1973 d'un Médiateur, instrument de dialogue entre l'administration et les administrés n'est pas anodine. « Le succès de la médiation est probablement l'indication d'une société qui cherche une nouvelle façon de gouverner la cité et de fabriquer de la cohésion à travers de nouveau référentiel d'action. » (Faget, 2005). L'institutionnalisation de la médiation – et son extension à bien d'autres secteurs –, pratique reprise et revendiquée²⁴ par le Défenseur des Droits « n'est pas le fait aléatoire d'une conjoncture particulière. Elle s'inscrit dans le contexte d'une transformation profonde du monde » (Faget, 2005).

Si l'on trouve autant d'analogies, de permanences entre la fonction royale et la fonction de Médiateur, c'est parce qu'en elles-mêmes gît une préoccupation identique : pour le Médiateur rapprocher l'État et les citoyens, pour le roi, maintenir l'union avec ses sujets. Dans les deux cas, l'idée de cohésion nationale est au centre de la fonction.

²² On pourrait également faire valoir l'attitude particulière de certains souverains influençant à l'avance certaines enquêtes pour que les enquêteurs soient plus enclins à répondre favorablement aux plaintes qui leur sont déposées... Il y aurait ici une stratégie de l'enquête destinée à renforcer le soutien au roi.

²³ L'idée d'union entre le peuple et avec la personne royale est une idée centrale de la monarchie française. Pour le grand théoricien de la souveraineté Jean Bodin, le roi a pour mission « d'accorder ses sujets les uns aux autres, et tous ensemble avec soi ».

²⁴ « Le Défenseur des droits est chargé d'améliorer les relations entre le citoyen, l'administration et le service public, notamment par la médiation. » <http://www.defenseurdesdroits.fr/connaître-son-action/la-mediation-avec-les-services-publics>

Bibliographie

- Autun J.-L., 2011, « Le statut du Défenseur des Droits », *Revue Française d'Administration Publique*, n° 139, p. 421-431.
- Barbey J., 1987, « Le modèle du roi », p. 6, *Le miracle capétien*, Rials Stéphane (dir.), Paris, Perrin, 402 p.
- Barbey J., 1992, Être Roi, *Le roi et son gouvernement de Clovis à Louis XVI*, Paris, Fayard, 573 p.
- Canteaut O., 2008, « Le juge et le financier, les enquêteurs-réformateurs des derniers capétiens (1314-1328) », 49 p., Gauvard C. (dir.), *L'enquête au Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, 2008, p. 269-318.
- Cluzel-Metayer L., 2011, « Réflexions à propos de la saisine du défenseur des droits », *Revue Française d'Administration Publique*, n° 139, p. 447-460.
- Dauchy S., V. Demars-Sion, 2004, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'Ancien Droit : principe ou usage ? », *Revue historique de droit français et étranger*, 82 (2), pp. 171-188.
- Dejoux M., 2014, *Les enquêtes de Saint Louis, Gouverner et sauver son âme*, Coll. Le nœud Gordien, Paris, Presses Universitaires de France, 475 p.
- Delaunay B., 1999, *Le Médiateur de la République*, Coll. Que sais-je ?, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 126 p.
- Faget J., 2005, J. Faget (dir.), « Introduction », *Médiation et action publique : la dynamique du fluide*, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, p. 11-35.
- Gauvard C., 2008, « De la requête à l'enquête », 29 p., Gauvard C. (dir.), *L'enquête au Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, p. 429-458.
- Gauvard C., 2012, « Introduction », 21 p., Menegaldo S. & Ribemont B. (dir.), *Le roi fontaine de justice, pouvoir justicier et pouvoir royal au Moyen Âge et à la Renaissance*, Klincksieck, p. 7-28.
- Guenée B., 1964, « L'histoire de l'État en France à la fin du Moyen Âge », *Revue Historique*, n° 222, p. 333-360.
- Guenée B., F. Lehoux, 1968, *Les entrées royales françaises de 1328 à 1515*, Paris, Éditions CNRS, 366 p.

- Guyot J., P. Merlin, 1786, *Traité des droits, fonctions, franchises, exemptions, prérogatives et privilèges annexés en France à chaque dignité... : ouvrage de plusieurs jurisconsultes et gens de lettres*, Paris, Visse, T. I, 655 p.
- Krynen J., 1981, *Idéal du Prince et pouvoir royal en France à la fin du Moyen Âge*, Paris, A. et J. Picard, 341 p.
- Krynen J., 1993, *L'empire du Roi, idées et croyances politiques en France XIII^e-XV^e siècles*, NRF, Paris, Gallimard, 556 p.
- Krynen J., 2009, *L'État de Justice, France, XIII^e-XX^e siècle, Tome I, L'idéologie de la magistrature ancienne*, coll. NRF, Paris, Gallimard, p. 27.
- Kernaghan K., 1986, « Évolutions des modèles de l'administration médiatrice dans ses rapports avec le public », *Revue internationale des sciences administratives*, Vol. LII, n°1, p.11-22.
- La documentation française, 2003, *Le Médiateur de la République, une autorité indépendante au service des citoyens, trentième anniversaire, 1973-2003*, Paris, La documentation française, 77 p.
- Lachaud F., 2010, *L'Éthique du pouvoir au Moyen Âge, L'office dans la culture politique (Angleterre, vers 1150 – vers 1130)*, Paris, Éditions Classiques Garnier, p. 323-332.
- Legatte P., 1992, « L'intervention du Médiateur de la République dans le domaine de l'équité », 9 p., *Justice, médiation et équité*, Paris, La documentation française, Paris, p. 9-18.
- Olivier-Martin F., 2010 *Histoire du droit français, Des origines à la révolution*, Paris, CNRS Éditions, 1^{ère} Édition 1948, 758 p.
- Mattéoni O., 2008, « Enquête, pouvoir princier et contrôle des hommes », 41 p., Gauvard C. (dir.), *Enquête au Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, p. 363-404.
- Revillard A., P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, T. Ribemont, 2011, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République, Rapport final*, Paris, Mission de Recherche Droit et Justice, Université Paris 13 Nord, 383 p.
- Scordia L., 2012, « Devoir de justice et amour du roi aux XIII^e-XV^e siècles », 14 p. Menegaldo S. & Ribemont B., *Le roi fontaine de justice, pouvoir justicier et pouvoir royal au Moyen Âge et à la Renaissance*, Klincksieck, p. 129-143.

- Strayer J. R., 1974, « La conscience du roi : les enquêtes de 1258-1262 dans la sénéchaussée de Carcassonne-Béziers », 11 p., *Mélanges Roger Aubenas*, Montpellier, Faculté de Droit et de Sciences Économiques de Montpellier, p. 725-736.
- Strayer J. R., 1979, *Les origines médiévales de l'État moderne*, Paris, Payot, 156 p.

Pour citer cet article

Référence électronique

BLAZY, Adrien « Fonction royale – fonction de Médiateur : Analogies et perspectives », Revue Miroirs [En ligne], 2 |2015, mis en ligne le 1 février, 2016, <http://www.revue miroirs.fr/links/3/article2.pdf>.

Auteur

Adrien Blazy
Docteur en droit, CTHDIP,
Université Toulouse 1 Capitole,
adrien.blazy@ut-capitole.fr

Droits d'auteur

© RevueMiroirs.fr

Justice and the defence of rights in England and Wales : the case of Equity

Anne-Marie O'Connell
University of Toulouse 1 Capitole

Résumé :

Alors que le système connu sous le nom de *Common Law* se développait, un phénomène de fossilisation de la procédure d'accès aux tribunaux limita le recours à la justice pour les sujets du royaume ainsi que le pouvoir des juges (1258 *Provisions of Oxford*). Le Roi, « Fontaine de justice » et dernier recours des pétitionnaires, délégua son pouvoir de rendre la justice à son *Lord Chancellor*, son Secrétaire d'État et ecclésiastique à l'origine, qui remédia à ces nombreux dénis de justice en créant un système destiné à corriger les défauts de la loi sans s'y substituer : l'*Equity*. Système inspiré du droit canon, l'*Equity* juge en fonction de ce qui est moralement acceptable, et introduit en droit anglais de nouveaux droits, de nouvelles procédures et de nouveaux remèdes.

La présente contribution analysera comment l'*Equity*, au moment où elle se constitue, peut représenter un embryon de justice réparatrice, et le *Lord Chancellor* un prototype lointain du défenseur des droits, et comment, d'autre part cette approche particulière du droit demeure fermement ancrée dans le système judiciaire anglais.

Mots-clés :

Equity – justice - Lord Chancellor – Common Law- réparation- procédures- droits- défenseur.

Abstract:

As the legal system known as *Common Law* was developing in England, access to justice via the procedural writ system was abruptly limited by the 1258 *Provisions of Oxford*, which denied access to those litigants who could not fit in the existing claim forms and prevented judges from creating new ones. The King, “Fountain of Justice” and last resort for the petitioners, delegated his residual prerogative to render justice to his Lord Chancellor, both secretary and confessor. The latter remedied to this denial of justice by setting up a system of court designed to mitigate and correct the rigours of the law without becoming a substitute for it. This system, inspired by canon law and called *Equity*, decides cases according to what is morally right, and introduces new rights, new procedures and new remedies into English law.

The present contribution analyzes how the emerging system of *Equity* can be seen as the starting point of reparative justice, and the *Lord Chancellor* as the prototype of the defender of rights; secondly, it will also see the limits of this analogy by showing that this particular approach to law remains firmly anchored in the English court system.

Keywords:

Equity – justice - Lord Chancellor – Common Law – reparation – procedures – rights - defender.

INTRODUCTION

The Office of the Human Rights Commissioner in England and Wales is a relatively recent creation; it can be tied to the development of Human Rights law as embodied by the European Convention on HR or the UN *Universal Declaration of Human Rights*. All but two of the articles in the European Convention were incorporated into domestic law by the *Human Rights Act* 1998. In spite of all this, the history of the English legal system shows no clear influence from other legal traditions pertaining to the defence of individual rights by reference to a single overarching document. However, the notion of right is embedded in English law and can be defined as the sort of interests that society will protect, under the control of courts. John Locke, in his *Second Treatise of Government* (1698), enumerates them as: property, quiet enjoyment, physical integrity and civil rights such as individual freedoms provided that public order be not under threat (Locke 1698: 157).

But rights, like law, are part and parcel of the social fabric that gave rise to them, and, consequently, they are also submitted to change, not in terms of definition, but must be upheld consistently with the normal evolution of society. In other words, the defence of rights goes on a par with the manner in which equity mitigates and corrects the rigidity of legal rules.

In England, this corrective dimension took the form of a new approach to law called Equity. It emerged as a body of principles when the Common Law courts could no longer address those legal disputes that did not find any correspondance in the limited set of writs, i.e. the claim forms available to enter a plea in court. This led those who were denied legal remedies to petition the King, the “Fountain of Justice” (Goodnow 1891: 495). The latter transferred that matter to his Lord Chancellor, a prominent member of the Royal Council, the Keeper of the Royal Seal and the intermediary with the Barons who had formed the first form of Parliament (what would become the House of Lords). He soon assumed a full judicial position by setting up the Court of Chancery, the role of which was to give redress to plaintiffs where the Common Law courts could not, by resorting to its own equitable principles called the “Maxims of Equity”. With time this remedial institution became a court with its own rules of procedure and precedents until the Judicature Acts of 1873 and 1875 merged the Common Law courts and the Courts of Chancery: today all English courts can judge both at law and in equity.

The present contribution aims to address the two following issues: first, can equity be considered as a source of creation of rights and interests? If so, how were these rights defended? Finally, how far can the Lord Chancellor be considered as a prototypical defender of rights?

However, considering the close connection of Equity with the English court system, and the particular position of the Lord Chancellor, the second part will examine what can mitigate this vision and limit the risks of anachronism when dealing with Equity.

I- Equity as an early form of defence of rights

The term “equity”, meaning “fairness” illustrates Aristotle’s definition of the inner tension that exists within the province of law. In his *Ethics*, he claims that the law is a general principle that is applied universally and equally to every member of the polity and governs every aspect of society: justice is akin to equality (Book 5, 2, 1130b30- 1131a1). However, a strict and uniform application of the law, which is globally desirable, may generate injustice in individual cases. It is therefore necessary to mitigate the rigour of the law by deciding on the ground of fairness, and thus make sure that law is compatible with justice, according to Aristotle’s *Ethics* (Book 5, c. 10). This must yet guarantee that the corrective dimension of justice does not distort the equal application of legal principles to everyone and every situation. This is precisely what the maxims of Equity aim to show. This series of short proverbs, designed by lawyers as a learning tool for students who had to memorize the core principles of the law, express how the pursuit of justice will constitute a factor of change in law. Equity also addresses the issue of accessibility to justice which was felt to be a key characteristic of the law. Universal applicability of the law implies its accessibility.

A- “Equity follows the law”

This maxim illustrates the ancillary nature of Equity that originally aimed to redress the hardships of the law. Common Law itself had attempted to deal with its increasing procedural rigidity in relation to natural law principles (Curzon 1979: 96):

In accordance with medieval principles the King has been considered as the Fountain of Justice, and retains a residuary jurisdiction to ensure that justice was done to his subjects by means of petitions addressed to him. He could issue writs called *brevia magistralia* when *brevia de cursu* (those issued by courts) would not deal with the harm complained of (Bracton 1250-56). This lasted until the *Provisions of Oxford* were enacted in 1258, which put an end to this form of judicial creativity by the King’s Courts. The limits put to the creation of new writs was essentially the result of a power struggle with the Barons, who feared the growing influence of the monarchy. Until then, the King’s Council (*Curia Regis*) could also exert a discretionary right to give relief on the basis of petitions received. This would define rights as immanent to the case in point, and privileged the claim over procedural constraints. From this perspective, rights are considered negatively: claiming a right for a plaintiff would mean having access to courts, which in turn is an acceptable definition of justice. But rights are also consubstantial with the outcome of the

case, in that it should be possible to give justice over time, which may conflict with the limits imposed by the rendering of a final decision. Justice thus coincides with the possibility to reopen a case or appeal against a decision. And indeed this became possible under Edward III in certain circumstances, as when new matter had emerged since judgment of a case had been passed. This was done by means of a writ of *audita querela* (“quarrels having been heard”).

Accessibility to justice is also complemented by taking local circumstances into account, which was the case with *Bills in Eyre*, developed between the 13th and the 14th centuries. It meant that travelling circuit judges in the provinces could exercise equitable jurisdiction throughout the realm in local assemblies called Eyre. With this circumstantial dimension, the law considered that rights were tied to specific situations, and to the necessity to adapt the law to them. This is further evidenced by Common Law developing actions of an equitable nature among which actions of *covenant* (when the defendant is ordered to perform his obligations) can be mentioned, along *writs of prohibition*, which were an early type of injunction, *suits of mill* (the Common Law equivalent to a perpetual injunction), writs of *quia timet* (“because he fears”), or the delay allowed by the King’s courts in repayment of mortgage and debt, which was akin to the equity of redemption. These measures devised by Common Law courts embraced the notion that the purpose of the justice system was to resort to what Aristotle calls “prudence”, which consists in tailoring the rules to the particular circumstances: it lies at the heart of decision-making, not in the existence of intrinsic rights owed to those seeking the intervention of courts. The coincidence of prudential decisions and Christian (or Church) doctrine reassessed the concept of right more positively as Equity emerged as a body of doctrine. Petitions for justice were gradually considered, albeit in a prototypical manner, as civil rights and entitlements. Equity takes responsibility for the upholding of these rights, and this is impersonated by the emergence of the Lord Chancellor as the key official in such matters.

B- “Equity will not suffer a harm to be without remedy”

Unlike the other senior positions in the Judiciary, which emerged from the structure of the court system, the Lord Chancellor came from an altogether different background. Originally Lord Chancellors were ecclesiastics and acted as the King’s secretaries or even Prime Ministers of sorts, and were known as the “Keepers of the King’s conscience” (Burdick 2004 : 79). Petitions were addressed to them on appeal “for charity and in God’s name”; Chancellors were well-versed in canon law, and remedies were influenced by the Christian doctrine, both in form and in content. They were sought “in the name of reason, of right and conscience”, a perspective that was distinctly set in the school of Natural Law. What makes the Lord Chancellor so different from the Common Law judges is that he already held other offices : although he had no elective mandate, and did not stand to represent

those whose rights had been violated by the government or its bureaucracy , the Lord chancellor cumulated many functions :as a member of the Executive, he was the King’s secretary and his advisor in spiritual and temporal matters, drafted documents and affixed the Royal Seal as a sign of authenticity (he was the Keeper of the Royal Seal) ; he was a member of the Great Council, to which Chancery was attached as an administrative service ; by the end of the 12th century, Chancery had become a separate department .As a member of the Legislative, he was the Prolocutor of the House of Lords (the older House of Parliament, chronologically), and thus, became in time the Speaker of the House of Lords. He was not legally trained in Common Law doctrines, and thus held a different view on the manner in which decisions of justice should be rendered. The Lord Chancellor was not independent from the King, but his position was singular; indeed, he became the first official to embody judicial redress and the possibility to give a voice to the petitioners whose right to justice had been denied by the rigidity of court procedure. In fact his way of dealing with cases that courts could not hear showed that justice was attached to a position, or more particularly to a person who embodied moral rectitude and Christian values.

C- “Equity acts on the conscience”

Equity is based on the precepts of natural law (*jus naturalis*) and on the laws of God, and its doctrine was referred to as “the doctrine of conscience”; one important judicial consequence was the reliance on discretion exercised by the Lord Chancellor himself, who conducted the examination of the defendant, to seek out the principles and moral standards underlying the act complained of. For the same reason, the Chancellor (later on, in the courts of Chancery) did not resort to juries, contrary to Common Law courts. Conversely, access to Equity was more direct. Moreover, the association of Equity to the laws of God as embodied in the concept of “conscience” and “conscionable act” had other effects: first, it could prevent the operation of a law found to be contrary to the Law of God if the plaintiff’s hardship could be attributed to that law. The measuring rod in those circumstances was the Chancellor’s conscience, and this had to be taken literally. But it also assumed that the plaintiff followed the same moral principles, and that his moral conscience would be hurt along with his sense of justice. Secondly, when Common Law gave remedies “as of right”, equitable remedies were discretionary. The Lord Chancellor established the right that needed to be upheld by means of cross-examination, then he also provided the remedies that would best serve these rights: thus the remedies were not only discretionary, they were also the result of judicial activism and creativity.

Moreover, Equity acts *in personam*, not *in rem*, which means that it proceeds not against the defendant’s chattels but against him and his conscience. One consequence of this doctrine is that any attempt by a litigant to avoid or refuse to

comply with a court order would be considered as “contempt of court”; this was punishable by imprisonment.

More importantly, the Chancellor could issue a decree in the form of a “declaration of rights” or an “order” that would finalise his decision and impose remedies. Again, ignoring an order would lead to prison. The penalty also applied to the first stages of the proceedings when the Chancellor issued a writ of *subpoena* against the defendant summoning him to appear before him.

The importance of conscience as a tenet of a judicial doctrine was- and still is- such that acting unconscionably in equity would deny any relief to an otherwise arguable case. Hence the value of a maxim that claims “He who comes to equity must come with clean hands”. The procedural flexibility of procedure in equity derives from the role played by the Chancellor. It was therefore consistent to adopt a less rigid approach to procedure, which would improve access to court and justice for litigants. The emphasis was deliberately more on the substance of the case, and less on the form.

D - “Equity looks to the intent and not to the form”

Procedural rules in equity differed from procedure at Common Law in that a formal error would not result in the dismissal of a case. Equity aims at solving disputes, so it developed a certain number of procedural tools enabling the Chancellor to hear disputes and decide in conscience.

Proceedings commenced with a *bill* (petition) and not by a writ: it has no prescribed form, which means it was more accessible to the plaintiffs; the defendant was then served with a summons to attend (writ of *subpoena*) on pain of penalty (a “commission of rebellion” was issued if the writ was ignored), which can be considered as the ancestor of “contempt of court”. He then appeared before the Lord Chancellor and answered the petition orally, and then the Chancellor conducted an interrogation in order to “purge” his conscience if necessary. The examination of a defendant under oath had no parallel at Common Law at the time.

Besides, originally, proceedings were initiated in Anglo-French, then in English (and not in Latin contrary to the usage of the time), and all this meant that petitioners did not, at the beginning, need the assistance of a counsel. But the most original contribution of Equity to the law lies in the variety of remedies devised by the Court of Chancery; these remedies are still in use nowadays.

E - “Equity looks as done what ought to be done”

Equity developed remedies alongside its principles, and it also came to recognize rights that the courts of Common Law did not. The matter was all the more urgent

as the creativity of the Common Law courts had been severely curtailed with the *Provisions of Oxford*; procedural rigidity did not come from law itself but as the result of a political struggle for power between the king – and his courts- and the Barons, who were not only the pillars of feudalism, but also emerged as the natural opponent to the monarch. One consequence of the then limited powers of the *Curia Regis* provided the bulk of the cases that were brought before the Chancellor and his court. First there would be matters arising out of the lack of Common Law remedies, notably the failure to recognize the *use*, and equitable interests in land ownership, matters pertaining to the rigidity of Common Law rules of evidence, as described above. Another aspect of the importance and efficacy of Equity concerned matters arising out of the inadequacy of damages at Common Law: the latter only awarded financial compensation called *damages*, which may not be the best solution to all disputes. Equity awarded specific relief, like an order to perform an obligation (called *specific performance*), or to return the goods lent to the plaintiff (*restitution*). Equity also intervenes in matters arising out of mutual agreement (contracts): when a dispute concerns the performance of a contract, equity is concerned with establishing the good faith of a party (“Equity imputes an intent to fulfil an obligation”): the polymorphic nature of the doctrine of conscience enables the Chancellor to examine the elements of contract formation, namely the intent that presided over the agreement. Thus his jurisdiction also encompassed matters arising out of fraud: Equity could prevent the Common Law enforcement of an agreement entered as the result of duress or fraud or misrepresentation. Likewise, it extended its competence to matters arising out of a transfer of debt, whereas Common Law did not recognize the assignment of a debt. Equity may be considered as a source and means to defend rights in so far as it put the person at the centre of the dispute, and considered the consequences of the case on the parties to the litigation. Emphasizing the role of conscience is also to correlate it to personal, moral responsibility; on this basis rights emerge, and this provides a reason to defend them. Conversely, even if these considerations were not completely absent from Common Law doctrines, the latter focused more on the rights arising out of the facts, and less on the intentions that gave rise to the case. Equity associated moral criteria to the material circumstances of the case and analysed it on the basis of justice as fairness. This applied to the most fundamental interest protected by medieval society, namely the ownership of land. It encompassed the rights of tenants, the rights of beneficiaries, the right to divide land, or the administration of estates (which led to the creation of *trusts*), and the clearing of debts, called equity of redemption. Another, more marginal jurisdiction, concerned the petitions from foreign merchants, who were deprived of access to Common Law courts by reason of their nationality.

To sum up, Equity represents an early form of defence of rights in terms of accessibility, of creation of rights otherwise ignored by Common Law, which it aimed to supplement.

However, there are mitigating factors in that description indicative of Equity's fundamental difference with the office of the Defender of Rights.

II- Equity and the protection of rights: the limits of the analogy

A – Equity was born out of the justice system, and never departed from it.

The remedial nature of Equity must be seen in the light of the existing dichotomy between law and justice; because of its ancillary nature, Equity remedies the hardships of the law; it was never allotted a specific jurisdiction entailing the guardianship and protection of any specific, or individual right. The following points will enlighten this statement: first, Equity developed its own remedies while following the changes incurred by Common Law courts jurisdictions; in fact it owes its existence to the gradual fossilization of the writ system, and not to the necessity to uphold rights that feudal society would consider as essential. Secondly, the Lord Chancellor structured his new office by setting up a court under the auspices of the Chancery. As a result, and like any other court, the Court of Chancery became increasingly technical in terms of procedure. Even if the approach to law remained distinct from that delivered by the Common Law courts, its everyday administration became similar in form. Consequently, Equity in the Court of Chancery built up its own precedents and specific rules of procedure: it stood as a separate jurisdiction by the end of the 14th century, to the extent that it acted as a “rival” system to the Common Law courts. The struggle for influence was embodied in the 16th and 17th centuries by the ongoing feud between the Lord Chancellor and the Lord Chief Justice, head of King's Bench. Beside the personal animosity between Cardinal Wolsey and the common lawyers, Equity and the Bench fought for the supremacy of their decisions, thus mirroring the rivalry between two court systems. It seems that, until the end of the 18th century, the court of Chancery became considerably more powerful than its Common Law counterparts until some rationalisation of the judiciary appeared to be the only solution to the incongruity of the dual court system. . An attempt to curb the influence of the court of Chancery came with the royal initiative to enforce the *Statute of Uses* 1535, which were enforced by Equity only ; the Court of Requests (“poor men's court”) another court attached to the Court of Chancery came under attack, but managed to flourish until 1643 . The strife between the two courts, exemplified by the row that erupted between Lord Chancellor Ellesmere and Lord Chief Justice Coke between 1611 and 1616, was not limited to political considerations, since it was fueled by the common lawyers' perception that the Chancery was gradually removing jurisdiction from the Common Law courts in

increasingly important areas. Indeed Chancery had acquired a new jurisdiction over mercantile cases, and the Common Law courts saw their case load curtailed in favour of Equity, the Admiralty Court and the Court of Star Chamber, which dealt with political cases like treason.

The Judicature Acts of 1873 and 1875 did not mark the end of Equity as a principle of justice, nor as a separate jurisdiction, but fused the two systems so that now, every English judge can decide at law and in equity; besides, there is still a court of Chancery, albeit confined to the Chancery division of the High Court, where it deals with areas traditionally within the province of equity, namely patents, trusts, the rights of shareholders and estates. This was made possible because of the judicial nature of the courts of Equity and of the commonality of purpose between the two approaches to law, both of them shaped by Natural Law theory (Blackstone 1765). The process was also facilitated by the evolution of the office of the Lord Chancellor.

B- The peculiar position of the Lord Chancellor

The Lord Chancellor's position gradually encompassed the various branches of governments, as was described in the preceding paragraphs, a state of affairs that was ended by the *Constitutional Reform Act* 2005. He was involved in all areas of the administration of the realm, and became the head of the Judiciary as a senior member of the Cabinet, and also because he was in charge of the issuing of writs by affixing to them the Royal Seal as a sign of authenticity (Curzon: 104). In that sense, no other holder of a judicial position could rival with him. However, the Lord Chancellor had been chosen from the ranks of the Judiciary at a relatively early stage of the development of Equity: Cardinal Wolsey (1475-1530) was the last influential ecclesiastic to hold the office; he was succeeded by Sir Thomas More, who was legally-trained as a common lawyer; this contributed to reinforce the judicial nature of Equity.

But the most controversial aspect of equitable jurisdiction was the use of discretion granted to the Lord Chancellor. It helped create some rights, like equitable interests, but it also introduced some degree of arbitrariness into the judicial process, as exemplified by the saying according to which “Equity changes with the length of the Chancellor's foot” an impression confirmed by the fact that the Lord Chancellor gave remedies “as a matter of grace”, not “as of right”. Besides, the evolution of Equity, both in jurisdiction and in power, was largely due to the personal influence of Lord Chancellors, more than to the specific area they dealt with (cf. *Courtney v. Glanvil* 1615 and the *Earl of Oxford* case 1615), which epitomised the strife between Lord Ellesmere, the then Lord Chancellor, and Sir Edward Coke, the Lord Chief Justice- which ended in the victory of Chancery thanks to the help of Sir Roger Bacon, the Attorney General. In the course of the 19th century, the

court of Chancery had become archaic in procedure and in the manner in which delays were imposed on litigants, thus contradicting the equitable maxim that “Delay defeat Equity”. The influence of Common Law on Equity was strong enough to impose the doctrine of precedents on the Court of Chancery, something that rebuked the discretionary powers enjoyed by the Lord Chancellor. The merging of Common Law and Equity by the Judicature Acts 1873 and 1875 therefore seemed to have solved a surviving incongruity. Maybe this convergence was finally due to the similarity between the two branches of law, as Lord Neuberger, former Master of the Rolls (the current President of the UK Supreme Court), quoting Francis Bacon, wrote in his speech to the Chancery Bar Association in January 2012:

“Applying the metaphor to the law, the ant is the common lawyer, collecting and using the forms of action, seeing what works and what doesn’t, developing the law on an incremental, case by case, basis. The spider is the civil lawyer, developing intricate, principle-based codes, which can be logically and rigidly applied to all disputes and circumstances. And the bee is the Chancery lawyer steeped in equity, and not relying purely on the common law method or on the civil law’s approach, but picking and choosing the best of both, blending the two approaches”
(Neuberger 2012 : 3).

This quote seems to encapsulate the complex relation that the two approaches to law have developed in the course of English legal history. The influence of Equity has receded to just a few areas of law, like trusts or shareholders’ rights, and the Lord Chancellor of today has lost his traditional influence over the entire legal system. Yet if Equity is no longer the forum where claims are heard in matters of accessibility to justice, it does not signify that those issues have disappeared from the British legal landscape. On the contrary, as we shall see, there is still a need for more Equity in the justice system.

C- Equitable values and the issue of legal aid

Since the ratification of the *European Convention on Human Rights* in 1950, incorporated into English law with the passing of the *Human Rights Act* 1998, access to justice has been interpreted in the light of Article 6. It indeed guarantees some fundamental protections relating to fair trials and hearings, the presumption of innocence, the rights of the defence, access to legal representation and to translation when a defendant does not speak the language of the court. This legal doctrine developed differently in Civil Law and in Common Law systems. Traditionally, the former emphasized the right to counsel in civil disputes, while Common Law jurisdictions focused their legal aid programmes on criminal cases (Regan 1999: 114). In England, legal aid was established in 1949 by the *Legal Aid and Advice Act*, and it is administered in England and Wales by the *Legal Aid Agency*, which replaced

the *Legal Services Commission* in 2013. Under the Access to Justice Act 1999, the Lord Chancellor can authorize the funding of cases that would otherwise fall outside the scope of the legal aid scheme. Additionally, the European Court of Human Rights ruled in 2005¹ that denying legal aid to litigants in defamation cases could violate a defendant’s rights. The scope of legal aid has therefore been extended by judicial decisions and the Lord Chancellor can still exert some discretion in the granting of legal aid on a range of cases². However, the funding system has been under attack by the British government for some time; in April 2013, this service was curtailed for a number of civil proceedings by the *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* to curb the soaring costs to the State that amounted to nearly two billion pounds per annum. The list of cases now excluded from legal aid range from divorce and custody battles, to personal injury and clinical negligence, to employment, education, debt, benefit issues and immigration³. The legislative rationale was to act both as a deterrent against frivolous lawsuits and a better support for those most in need. The legal profession has staunchly opposed the passing of the statute, due to the reduced fees that would be paid for taking legal aid cases⁴ and also because access to justice would be seriously restricted, according to a 2013 report by the *Joint Committee of Human Rights*⁵. This situation echoes the distant times when those litigants dismissed by the Common Law courts petitioned the King, then the Lord Chancellor, for justice. This sentiment and aspiration has not changed with time, but it certainly asks the question of the forum that would hear their pleas. Equity has ceased to exist as a court system on its own terms and it seems as though justice had become one step removed, financially, institutionally and geographically. The Court in Strasbourg, being the custodian of the *European Convention on Human Rights*, may have a say in the matter, but there is a long way to go for a claimant to reach it as he or she would have to bring their cases before domestic courts first and find a lawyer willing to do so for a pittance. Beyond the dire social situations behind the curtailing of legal aid and the possible tragedies that lay in waiting, one of the major risk for the UK would be to lose the trust of its citizens in their legal system. This may in turn prompt desperate individuals to take justice in their own hands if they are denied access to justice because they lack the means to do so. This is where the issue of values becomes center-stage: Equity, which owes much of its legal perspective to Church law, is steeped in the Natural Law tradition, which was a source of inspiration for many legal tradition worldwide, and so is human rights

1 *Steel & Morris v United Kingdom* (2005)

2 See <https://www.gov.uk/legal-aid/what-you-can-get> (Visited 15/10/15)

3 See <http://www.bbc.com/news/uk-21668005> (Visited 13/10/15)

4 See <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/criminal-courts-across-england-and-wales-could-grind-to-a-halt-as-lawyers-protest-legal-aid-cuts-10346409.html> (Visited 13/10/15)

5 See <http://www.theguardian.com/law/2013/dec/13/further-legal-aid-restrictions-endangers-access-justice> (Visited 10/10/15)

law. One of the cornerstones of that school of jurisprudence is the existence of a close connection between law and morality. Such a relation is symbolized by the concept of “justice”, of “fairness” that upholds the necessity to facilitate access to the courts and to judicial redress. As Equity no longer deals with that thorny issue of accessibility, as human rights concerns have been devolved to specific bodies and, ultimately, to a supranational court, it may be time to think of a new legal mechanism that would balance out the constraints of a nation’s budget and the essential right to be heard by a court, irrespective of one’s social background and financial means.

Conclusion

The office of the Lord Chancellor underwent some major changes in 2005, when a constitutional reform removed his legislative and judicial prerogatives: he was no longer Speaker of the House of Lords, and the judicial powers he had held were finally transferred to the Lord Chief Justice as Head of the Judiciary. He remained a senior member of the Cabinet, and retained his title out of reverence for tradition. The long history of this office shows that, in spite of the novelties introduced by Equity to the legal system and the rule of law, the defence of rights was not the Lord Chancellor’s main prerogative. The discretionary nature of his decision-making power could hardly be reconciled these days with the defence of rights and liberties for all. Unsurprisingly, the protection of such rights and liberties fell to statutes and the incorporation of international conventions like the European Convention on Human Rights. The *Equality and Human Rights Commission* was established by the *Equality Act 2006*, and is an independent body that advocates the promotion and understanding of human rights among members of the public and the institutions, and monitors the *Police Complaints Commission* investigation involving a death. In today’s world the procedures in Equity and the craftiness of the remedies it helped develop may no longer correspond to the definition we give of “rights”. Yet Human Rights legislation and conventions share with Equity the heritage of Natural Law and natural rights that have shaped the face of the English and European legal system in the course of history.

Bibliography

Aristotle. 350 BCE. *The Nichomachean Ethics*. Translated by W.D. Ross . Electronic version available at <http://www.virtuescience.com/ethics5.html#5.2> (Visited 01/02/15).

Blackstone, W. 1765. *Commentaries on the Laws of England, vol. 1*. Philadelphia: J.B. Lippincott Co. Electronic edition by the Liberty Fund Inc. available at http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.o.pdf (Visited 15/12/14). Vol. 2 available online at <http://oll.libertyfund.org/titles/2142> (Visited 09/02/15).

Bowcott, O. “Further legal aid restrictions endanger access to justice, say Mps”. *The Guardian online*, Friday 13 December 2013. Available at <http://www.theguardian.com/law/2013/dec/13/further-legal-aid-restrictions-endangers-access-justice> (Visited 10/10/15).

Burdick W. 2004. *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*. Rochester: The Lawyers Co-operative Publishing Co.

Bracton H. *On the Laws and Customs of England*. Transl. and ed. By Thorne S. Electronic edition available at <http://bracton.law.harvard.edu/> (Visited 01/02/15).

Curzon, L. 1979. *English Legal History*. Plymouth : M&E Handbooks.

Cusick, J. “Legal aid cuts: criminal courts across England and Wales could grind to a halt as lawyers protests”. *The Independent online*, Friday 26 June 2015. Available at <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/criminal-courts-across-england-and-wales-could-grind-to-a-halt-as-lawyers-protest-legal-aid-cuts-10346409.html> (Visited 13/10/15).

Evans MB. and RI Jacks (eds). 1984. *Sources of English Legal and Constitutional History*. Sydney: Butterworths.

Goodnow, F. 1891. “The Writ of Certiorari.”. *Political Science Quarterly*, vol. 6, n°3, pp. 495-536.

Neuberger of Abbotsbury MR, Lord. 2012. *Developing Equity- A View from the Court of Appeal*. London: Chancery Bar Association Conference 2012. Available at <http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/mr-speech-chancery-bar-assoc-lec> HYPERLINK “<http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/mr-speech-chancery-bar-assoc-lecture-jan12.pdf>” ture-jan12.pdf (Visited 10/02/15).

Regan, F. 1999. *The Transformation of Legal Aid: Comparative and Historical Studies*. Oxford: Oxford University Press.

Saint Germain, Christopher. 1518. *Dialogues Between a Doctor of Divinity and a Student of the Common Law*. Lonang Institute. Available online at <http://lonang.com/library/reference/stgermain-doctor-and-student/>.

Selden, J. *Table Talks*. Edited by Reynolds S. 1892. London: Oxford University Press.

Pour citer cet article

Référence électronique

O'CONNELL, Anne-Marie « Justice and the defence of rights in England and Wales : the case of Equity », *Revue Miroirs* [En ligne], 2 |2015, mis en ligne le 11 février, 2016, <http://www.revuemiroirs.fr/links/3/article3.pdf>.

Auteur

Anne-Marie O'Connell

Droits d'auteur

© RevueMiroirs.fr

ISSN électronique : 2275 - 2560

© RevueMiroirs.fr

Du Médiateur de la République au Défenseur des Droits

Hélène Simonian-Gineste
Maître de conférences HDR
Université Toulouse I Capitole
Institut Maurice Hauriou

Résumé

Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, présidé par Edouard Balladur, proposa en 2008 au gouvernement la création d'un Défenseur des droits fondamentaux en lieu et place du Médiateur de la République, créé en 1973. Pouvant saisir le Conseil constitutionnel, absorbant les autorités administratives indépendantes oeuvrant déjà dans la défense des droits, directement accessible aux victimes de violations de leurs droits, la nouvelle institution devait marquer une vraie rupture. Or, de cette proposition ambitieuse à son aboutissement final en 2011 que de reculs, de critiques, de modifications ! Et que de lenteur pour un résultat accueilli avec scepticisme par la doctrine regrettant une réforme en demi-teinte.

Mots-clés :

médiation, défense des droits, autorités administratives indépendantes

Abstract:

An advisory Committee, presided by Edouard Balladur, in charge of proposing the modernization and readjusting of the French institutions, suggested in 2008 that the French government created the position of the Defender of Fundamental Rights *in lieu of* the Mediator of the French Republic set up in 1973. This new institution was to concentrate all the powers of the former independent government agencies concerning the protection of rights ; it was directly accessible to the victims of violations of such rights, and it could directly refer cases to the Constitutional Council ; thus it was meant to embody a real change in that area. However, from its planning phase to its official setting up in 2011, it underwent many criticisms, many setbacks, many changes and the slowness of the whole process was eventually met with scepticism and mixed feelings by the legal experts.

Keywords:

mediation, rights, former independent government agencies.

En France, le « médiateur »¹, transposition de l'ombudsman scandinave², fut créé par la loi du 3 janvier 1973³. Il était chargé de faire des recommandations en vue de « régler les difficultés »⁴ rencontrées par les administrés en raison d'un dysfonctionnement⁵ de l'Administration⁶. Il ne pouvait être saisi par les administrés dont les réclamations devaient être adressées à un parlementaire qui les transmettait⁷. Il agissait par voie de recommandations dénuées de force juridique contraignante. Il rendait compte de son action au Président de la République et au Parlement au travers d'un rapport annuel⁸.

Comme en Espagne le Défenseur du peuple⁹, le Médiateur fut mal accueilli¹⁰. Cependant, l'institution parvint peu à peu s'affirmer. D'abord, sous l'impulsion d'Antoine Pinay (1971-1974) et surtout d'Aimé Paquet (1974-1980), un important

1 La loi parlait de la création d'« un médiateur » sans majuscule. La majuscule apparaîtra avec le changement de dénomination en Médiateur de la République. Pour notre part, nous l'écrivons toujours avec la majuscule.

2 Au XVIII^e siècle, la médiation judiciaire est apparue dans le domaine des institutions publiques sous la figure de l'*ombudsman*, d'abord en Suède, puis dans les pays scandinaves, et enfin un peu partout en Europe et même au-delà. Pour un aperçu général, voir *La médiation : quel avenir ?* Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, Paris, 1998, ed.. Le Médiateur de la République : ROBERT Jacques « L'origine et le développement de la médiation dans les institutions publiques », p. 33-47 ; OOSTING Marten, « Le médiateur dans une perspective mondiale », p. 48-55. JACOBY Daniel, « Le développement de l'Ombudsman à l'échelle du monde », p. 58-72.

3 Loi 73-6 1973, JORF du 4 janvier 1973, rectificatif JORF du 6 janvier 1973, p.164 ; modifiée par la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976, JORF du 28 décembre 1976, p. 7493, par la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989, JORF du 14 janvier 1989, p. 542, par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, JORF du 13 avril 2000, p. 5646.

4 C'est l'expression employée par l'article 8 de la loi du 3 janvier 1973.

5 L'article 6 de la loi du 3 janvier 1973 parle d'un organisme qui n'a pas fonctionné conformément à sa mission de service public.

6 Plus précisément des administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et de tout organisme investi d'une mission de service public. Art. 1^{er}, al. 1, loi du 3 janvier 1973.

7 Art. 6 al. 1, loi du 3 janvier 1973. Le parlementaire transmettait s'il estimait que la réclamation entraînait dans la compétence du Médiateur et méritait son intervention.

8 Art. 14, loi du 3 janvier 1973.

9 GIL-ROBLÈS Alvaro, « Le Défenseur du peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *RFAP* 2001/3 n° 139, p. 478.

10 Voir ROBERT Jacques, « L'origine et le développement de la médiation dans les institutions publiques », précité, p. 35.

travail d'institutionnalisation fut accompli¹¹ et un décret du 18 février 1986¹² officialisa la création de correspondants départementaux, les « délégués départementaux »¹³. Ensuite, diverses actions de communication pour une plus grande notoriété furent menées¹⁴ et Paul Legatte (1986-1992) apporta une dimension théorique et doctrinale à l'institution par sa réflexion sur l'équité¹⁵. C'est durant cette période que le Médiateur prit le nom de « Médiateur de la République »¹⁶. Parallèlement, son domaine d'intervention s'étendit¹⁷, ses pouvoirs et son autorité à l'égard de l'Administration s'accrurent et sa saisine (toujours indirecte) s'élargit¹⁸. Ainsi, l'institution finit-elle par trouver sa place et n'apparut plus comme « un gadget institutionnel » mais comme « une véritable autorité dont le rôle est indispensable »¹⁹.

11 REVILLARD Anne (coordinatrice), BAUDOT Pierre-Yves, CHAPPE Vincent-Arnaud, RIBÉMONT Thomas, 2011, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République*, rapport final d'une recherche menée dans le cadre d'une convention de recherches avec la Mission de recherche droit et justice, Paris XII, CERAL, p. 34.

12 Décret n°86-237 du 18 février 1986, JORF du 25 février 1986, p. 2965. En 1991, ils constituent le pilier essentiel de l'institution. Voir REVILLARD Anne et *alii*, rapport précité, p. 46.

13 Ils sont nommés par le Médiateur de la République. Le décret leur permet de recevoir des plaintes déposées par les parlementaires, mais ils ne peuvent décider de façon autonome d'instruire un dossier. Ils ne procèdent à l'examen des réclamations qu'à la demande du Médiateur qu'ils tiennent informé des affaires en cours. Voir REVILLARD Anne et *alii*, rapport précité, p. 178-301. En 2005, la loi élargit leur rôle à l'information et l'assistance à la présentation des réclamations et à la participation au règlement des difficultés dans leur ressort géographique (loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 82, JORF n°0179 du 3 août 2005, p. 12639).

14 Mandat de Pierre FABRE (1980-1986).

15 LEGATTE Paul, BARBÉ Anne, 1992, *Le principe d'équité : défendre le citoyen face à l'administration*, Paris, Presse de la Renaissance. La notion, absente de la loi du 3 janvier 1973, est introduite par la loi précitée du 26 décembre 1976. Désormais, le Médiateur peut recommander à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation de l'auteur de la réclamation. Il peut aussi suggérer des réformes visant à remédier à des solutions inéquitables selon l'art. 9 al. 2. L'alinéa 3 ajoute le pouvoir de suggérer des modifications opportunes aux dispositions législatives et réglementaires dont l'application aboutit à des situations inéquitables.

16 *Brevitatis causa*, désigné par « le Médiateur » dans le reste du texte. Dès 1980, Pierre FABRE usa le premier de l'appellation. Sous le mandat de Paul LEGATTE, elle fut imprimée sur les rapports annuels du Médiateur et finalement reprise par la loi du 13 janvier 1989 précitée.

17 Il est chargé de la médiation postale et en matière de sécurité des soins. Voir BAUDOT Pierre-Yves, REVILLARD Anne, « Le médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », *RFAP* 2001/3 n° 139, p. 343.

18 Voir infra II. B.

19 PELLETIER Jacques dans le cadre du « Dialogue sur l'avenir de l'institution », Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, précité, p. 113.

Et qu'en était-il en matière de défense des droits et libertés ? La loi du 3 janvier 1973 n'en soufflait mot, ni ses modifications successives. Or, dès 2004, l'action du Médiateur allait s'orienter vers la défense des droits, sous l'impulsion de Jean-Paul Delevoye (2004-2011) : liens avec le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, participation à une mission de suivi de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, participation à des rencontres internationales organisées par des regroupements d'ombudsmans²⁰. L'ajout d'une activité de défense des droits à celle de médiation s'était donc progressivement mis en place de telle sorte que, finalement, le remplacement du Médiateur par un Défenseur des droits apparaissait comme la suite logique ou tout au moins dans la continuité de l'évolution de l'institution. Or, justement, supprimer le Médiateur et le remplacer par un « Défenseur des droits fondamentaux » fut la proposition que fit le comité Balladur²¹. À l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette proposition trouva son aboutissement dans l'insertion d'un nouveau titre XI *bis* intitulé²² « Le Défenseur des droits », constitué d'un seul article 71-1²³, très concis, laissant à la loi (organique²⁴ et ordinaire²⁵) le soin de le compléter largement. Mais, en réalité, l'ambition du comité de créer une institution inédite fut partiellement déjouée par le Gouvernement et le Parlement (I). Le résultat final fut une réforme « normalisée » (II).

I Une ambition partiellement déjouée

La proposition n° 76 que fit dans son rapport²⁶ le comité Balladur surprit car elle ne correspondait à aucune demande du Président de la République. Pour la justifier, le comité partait d'un double constat : 1/ la dégradation persistante des relations entre l'Administration et les citoyens²⁷ et l'insuffisance des moyens du Médiateur pour assumer sa tâche immense ; 2/ l'existence d'un nombre important

²⁰ Association des ombudsmans et médiateurs de la francophonie, réseau des médiateurs européens, Association des ombudsmans de la Méditerranée. Voir BAUDOT Pierre-Yves, REVILLARD Anne, « Le médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », précité, p. 346, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République*, précité, p. 164-176.

²¹ Décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007, JORF n° 165 du 19 juillet 2007, p. 12158.

²² Article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

²³ L'article de la Constitution sera écrit dans le reste du texte : art. 71 C.

²⁴ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497. Ses articles seront écrits : art X LO.

²⁵ Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, JORF n° 0075, 30 mars 2011 p. 5504.

²⁶ Rapport *Une V^e République plus démocratique*, 2007, Paris, La documentation française, p. 92.

²⁷ Le comité ne tombe-t-il pas dans la « rhétorique classique de la « maladministration » qui dénonce les absences de réponse, les retards, les erreurs et les négligences de l'administration ? Olivier RENAUDIE, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *REAP*, 2011/3, n° 139, p. 400.

d'autorités administratives indépendantes (AAI) intervenant dans le domaine de la protection des droits et libertés, facteur de dilution des responsabilités et de complications pour les citoyens (le comité citait en particulier : le Défenseur des enfants, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), le Contrôleur général des lieux de privation de liberté et la Commission nationale de l'informatique et liberté (CNIL). Le comité proposait donc, d'une part, la suppression du Médiateur et son remplacement par un « Défenseur des droits fondamentaux », autorité constitutionnelle, indépendante et au profil de tiers pouvoir ; d'autre part, l'absorption de certaines AAI par la nouvelle institution. Sur son premier volet, l'ambition du comité se heurta à une résistance insurmontable du Gouvernement comme du Parlement (A). Sur le second, elle fut davantage satisfaite (B).

A. Le refus d'une autorité profilée comme un tiers pouvoir.

1. Une institution au profil inédit

La proposition du comité prévoyait que le Défenseur des droits fondamentaux aurait une double mission : 1/ veiller au respect des droits fondamentaux et 2/ s'assurer du bon fonctionnement des organismes investis d'une mission de service public. Formulant des recommandations et des mises en demeure, la loi organique pourrait lui donner des pouvoirs de décision, de médiation et de transaction. Sur tous ces points, elle restait dans la logique d'un renforcement des pouvoirs du Médiateur. Mais sur d'autres, elle était franchement novatrice.

La nouvelle institution devait être inscrite dans la Constitution. Certes, la question de la constitutionnalisation du Médiateur avait déjà été envisagée et débattue avant même 2007. Dès 1993, le comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par Georges Vedel repoussant une constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes (AAI), avait réservé le cas du Médiateur²⁸. Cependant, le comité n'envisageait qu'une constitutionnalisation *a minima*, au travers de la mention du Médiateur à l'article 13 au titre des postes auxquels il est pourvu en Conseil des ministres. Lors du colloque initié par Jacques Pelletier en 1998, à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire du Médiateur, la constitutionnalisation de l'institution avait également fait l'objet d'échanges entre les participants et Jacques Pelletier augurait que la constitutionnalisation interviendrait « un jour » et que cela apporterait « plus de force à l'institution »²⁹. Et, effectivement, la constitutionnalisation était un des points forts de la proposition du comité Balladur. Elle devait apporter au Défenseur des droits fondamentaux une

²⁸ Rapport Vedel, 1993, Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République, Paris, La documentation française, p. 34. Il proposait aussi de constitutionnaliser le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

²⁹ *Ibidem*, p. 116.

autorité accrue pour remplir sa mission³⁰ et une garantie de stabilité en le mettant à l'abri de modifications, voire d'une suppression, trop aisées³¹. La nouvelle institution devait se voir reconnaître un droit de saisine du Conseil constitutionnel en vue d'un contrôle de constitutionnalité de la loi non promulguée, et ce « comme les parlementaires ». Le Défenseur des droits fondamentaux était ainsi érigé en instrument de l'État de droit et en tierce autorité placée entre le Parlement et le Gouvernement, aux côtés du Conseil constitutionnel³². Sa nomination échappait au Président de la République afin de garantir son indépendance vis-à-vis de l'Exécutif et de la majorité au pouvoir. Le Défenseur des droits fondamentaux devait, sur proposition d'une commission *ad hoc* de l'Assemblée nationale chargée de sélectionner les candidats, être élu par cette même assemblée à la majorité des trois cinquièmes des suffrages, soit à une très large majorité³³. Son indépendance devait être confirmée par un mandat long de six ans non renouvelable. Enfin, il devait pouvoir être saisi directement par les administrés et s'autosaisir.

2. Un refus des points les plus originaux

La constitutionnalisation de l'institution et la saisine directe furent admises. Mais, sur tout le reste, la proposition du comité fut modifiée. Le projet du Gouvernement proposa le nom de « Défenseur des citoyens ». Le Parlement adopta celui de « Défenseur des droits »³⁴. Absent du projet gouvernemental, le pouvoir d'autosaisine fut rétabli par le Parlement. Et surtout, le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel, absent du projet gouvernemental, ne fut pas rétabli par le Parlement. C'en était fini d'un tiers pouvoir et d'une institution inédite. Dès lors, la nomination par l'Assemblée nationale pouvait, elle aussi, disparaître au profit d'une nomination par le Président de la République selon la nouvelle procédure de l'article 13³⁵. La nouvelle institution se trouvait ainsi rattachée à l'Exécutif par sa nomination présidentielle, s'éloignant du modèle espagnol et se situant dans la droite ligne de la nomination par décret en Conseil des ministres du Médiateur³⁶.

³⁰ DUMAS Charlotte, « Le défenseur des droits » *LPA*, 23 octobre 2009, n° 212, p. 4 ; VERPEAUX Michel, *LPA*, 14 mai 2008, n° 97 p. 87 qui parle d'une « pâle réplique de son modèle ibérique ».

³¹ Cet aspect protecteur de la constitutionnalisation est mis en avant par la doctrine. LÉGRAND André, « Ombudsman nordiques et Défenseur des droits », *RDAP* 2001/3, n° 139, p. 502.

³² TEITGEN-COLLY Catherine, « Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 126.

³³ Solution inspirée du modèle du Défenseur du peuple espagnol qui est « Haut commissaire parlementaire à la défense des droits reconnus par le Titre premier de la Constitution », désigné par les Cortes générales (art. 54, Constitution du 27 décembre 1978).

³⁴ La référence à la citoyenneté pouvait laisser croire que seuls les droits des Français majeurs seraient protégés.

³⁵ Art. 71 al. 4 C.

³⁶ Art. 2 de la loi du 3 janvier 1973 précitée.

Par là même, la neutralité politique du choix du Défenseur des droits devenait sujette à caution malgré le nouveau mécanisme de l'article 13³⁷.

Sur le premier volet, l'ambition du comité avait donc volé en éclats. Mais, sur le second, elle devait quand même davantage réussir.

B. Une institution de rationalisation

1. Un renvoi prudent à la loi organique

Après le vote de la révision constitutionnelle, rien n'était dit dans l'article 71-1 C sur les attributions, les modalités d'intervention du Défenseur des droits et surtout sur les AAI qu'il devait absorber. Tous ces points étaient renvoyés à la loi organique, alors que l'on aurait pu souhaiter que la Constitution précisât les domaines d'intervention et les pouvoirs conférés. Le Défenseur des droits était encore entouré d'un « flou général »³⁸ ; il apparaissait, aux yeux de la doctrine, comme une sorte d'« OVNI constitutionnel »³⁹. La loi organique était donc attendue avec impatience... et l'attente fut longue⁴⁰, jusqu'au 29 mars 2011, preuve de l'étendue et de la difficulté des questions restant à régler. Parmi celles-ci, la plus politiquement délicate était bien celle des AAI à fusionner. En effet, la proposition du comité avait déclenché une vague de critiques et de protestations.

Tout d'abord, la doctrine avait relevé le caractère assez arbitraire de la liste dressée⁴¹ par le comité car bien d'autres AAI que celles citées par le comité intervenaient dans la défense des droits et libertés, notamment la Commission nationale de déontologie et de la sécurité (CNDS) et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Ensuite, l'affirmation du comité selon laquelle la prolifération d'AAI nuisait à la protection des droits en déroutant les citoyens, n'était-elle pas hâtivement posée ? Ne pouvait-on en effet estimer que la pluralité des AAI était au contraire « une spécificité française propre à répondre au mieux aux besoins des administrés »⁴².

³⁷ Procédure qui impose que la nomination présidentielle soit soumise à l'avis préalable d'une commission parlementaire dans chaque chambre du Parlement et prévoit un blocage de la nomination quand « l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ».

³⁸ DUMAS Charlotte, article précité.

³⁹ TEITGEN-COLLY Catherine, « Le Défenseur des droits, un OVNI dans le ciel constitutionnel ? » *LPA*, n° 254 spécial « Une nouvelle Constitution », 19 décembre 2008, p. 389-407.

⁴⁰ Le projet de loi organique accompagné d'un projet de loi ordinaire ne fut déposé que le 9 septembre 2009, un an après la réforme constitutionnelle. Le Sénat n'en commença la lecture que le 3 juin 2010 et l'Assemblée nationale ne se prononça que le 18 janvier 2011.

⁴¹ RENAUDIE Olivier, article précité, p. 401.

⁴² DUMAS Charlotte, article précité, p. 5. Ce point de vue n'est pas partagé par Jean-Claude ZARKA qui abonde dans le sens du comité et estime que l'existence d'un seul organisme « pourrait donner davantage de cohérence à la protection

Enfin, on pouvait objecter que les fonctions et les pouvoirs de certaines de ces AAI, telles la CNIL et la HALDE, présentaient une spécificité trop grande pour pouvoir s'intégrer dans la nouvelle institution⁴³. Ensuite, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH), dès le 20 mai 2008, insistait sur le particularisme du système français tenant à la pluralité et à la spécialisation des institutions intervenant dans la protection des droits. Ses deux avis du 4 février et du 30 septembre 2010 exprimaient de vives critiques⁴⁴ : absence d'association et de consultation des AAI concernées, « grande improvisation »⁴⁵ et volonté cachée de « mise sous tutelle » de certaines AAI qui s'étaient montrées particulièrement critiques à l'égard de la politique gouvernementale⁴⁶. Plus généralement, la fusion était présentée par le CNCDDH comme un facteur de régression de la protection des droits, d'une part, par une dilution des mandats spécifiques à chaque autorité fusionnée et, d'autre part, par une perte globale de garanties d'expertise et par une généralisation inadéquate d'outils réservés à chacune des AAI intégrées. Ainsi, selon elle, il en résulterait par une conjugaison en son sein de missions de médiation, de contrôle et de sanction, une incohérence fonctionnelle du Défenseur des droits, voire une incohérence organique⁴⁷.

2. Une absorption décidée et aménagée

Malgré les critiques et après bien des hésitations⁴⁸, la décision d'intégrer au Défenseur des droits certaines AAI fut prise. Le choix des AAI englobées se porta sur le

des droits fondamentaux qui franchirait ainsi une nouvelle étape ». « Le nouveau "défenseur des droits" est arrivé » *Gaz. Pal.*, 28 août 2008, p. 2.

⁴³ Ainsi, par exemple, pour le rôle juridictionnel conféré à la CNIL (pouvoir de la formation restreinte de la CNIL d'infliger des sanctions financières, de les rendre publiques et d'ordonner leur insertion dans la presse en cas de mauvaise foi du contrevenant).

⁴⁴ TEITGEN-COLLY Catherine, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011/3, p. 413, 415.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 411.

⁴⁶ Le Défenseur des enfants avait pris des positions peu appréciées sur la situation des mineurs étrangers ; la HALDE s'était opposée aux tests ADN pour les étrangers ; le Contrôleur général des lieux de privation de liberté avait dénoncé certaines méthodes employés dans les secteurs relevant de son contrôle et l'état des lieux de privation de liberté. V. TEITGEN-COLLY Catherine, *ibidem*, p. 414.

⁴⁷ RENAUDIE Olivier, article précité, p. 406-407.

⁴⁸ En première lecture devant le Sénat, le Défenseur des enfants avait été retiré de la liste des AAI à fusionner pour y être rétabli le lendemain même ; en première lecture devant l'Assemblée nationale, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté y avait été intégré puis finalement retiré.

Défenseur des enfants⁴⁹, la HALDE⁵⁰ et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)⁵¹. Ainsi, le Défenseur des droits se trouva chargé, comme l'était le Défenseur des enfants, « de défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France »⁵²; comme l'était la HALDE de « lutter contre toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie » ; comme l'était la CNDS de « veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République⁵³. Si l'on ajoutait la compétence du Médiateur de la République, on mesurait immédiatement le poids de la tâche de l'institution et l'on comprenait les craintes émises de voir le Défenseur des droits n'être qu'une « administration lourde et bureaucratique »⁵⁴, « une institution polyvalente et tentaculaire »⁵⁵.

Pour permettre la mise en œuvre d'une aussi large compétence, la loi organique prévoyait, comme l'y invitait l'article 71-1 C, des collèges pour chacun des trois domaines correspondant aux AAI absorbées, en dehors du Médiateur. Leur composition fut conçue sur un modèle général identique, répartissant les sièges entre des membres désignés par le président du Sénat et de l'Assemblée nationale⁵⁶ et des membres désignés par les deux juridictions suprêmes, Conseil d'État et Cour de cassation⁵⁷. Seul le collège en matière des droits de l'enfant disposa d'une personnalité qualifiée, désignée par le président du Conseil économique, social et environnemental. La loi organique prévoit également des adjoints au Défenseur des droits. Leur rôle fut d'assister ce

⁴⁹ Créé par la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, JORF n°56 du 7 mars 2000, p. 3536. Le projet de son absorption par le Défenseur des droits avait provoqué de vives réactions de la part de l'Unicef (communiqué du 29 septembre 2009, en ligne <http://www.unicef.fr/contenu/actualite-humanitaire-unicef/pour-le-maintien-du-defenseur-des-enfants-2009-09-22>) et de la Ligue des droits de l'homme (communiqué du 16 septembre 2009, en ligne <http://www.ldh-france.org/Des-enfants-sans-Defenseur/>).

⁵⁰ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, JORF n° 0304 du 31 décembre 2004, p. 22567.

⁵¹ Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, JORF n°131 du 7 juin 2000, p. 8562.

⁵² Art. 4, 2°, LO.

⁵³ Art. 4, 4°, LO.

⁵⁴ TEITGEN-COLLY Catherine, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits » précité, p. 420.

⁵⁵ *Ibidem* p. 416.

⁵⁶ Leur nombre varie entre deux (droits de l'enfant) et trois (déontologie de la sécurité, lutte contre les discriminations). Il s'agit de personnalités qualifiées.

⁵⁷ Désignation par le vice-président du Conseil d'État, le premier président et le procureur général de la Cour de cassation. Il s'agit, soit de la désignation de membres ou d'anciens membres de ces juridictions (déontologie de la sécurité, droits de l'enfant), soit de personnalités qualifiées (lutte contre les discriminations).

dernier dans l'exercice de ses attributions⁵⁸. Placés aux côtés et sous l'autorité du Défenseur des droits, ils pouvaient recevoir de lui certaines délégations de compétence, le représenter à l'international et le suppléer dans la présidence du collège dont ils étaient chacun dans leur domaine vice-président.

Ainsi, le comité Balladur obtenait-il partiellement ce qu'il avait souhaité. Mais l'ensemble de la réforme laissait une impression de déception.

II Une réforme « normalisée »

Une fois la réforme achevée, elle peut être considérée comme une occasion en partie manquée (A). Cependant, elle met en place une autorité bien plus puissante que ne l'était le Médiateur, réalisant ainsi un progrès indéniable (B).

A. Une occasion manquée

1. Une nature administrative maintenue

Sa création réalisée, le Défenseur des droits se trouve dans la même position que le Médiateur : sa nature n'est pas textuellement précisée⁵⁹. Le titre I^{er} du projet de loi organique s'était gardé d'aborder le sujet. C'est la commission des lois du Sénat qui introduit à l'article 2 l'incise « autorité indépendante ». Votée par le Sénat le 3 juin 2010, c'est lors du passage devant la commission des lois de l'Assemblée nationale que la qualification devient (elle ne sera plus modifiée) « autorité constitutionnelle indépendante ». Mais que faut-il entendre par là ? La rupture d'avec la nature administrative du Médiateur ? Le Conseil d'État, dans son arrêt RETAIL du 10 juillet 1981⁶⁰, avait en effet qualifié le Médiateur d'autorité administrative « en raison notamment de son mode de désignation » (décret en Conseil des ministres). Or, on sentait bien que ce rattachement n'était pas satisfaisant⁶¹ et qu'en réalité, le pouvoir judiciaire n'étant qu'une autorité judiciaire dans notre tradition et dans notre droit positif, c'était face aux pouvoirs législatif et exécutif, en tiers pouvoir, que devait se situer le Médiateur. La question a donc forcément rebondi avec le Défenseur des droits. Or, la nouvelle qualification de l'article 71-1 C d' « autorité constitutionnelle indépendante » qui ajoute l'adjectif « constitutionnelle » à l'adjectif déjà acquis d' « indépendante », n'a en réalité aucune incidence sur la nature de l'institution. Le Conseil constitutionnel l'a clairement précisé⁶² : l'expression « autorité constitutionnelle indépendante » signifie que l'indépendance de

⁵⁸ Art. 11 al. 1, LO.

⁵⁹ La proposition n° 76 du projet du comité Balladur ne définit pas ce qu'est le Défenseur des droits fondamentaux mais sa fonction. L'article 31 du projet de révision constitutionnelle relatif au Défenseur des droits des citoyens persiste dans cette approche fonctionnelle.

⁶⁰ CE, Ass. 10 juillet 1981, Lebon, p. 303.

⁶¹ Cette nature administrative n'est peut-être pas plus bienvenue pour les AAI en général. V. AUTIN Jean-Louis, JCP adm., fasc. 75, 1997, p. 15.

⁶² Décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, précitée, cons. 5.

l'institution trouve son fondement dans la Constitution et elle ne signifie pas que le Défenseur des droits est un « pouvoir public constitutionnel »⁶³. C'est l'absence d'autonomie financière, protection constitutionnelle au titre de la séparation des pouvoirs, qui justifie ce refus et explique au contraire son application à la présidence de la République, à l'Assemblée nationale, au Sénat, au Conseil Constitutionnel, à la Haute Cour et à la Cour de justice de la République⁶⁴. Mais c'est là une conception fort « originale »⁶⁵ de la notion de « pouvoir public constitutionnel » qui aboutit à une lecture « déconstructive » de la loi organique⁶⁶ et au refus de classer le Défenseur des droits dans une catégorie où « il aurait été parfaitement concevable »⁶⁷ de le ranger⁶⁸. Ainsi, la constitutionnalisation n'a qu'une valeur purement symbolique⁶⁹, « qui rejaillit bien plus sur la fonction (la défense des libertés) que sur l'institution elle-même »⁷⁰.

2. Une indépendance sans originalité

La question de la nomination du Défenseur des droits était au centre de la problématique de l'indépendance de l'institution. Les éléments statutaires garantissant l'indépendance du Défenseur des droits étaient d'autant plus importants que la nomination présidentielle choisie suscitait des inquiétudes. Ces éléments furent « pour l'essentiel de facture on ne peut plus classique »⁷¹. La durée du mandat de six ans est alignée sur celle du Médiateur. Elle est suffisamment longue pour permettre au titulaire de la fonction d'inscrire son action dans le temps et pour le prémunir contre des pressions de son autorité de nomination dont le mandat est plus court. Elle est constitutionnellement prévue⁷², ce qui lui donne plus de stabilité que celle du Médiateur qui relevait de la loi. Le non renouvellement du mandat⁷³, qui

⁶³ Décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, loi organique relative aux lois de finances, JORF n° 0168 du 23 juillet 2010, p. 13583 cons. 26. Elle l'est aussi au Conseil supérieur de la Magistrature, au Conseil d'État, à la Cour des comptes et au Conseil économique, social et environnemental.

⁶⁴ Commentaire aux Cahiers de la décision n° 2010-626, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011626DCccc_626dc.pdf

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ VERPEAUX Michel, « Il est né le Défenseur des droits, Semaine juridique, Ed. gen., n° 17, 25 avril 2011, doct. 502.

⁶⁷ AUTIN Jean-Louis, « Le statut du Défenseur des droits », art. précité, p. 428.

⁶⁸ Selon Jean-Louis AUTIN, l'explication de ce refus est en réalité d'ordre conjoncturel (la méfiance à l'égard des AAI) et d'ordre structurel (la défaveur traditionnelle à l'égard des dispositifs constitutionnels de protection des droits. *Ibidem*.

⁶⁹ MATUTANO Edwin, « Une autorité constitutionnelle indépendante » *DA*, n° 8, Août 2011, étude 16.

⁷⁰ AUMOND Florian, « le Défenseur des droits, une peinture en clair obscur », *RFDA* 2011, p. 913.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Art. 71-4 C.

⁷³ *Ibidem*.

figurait déjà à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1973, constituée également une garantie d'indépendance constitutionnellement prévue. En revanche, l'impossibilité de mettre fin au mandat avant son terme est prévue par la loi organique du 29 mars 2011 et non par la Constitution. Elle reprend à peu de chose près l'article 2 précité de la loi du 3 janvier 1973⁷⁴. Un soin particulier est mis à prémunir le Défenseur des droits contre toute pression d'autorités publiques, toute collusion et tout conflit d'intérêts, selon la logique qui prévaut pour les membres du Parlement grâce à un régime très strict d'incompatibilités (étendu aux adjoints)⁷⁵. Il faut souligner que ces dispositions tranchent avec la faiblesse de celles qui régissaient le Médiateur. La loi du 3 janvier 1973 se limitait en effet à une inéligibilité au mandat de conseiller général et municipal, et qui ne s'appliquait pas si un même mandat était exercé antérieurement à la nomination⁷⁶. Sous l'angle de la protection contre les poursuites judiciaires, l'article 3 de la loi du 3 janvier 1973 prévoyait une immunité contre toute poursuite, recherche, arrestation ou jugement à l'occasion des opinions et actes de la fonction. La loi organique du 29 mars 2011 reproduit le même régime, étendu aux adjoints.

Et à ces aspects d'indépendance organique, s'ajoute une indépendance fonctionnelle : dans l'exercice de ses attributions, le Défenseur des droits ne reçoit d'instruction d'aucune autorité⁷⁷, disposition déjà présente dans la loi du 3 janvier 1973⁷⁸.

B. Un renforcement incontestable

1. Une saisine repensée

Le Médiateur devait être saisi par un parlementaire. Cependant, la loi du 24 décembre 1976⁷⁹ avait permis à tout parlementaire de saisir de son propre chef le Médiateur et, sur demande d'une des six commissions parlementaires, au Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, de transmettre « une pétition dont son assemblée a été saisie ». Et la loi du 13 janvier 1989 avait ajouté les saisines du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, du Médiateur européen ou d'un de ses homologues étrangers, saisi d'une réclamation relevant de sa compétence⁸⁰.

⁷⁴ La différence tient au fait que la loi organique de 2011 envisage la fin du mandat à la demande du Défenseur des droits, hypothèse non prévue en 1973.

⁷⁵ Sont incompatibles : tout mandat électif, toute fonction ministérielle, au Conseil constitutionnel, au Conseil supérieur de la magistrature et au Conseil économique, social et environnemental, toute fonction et emploi publics, toute activité professionnelle, et notamment au sein des conseils d'administration, direction ou surveillance de société, entreprise ou établissement. En cas d'emploi dans la fonction publique, le fonctionnaire est placé en position de détachement de plein droit et ne peut plus obtenir de promotion au choix.

⁷⁶ Loi du 3 janvier 1973, précitée, art. 5.

⁷⁷ Art. 2 al. 1, LO.

⁷⁸ Art. 1^{er} al. 2, LO.

⁷⁹ Loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976, précitée.

⁸⁰ Article 5, LO.

Ces hypothèses ont été reprises par l'article 7 de la loi organique au profit du Défenseur des droits mais elles constituent une voie très secondaire de saisine. En effet, la réforme apporte une nouveauté décisive : la saisine directe du Défenseur des droits par toute victime⁸¹, selon des modalités spécifiques, correspondant aux quatre AAI fusionnées : le Médiateur, le Défenseur des enfants, la HALDE et la CNDS⁸². Ainsi, le Défenseur des droits bénéficie-t-il désormais de la saisine directe qui s'appliquait déjà à la HALDE et au Défenseur des enfants⁸³ et que connaissaient déjà la plupart de ses homologues étrangers, notamment le Défenseur du peuple espagnol. Il peut aussi être saisi des réclamations adressées à ses adjoints⁸⁴. La seconde innovation est le droit conféré au Défenseur de s'autosaisir, prévu par l'article 71-1 C (seule modalité de saisine constitutionnellement prévue). Déjà détenu par la HALDE et le Défenseur des enfants, il était normal que le Défenseur des droits bénéficiât de ce droit, également prévu par la proposition du comité Balladur. Ce droit est cependant conditionné par la loi organique⁸⁵ : en règle générale (sauf deux cas d'exception⁸⁶), le Défenseur doit avertir la personne concernée (ou ses ayants droits), et il ne peut agir si elle s'y oppose. Cependant, la réforme n'a pas supprimé toutes les règles qui s'appliquaient aux saisines du Médiateur. Sont maintenus, le pouvoir de l'institution d'apprécier discrétionnairement si son intervention est justifiée⁸⁷; l'obligation d'accomplir, préalablement à la saisine, des démarches auprès des personnes publiques ou des organismes mis en cause⁸⁸; l'absence d'effet suspensif de la saisine sur les délais de recours administratifs et juridictionnels⁸⁹; l'exclusion de la saisine pour les différends entre les administrations et organismes et leurs agents⁹⁰.

⁸¹ On notera que la saisine d'une association ayant plus de cinq ans et dont les statuts ont un objet lié à l'incrimination est admise dans les domaines des droits de l'enfant et de la lutte contre les discriminations. Mais, dans ce dernier cas, l'association doit agir conjointement avec la victime de discrimination ou avec son accord.

⁸² Art. 5, LO. La saisine en devient complexe.

⁸³ La CNDS qui ne connaissait pas la saisine directe mais l'intercession parlementaire, en bénéficie ainsi au travers de son intégration au Défenseur des droits.

⁸⁴ Art. 5 dern.al., LO.

⁸⁵ Article 5, LO et décret n° 2001-904 du 29 juillet 2011, JORF n°0175 du 30 juillet 2011, p. 13020.

⁸⁶ Quand l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu et dans le cas de personnes non identifiées ou dont il est impossible de recueillir l'accord (art. 8).

⁸⁷ Art. 24, LO ; art. 8, loi du 3 janvier 1973.

⁸⁸ Art. 6, LO ; art. 7 de la loi de 1973.

⁸⁹ Art. 6, LO, art. 7, loi du 3 janvier 1973 tel que modifié par la loi du 13 janvier 1989.

⁹⁰ Sauf en matière de discrimination. Art. 10, LO ; article 6, loi du 3 janvier 1973.

2. Un pouvoir d'action démultiplié

Pour remplir sa tâche, le Défenseur des droits est d'abord doté de moyens d'information. Il peut demander des explications à toute personne mise en cause, celle-ci étant tenue de les lui donner⁹¹ ; au vice-président du Conseil d'Etat ou au premier président de la Cour des comptes de procéder à toute étude⁹² ; la communication de toute information et pièces utiles dans la limite du respect de certains secrets⁹³. Le Médiateur disposait déjà de ces trois moyens d'information et les deux derniers sont similaires à ceux autrefois octroyés au Défenseur des droits⁹⁴. En revanche, pour le premier, la réforme apporte une avancée notable : lorsque les demandes d'explication ou de communication d'information ou de pièces du Défenseur des droits sont restées vaines, ce dernier peut mettre en demeure la personne intéressée et, si cette mise en demeure reste sans effet, il a la possibilité de saisir le juge des référés d'une demande motivée afin que ce dernier ordonne toute mesure utile⁹⁵. De tels moyens à l'égard de l'administration, le Médiateur n'en disposait pas. La réforme apporte également un nouveau moyen totalement inconnu précédemment, celui de la vérification sur place, dans des locaux administratifs comme privés⁹⁶. Du point de vue du pouvoir de décision, la loi organique attribue au Défenseur des droits un pouvoir de recommandation en vue d'un règlement « des difficultés »⁹⁷ et de règlement en équité⁹⁸, déjà attribués au Médiateur⁹⁹. Mais il faut souligner que le Défenseur des droits obtient le pouvoir d'enjoindre l'autorité mise en cause de prendre « les mesures nécessaires » et, en cas d'inertie persistante, de rédiger et publier un rapport spécial¹⁰⁰. La procédure était différente précédemment : confronté à la même situation, le Médiateur « pouvait » rendre ses recommandations publiques¹⁰¹. En outre, le Défenseur des droits obtient un pouvoir de médiation¹⁰², de transaction¹⁰³ et de consultation du Conseil d'Etat sur l'interprétation ou la portée d'une disposition législative ou réglementaire relative à une réclamation et celui de publier

⁹¹ Art. 18 al. 1, LO

⁹² Art. 19, LO.

⁹³ Art. 20, LO.

⁹⁴ Art. 12 et art.13 (tel que modifié par la loi du 13 janvier 1989), loi du 3 janvier 1973.

⁹⁵ Art. 21, LO.

⁹⁶ Art. 22, LO.

⁹⁷ Art. 25, LO.

⁹⁸ Art. 9, tel que modifié par la loi du 12 avril 2000.

⁹⁹ Art. 9, LO.

¹⁰⁰ L'article 25, LO permet en effet de bien distinguer le pouvoir discrétionnaire d'injonction (il « peut » enjoindre) et la compétence liée d'établissement et de publication du rapport (« il « établit », il « rend » public).

¹⁰¹ Art. 9 al. 2, loi du 3 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 12 avril 2000.

¹⁰² Art. 26, LO.

¹⁰³ Art. 28, LO.

ou non l'avis¹⁰⁴, sans compter des pouvoirs spécifiques dans la défense des droits de l'enfant¹⁰⁵ ou la lutte contre la discrimination¹⁰⁶. Il n'y a qu'un point sur lequel le Défenseur des droits perd un pouvoir que détenait le Médiateur : ce dernier pouvait, à défaut de l'autorité compétente, engager lui-même une procédure disciplinaire à l'encontre d'un agent ou saisir la juridiction répressive¹⁰⁷. Le Défenseur des droits ne le peut plus. Désormais, sa seule réplique à l'inertie de l'autorité saisie, devient un rapport spécial qu'il peut rendre public¹⁰⁸. Enfin, le Défenseur des droits contribue, comme le Médiateur, à l'amélioration des lois et règlements par ses suggestions de réforme¹⁰⁹ et il remet un rapport annuel au Président de la République et au Parlement (au président de l'Assemblée nationale et du Sénat) qui est publié et à l'occasion de la remise duquel il peut faire une communication devant chaque assemblée, comme c'était le cas pour le Médiateur¹¹⁰. Mais, désormais, il assume en outre un rôle de conseil auprès du Gouvernement et du Parlement¹¹¹ et, dans ses domaines de compétence, à la demande du Premier ministre, il peut contribuer à la préparation et la définition de la position française dans les négociations internationales. Il est enfin en charge d'une importante fonction de promotion des droits et libertés, inconnue du Médiateur¹¹². Ainsi, malgré les critiques qui lui furent adressées, peut-on dire que la réforme a réalisé une vraie avancée positive.

¹⁰⁴ Art. 31, LO.

¹⁰⁵ Art. 27, LO. Pouvoir d'assistance dans la constitution du dossier et d'aide à l'identification des procédures adaptées à son cas, y compris sur le plan international.

¹⁰⁶ Art. 30, LO. Pouvoir de recommandation d'une mesure de suspension ou de sanction à l'autorité publique compétente.

¹⁰⁷ Art. 10, loi du 3 janvier 1973, pouvoir que le Médiateur n'avait jamais utilisé.

¹⁰⁸ Art. 29. LO. À noter qu'en matière de discrimination, l'article 30 prévoit des dispositions spécifiques.

¹⁰⁹ Art. 32 al. 1, LO ; art. 9 al. 3, loi du 3 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 12 avril 2000.

¹¹⁰ Art. 14, loi du 3 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 13 janvier 1989. À noter cependant que le Défenseur des droits remet un rapport consacré aux droits de l'enfant.

¹¹¹ Art. 32 al. 2 LO. Il peut être consulté par le Premier ministre et le président de l'une des deux chambres du Parlement sur une question relevant de sa compétence.

¹¹² Art. 34, LO : action de communication, d'information ; mise en œuvre de programmes de formation ; conduite et coordination de travaux d'études et de recherche ; soutien de toute initiative d'élaboration et d'adoption en vue de la promotion des droits et de l'égalité/ identification et promotion des bonnes pratiques.

Bibliographie

AUMOND Florian, « le Défenseur des droits, une peinture en clair obscur », *RFDA* 2011, p. 913.

AUTIN Jean-Louis, JCP adm., fasc. 75, 1997, p. 15.

COMITÉ BALLADUR, Rapport *Une V^e République plus démocratique*, Paris, 2007
La documentation française.

COMITÉ VEDEL, Rapport, *Propositions pour une révision de la Constitution*, Paris, 1993, La documentation française.

DUMAS Charlotte, « Le défenseur des droits » *LPA*, 23 octobre 2009, n° 212, p. 4.

GIL-ROBLÈS Alvaro, « Le Défenseur du peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *RFAP* 2001/3 n° 139, p. 478.

JACOBY Daniel, « Le développement de l'Ombudsman à l'échelle du monde », *La médiation : quel avenir ?* Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, Paris, 1998, ed.. Le Médiateur de la République, p. 58-72.

LEGATTE Paul, BARBÉ Anne, 1992, *Le principe d'équité : défendre le citoyen face à l'administration*, Paris, Presse de la Renaissance.

MATUTANO Edwin, « Une autorité constitutionnelle indépendante » *DA*, n°8, Août 2011, étude 16.

OOSTING Marten, « Le médiateur dans une perspective mondiale, *La médiation : quel avenir ?* Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, Paris, 1998, ed.. Le Médiateur de la République, p. 48-55.

RENAUDIE Olivier, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011/3, n° 139, p. 400.

REVILLARD Anne (coordinatrice), BAUDOT Pierre-Yves, CHAPPE Vincent-Arnaud, RIBÉMONT Thomas, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République*, 2011, Paris XII, CERAL.

REVILLARD Anne, BAUDOT Pierre-Yves, « Le médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », *RFAP* 2001/3 n° 139, p. 343.

ROBERT Jacques « L'origine et le développement de la médiation dans les institutions publiques », *La médiation : quel avenir ?* Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, Paris, 1998, ed.. Le Médiateur de la République p. 33-47.

TEITGEN-COLLY Catherine, « Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 126.

TEITGEN-COLLY Catherine, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011/3, p. 413, 415.

VERPEAUX Michel, « Il est né le Défenseur des droits, Semaine juridique, Ed. gen., n°17, 25 avril 2011, oct. 502.

Pour citer cet article

Référence électronique

Hélène SIMONIAN-GINESTE « *Du Médiateur de la République au Défenseur des droits* », Revue Miroirs [En ligne], 2 |2015, mis en ligne le 1 février, 2016, <http://www.revue miroirs.fr/links/3/article4.pdf>.

Auteur

Hélène SIMONIAN-GINESTE

Droits d'auteur

© RevueMiroirs.fr

El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: valoraciones y críticas

M^a Carmen Salcedo Beltrán¹.
Universitat de València

Resumen

Una de las reformas del Gobierno que más críticas ha recibido en los últimos años ha sido la realizada por el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Realiza una serie de modificaciones, centrándome en el estudio que se presenta en la efectuada en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, tener el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

El Gobierno procedió a modificar los requisitos de la condición de asegurado, exigiendo a partir de su entrada en vigor como elemento imprescindible para tener derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud la residencia legal excluyendo de su ámbito de aplicación, por consiguiente, a los extranjeros que se encuentren en situación irregular.

Toda una serie de organizaciones recurrieron al defensor del pueblo para que interpusiera un recurso de inconstitucionalidad, aspecto que no fue atendido. Esa postura fue muy criticada, por vulnerar los Tratados Internacionales, siendo España condenada por violación del art. 11 de la Carta Social Europea en enero de 2014 por el Comité Europeo de Derechos Sociales (Conclusiones XX-2 (2013)) quedando en entredicho la figura del defensor del pueblo al adoptar una actitud pasiva ante la violación de un derecho humano (derecho a la dignidad).

¹ Prof. Titular de Universidad del Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat de València. *Membre du Réseau Académique sur La Charte Sociale Européenne et les Droits Sociaux*. Correo electrónico : carmen.salcedo@uv.es. Telf: 961625250.

Palabras clave

Defensor del pueblo, atención sanitaria, inmigrante irregular, Carta Social Europea, jurisprudencia, procedimiento de Informes, Comité Europeo de Derechos Sociales.

Abstract

One of the reforms of the Government that has received more criticism in recent years has been done by Royal Legislative Decree 16/2012 of 20 April on urgent measures to guarantee the sustainability of the national health system and to improve the quality and security of care.

It performs several amendments, focusing on the study that it is presented regarding the requirements to have the status of insured person and beneficiary for publicly funded health care through the national health system.

The Government proceed to change the requirements the status of insured demanding since the entry into force, as an indispensable element to have the right to access to the health care of the national health system, the legal residence excluding, as a result, of his area of applicability by foreigners irregularly present in the country.

Several organizations turn to the Ombudsmen to bring an appeal at the Constitutional Court, request that was not handled. That position was widely criticized because it violates International Treaties, so Spain was sentenced for violation of Article 11 of the European Social Charter in January 2014 by the European Committee of Social Rights (Conclusions XX-2 (2013)), calling into question the figure of the Ombudsmen for not taking any action in presence of a human right violation.

Key words

Ombudsmen, health care, foreigners irregular, European Social Charter, case law, reporting procedure, European Committee of Social Rights.

1. Introducción.

Una de las reformas del Gobierno que más críticas ha recibido en los últimos años ha sido la realizada por el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (en adelante, RDL 16/2012).

Se trata de una norma que, como señala su Exposición de Motivos, se aprueba con la finalidad de hacer frente a la situación de grave dificultad económica que actualmente presenta el Sistema Nacional de Salud. Realiza una serie de modificaciones, centrándome en el estudio que se presenta en la efectuada en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, tener el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

El Gobierno procedió a modificar los requisitos de la condición de asegurado, exigiendo, a partir de su entrada en vigor, como elemento imprescindible para tener derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud la residencia legal excluyendo de su ámbito de aplicación, por consiguiente, a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, excepto en tres supuestos concretos (urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, asistencia al embarazo, parto y postparto y los extranjeros menores de dieciocho años).

La respuesta negativa a esa modificación fue inmediata y generalizada desde el momento en que los extranjeros en situación irregular mayores de dieciocho años pasaban a estar fuera de la asistencia sanitaria pública mientras que, con anterioridad, era suficiente la inscripción en el padrón municipal.

Toda una serie de organizaciones recurrieron al defensor del pueblo para que interpusiera un recurso de inconstitucionalidad, aspecto que no fue atendido. Esa postura fue muy criticada, y recientemente se ha demostrado que equivocada, pues en enero de 2014 el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha pronunciado en las Conclusiones XX-2 (2013) declarando que España debe retirar o modificar ese aspecto pues está vulnerando el derecho a la dignidad de la persona recogido en el art. 11 de la Carta Social Europea, Tratado internacional vinculante para España.

La figura del Defensor del Pueblo ha sido valorada negativamente pues era conocedor de que, con esa reforma de la normativa, se estaba violando un derecho humano adoptando una actitud totalmente pasiva y, a mi juicio, contraria a la finalidad para la que es constituido, que es la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución Española (art. 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril), dedicándose el presente estudio al análisis de esta situación.

2. Asistencia sanitaria y extranjero en situación irregular: una reforma legislativa muy cuestionada.

Una de las reformas del Gobierno español que más críticas ha recibido en los últimos tiempos ha sido la realizada por el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones².

Se trata de una norma que, según señala su Exposición de motivos, se aprueba con la finalidad de hacer frente a la situación de grave dificultad económica que actualmente presenta el Sistema nacional de salud, aspecto en el que se incide reiteradamente con referencias como el “(...) *insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias* (...)”, la necesidad de adoptar por parte de los países de la UE medidas “(...) *que permitan optimizar sus modelos asistenciales* (...) *en especial en los países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica*”, “(...) *la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad y que (...) ha acarreado consecuencias gravemente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan* (...)”, la aprobación de reformas “(...) *que permitan reforzar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el aborro y las economías de escala* (...)”, declarando expresamente que tiene “(...) *como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del sistema nacional de salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible* (...)”.

Atendiendo a esta circunstancia, se realizan una serie de modificaciones, centrándome en este estudio en la efectuada por el art. 1 y la Disposición adicional tercera del RDL 16/2012 en el art. 3 de la ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del sistema nacional de salud*, y en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, tener el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Consciente el Gobierno español de lo controvertido que resulta abordar este aspecto, a los argumentos anteriores, añade que la modificación está fundamentada en los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, que revelan algunas situaciones en las que presta indebidamente asistencia sanitaria debilitando “(...) *de forma alarmante la sostenibilidad*”, imponiéndose la necesidad de “(...) *una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país*”.

² Convalidado por Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados.

Una lectura de las indicaciones incluidas en esos documentos, en concreto el de 29 de marzo de 2012 (Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la seguridad social), pone de manifiesto la tergiversación que se realiza del mismo. El citado documento expone que el acceso de nacionales de terceros Estados a las prestaciones sanitarias en España, mediante la figura de “persona sin recursos económicos suficientes”, condición que conlleva la gratuidad de las prestaciones sanitarias, origina el riesgo de que, en ocasiones, se utilice por quienes “(...) *no reúnen los requisitos exigidos legalmente, bien por tener cubiertas sus prestaciones sanitarias por la seguridad social de sus respectivos estados de origen, o bien por disponer dentro o fuera de España de recursos económicos suficientes*”, recomendando “(...) *gestionar de la manera más eficiente las capacidades del sistema, para (...) garantizar el mantenimiento del modelo español (...) configurado como el conjunto coordinado de los servicios de salud de la administración general de estado y los servicios de salud de las comunidades autónomas, que garantiza la protección de la salud y se sustenta con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios*”.

Por lo tanto, es necesario que el Gobierno impulse las medidas oportunas “(...) *para que el coste de la asistencia sanitaria prestada a dicho colectivo pueda ser derivado, en su caso, a sus respectivos países de origen*” y que los organismos gestores de esta prestación realicen “(...) *las actuaciones oportunas para validar periódicamente la vigencia de los requisitos exigidos por la normativa aplicable para que los integrantes de este colectivo puedan acceder a la condición de “persona sin recursos económicos suficientes”*”.

Con todos esos argumentos, el Gobierno procedió a modificar los requisitos de la condición de asegurado. Anteriormente se adquiría encontrándose en algunos de los siguientes supuestos (art. 3)³:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la seguridad social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la seguridad social.
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la seguridad social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

³ Desarrollado por el art. 2 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

El RDL 16/2012, procedió a modificar la letra d) dándole una nueva redacción en los siguientes términos:

d) *Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.*

Con ello, la residencia legal en el territorio se convierte en un elemento imprescindible para tener derecho a la asistencia sanitaria del sistema nacional de salud, excluyendo consiguientemente de su ámbito de aplicación a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, pudiendo obtenerla “(...) *mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (...)*” (art. 3.5). Excepcionalmente, se admiten situaciones en las que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes tienen derecho a esa prestación, añadiendo un art. 3 ter, en el que la fija en los siguientes términos:

- a) Urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- b) Asistencia al embarazo, parto y postparto.
- c) Los extranjeros menores de dieciocho años.

Por lo que se refiere a la modificación realizada en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el precepto tenía cuatro apartados que determinaban que “*los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*”, siendo nuevamente redactado con el RDL 16/2012, pasando su contenido a señalar que “*los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*”.

No creo que deje lugar a dudas que las actuaciones a adoptar, por indicación del Tribunal de cuentas, van referidas a la mejora de la gestión de la prestación, pero, en ningún momento, se dice que se excluya de la asistencia sanitaria a ese colectivo, siendo criticables las referencias que, en ocasiones, utiliza el Gobierno en cuanto al turismo sanitario para justificar la reforma realizada, cuando la situación de ese colectivo en nada puede ser equiparable.

La respuesta negativa a esa modificación fue inmediata y generalizada desde el momento que los extranjeros en situación irregular mayores de dieciocho años pasaban a estar excluidos de la asistencia sanitaria pública gratuita (APRELL LASABAGASTER, 2013), pasando a ser requisito imprescindible poseer una autorización de residencia legal, mientras que, con anterioridad, era suficiente

la inscripción en el padrón municipal, que en España no constituye prueba de su residencia legal ni atribuye ningún derecho de acuerdo con el art. 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (SOBRINO GUIJARRO, 2013). Como se ha señalado, deja de ser automática la titularidad del derecho, siendo preciso “(...) *que un ente administrativo –en este caso el INSS– reconozca la condición de asegurado, esto es, que se cumplen los requisitos fijados para permitir el acceso a las prestaciones del sistema*” (PALOMAR OLMEDA Y VÁZQUEZ GARRANZO, 2013). Las dudas en cuanto a su constitucionalidad llevaron a que se presentaran varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por los Gobiernos de Canarias, Cataluña y Navarra (n° 4123-2012, 414-2013 y 433-2013), estando, tras ser admitidos a trámite, pendientes de resolución.

Asimismo, algunas Comunidades autónomas han reaccionado reconociendo ese derecho, en el marco de sus competencias (art. 148.1.21 de la CE), citando a modo de ejemplo, el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud en el ámbito de la Comunidad autónoma de Euskadi, en el que se declara que el objeto del mismo es el de “(...) *regular (...), el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del sistema vasco de salud a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del sistema nacional de salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo (...)*” (art. 1)⁴ o la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario, en la que determina que “*todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la comunidad foral de Navarra, con cargo a los presupuestos generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa*”, especificando que se entiende por residencia “(...) *el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno*” (artículo único, apartados 1 y 2).

4 Concreta este aspecto el art. 2 en el sentido de que tienen acceso a las “(...) *prestaciones públicas sanitarias en esa Comunidad Autónoma las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por tener la condición de asegurados o beneficiarios del mismo, las personas que dispusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como las personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:*

a) *Estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria.*

b) *Ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora.*

c) *No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título*”.

El Gobierno, en lugar de dejar que estas regiones presten los servicios a los colectivos que deseen, ha interpuesto contra esa normativa autonómica recursos de inconstitucionalidad (n° 4540-2012 y 7089-2013 respectivamente), con fundamento en el art. 161.2 de la CE, admitidos por el Pleno del Tribunal Constitucional, suspendiendo su vigencia y aplicación. No obstante, los Autos de 13 de diciembre de 2012 (Rec. 4540/2012) y 8 de abril del 2014 del Tribunal Constitucional (Pleno) han levantado la suspensión de varios preceptos del Decreto del País Vasco y de la Ley Foral de Navarra, entre los que están incluidos los señalados.

3. El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012, de 20 de abril.

La actuación del defensor del pueblo respecto de esta reforma ha sido muy criticada, más si se tienen en cuenta documentos como el Informe de Médicos del Mundo emitido en septiembre de 2013⁵, criticando duramente la norma en el sentido de que “(...) *se apoya en premisas falsas* [supuesto abuso de la asistencia sanitaria, confusión entre inmigración irregular y turismo sanitario así como en relación a la financiación del Sistema Nacional de Salud] *y ha dado vuelo a mensajes de claro contenido xenófobo; y que desatiende las advertencias de los mecanismos internacionales de derechos humanos (...)*”, entendiendo que no se justifica:

Ni desde el punto de vista de derechos humanos (la salud no es un lujo, es un derecho reconocido mediante acuerdos internacionales que el gobierno está incumpliendo en el momento actual al aplicar una medida regresiva y discriminatoria);

Ni económico (reducir la atención sanitaria que recibirán cientos de miles de personas únicamente a urgencias será más costosa que una amplia cobertura de atención primaria y reforzar las medidas de prevención);

Ni de salud pública (dejar sin cobertura a poblaciones vulnerables puede suponer un grave riesgo para la población en general);

Ni desde la **ética médica** (negar la asistencia sanitaria a personas por su situación administrativa es contrario al código deontológico y al juramento hipocrático).

Esos argumentos los confirma acreditando “(...) *la existencia de 1192 casos de personas hasta la fecha que han sufrido algún tipo de vulneración del derecho a la salud motivada por la aplicación del Real Decreto-ley, [no representando esa cifra] la totalidad de las personas que han requerido durante el último año algún tipo de asesoría o acompañamiento para hacer cumplir su derecho a la salud (...)*”, de los que escoge 14 para relatarlos en el documento que “(...) *son representativos y especialmente significativos de las situaciones más graves que*

5 Puede consultarse en <http://www.medicosdelmundo.org/derechoacurar/wp-content/uploads/2012/11/Resumen-del-impacto-de-la-reforma-sanitaria-en-el-derecho-a-la-salud-de-la-poblaci%C3%B3n-inmigrante-Casos-documentados-sin-anexos-sin-casos.pdf> (13/9/2014)

se están produciendo desde la aprobación del RDL 16/2012: personas que afrontan cuadros clínicos de gravedad a quienes el sistema dejará morir, a pesar de existir medios técnicos y médicos para evitarlo o para aplicar tratamientos paliativos; familias integradas durante años en nuestra sociedad, a quienes se les expulsa del sistema público de salud que han contribuido a financiar; personas sin recursos y en situación de especial vulnerabilidad, expuestas a la interpretación discrecional de la norma por parte de un personal administrativo y sanitario insuficientemente formado e informado”.

La figura del defensor del pueblo en España está legitimada para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra las normas en virtud de los arts. 162.1 a) de la Constitución Española (en adelante, CE) y 32.1 a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, habiendo recibido 80 solicitudes para que procediera a ello al entender que se producía una vulneración de los siguientes preceptos de la CE:

Por un lado, el art. 9.3 por infracción de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (*“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*).

Y, por otro lado, el art. 43 que reconoce el derecho a la protección de la salud (*“Se reconoce el derecho a la protección de la salud”*), en relación con el principio de igualdad de los arts. 14 y 139), al excluir a ciertos sectores de la población de la prestación de asistencia sanitaria, que debería ser universal.

La Defensora del pueblo comunicó la negativa a acceder a la solicitud en la Resolución emitida el 20 de julio de 2012, señalando que, a su juicio, no se produce esa inconstitucionalidad de la norma por lo siguiente:

La prestación de asistencia sanitaria a dispensar por el Sistema Nacional de Salud se configura como un derecho universal de todos los ciudadanos residentes en territorio nacional, no siendo esto equivalente a que sea plenamente gratuita para sus beneficiarios, siendo el objetivo el de cubrir a todos los españoles residentes en territorio nacional.

Al entrar a valorar la cuestión de los extranjeros en situación irregular, simplemente se remite a la existencia de tres excepciones, procediendo, a continuación, a analizar el supuesto de los que cumplen 26 años que eran beneficiarios por convivir con un titular, y se centra en la condición de asegurado, es decir, utiliza argumentos que no tienen nada que ver con la alegación que se realiza, recordando, eso sí, la libertad que tiene el legislador, en virtud del art. 13.1 de la CE, para regular el ejercicio de los derechos y libertades públicas que el Título I garantiza a los extranjeros.

En cuanto al derecho a la salud recogido en la Constitución, no concreta el contenido de las medidas que debe integrar la acción protectora, remitiendo al legislador la articulación del derecho mediante la regulación de las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios. En consecuencia, el modelo que finalmente adopte no viene determinado en origen por el texto constitucional, sino que el legislador dispone de una amplia libertad para modular la acción protectora del sistema sanitario.

Finalmente, el derecho a la acción protectora no está reconocido como derecho a la salud (art. 43) sino dentro de los llamados principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52). Por ello, no otorga derechos subjetivos en sentido estricto, y por tanto, no hay un reconocido derecho a la asistencia sanitaria.

Una lectura de las justificaciones apuntadas permite deducir que eludió la materia concreta sobre la que tenía que pronunciarse, abordando otros temas que no tienen nada que ver con la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares.

A continuación, el documento incluye en sus últimas páginas una serie de Recomendaciones al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y en ellas sí que realiza referencias expresas a esa cuestión, como puede observarse de su lectura, requiriéndole los dos aspectos que a continuación se mencionan:

1.º.- Que se adopten las medidas complementarias necesarias que aseguren la coherencia global del Sistema Nacional de Salud, de modo que se produzca el acceso efectivo a la protección de la salud para colectivos en situación vulnerable, que han quedado excluidos del concepto de asegurado o beneficiario, al objeto de garantizar el cumplimiento por parte de las administraciones públicas de la obligación que les compete en materia de protección de la salud pública.

2.º.- Que se dicten instrucciones acordadas en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a fin de habilitar la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras, las derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la UE y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas.

Claramente se deduce que la Defensora del Pueblo es consciente que con la exclusión de los extranjeros en situación irregular de la asistencia sanitaria se están vulnerando Convenios internacionales que España tiene suscritos y que debe observar dado su carácter vinculante, dejando patente que está incumpliendo la finalidad para la que es constituido este organismo, que es la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución Española (art. 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril)

y su independencia, sobre todo de los poderes del Estado, dada la implicación en su elección (ROVIRA VIÑAS, 2007).

Estas recomendaciones no han sido atendidas por el Ministerio, y así lo ha puesto de manifiesto la Defensora del Pueblo en los Informes anuales que presenta esta institución⁶, señalando simplemente que es una materia que le “preocupa” y que las comunidades autónomas han articulado sus propios procedimientos para alcanzar la atención necesaria. Resulta criticable que, ante una materia tan importante, se limite a realizar simples enunciados teóricos, y no haya utilizado los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance, unido a que debería haber enfatizado que las comunidades autónomas están encontrando muchos problemas para cubrir esa asistencia pues el propio Gobierno está obstaculizando esa tarea.

De hecho, con carácter general, la escasa utilización de este procedimiento, así como del recurso de amparo, lleva a que, efectuado un análisis coste/beneficio de la figura del defensor del pueblo, se concluya que se podría suprimir esta concreta legitimación procesal, dedicándose a la que ha sido y es su función tradicional, es decir, la de solventar los supuestos de incorrecto funcionamiento de la administración pública en sus relaciones con los ciudadanos (TORRES MURO, 2010). Así lo ponen de manifiesto las estadísticas, pues en el año 2012, de 246.743 solicitudes de interposición de un recurso al Tribunal Constitucional, no se admitieron 244.430, dejando en estudio 2.313, y por lo que se refiere al 2013, de 10.128 solicitudes, se denegaron 10.124, y 4 está en estudio⁷.

En este sentido, si la actuación del Defensor del pueblo español es absolutamente criticable, no se puede decir lo mismo de algunos Defensores del pueblo regionales, que han realizado actuaciones dirigidas a hacer frente a la problemática situación de la carencia de asistencia sanitaria gratuita por parte de los extranjeros irregulares, estimando que el derecho a la atención sanitaria debe prevalecer por encima de cualquier otra consideración. Así, el Defensor del Pueblo de Andalucía, ante los problemas de identificación de los inmigrantes irregulares, resuelve en la Queja 13/2791 (mayo 2014) que será suficiente la que pueda realizar una ONG, bien a través de la comparecencia directa de su personal con este cometido, bien mediante la expedición de un documento a estos solos efectos⁸.

Por lo que se refiere al Defensor del Pueblo del País Vasco-Ararteko, dado que en esta Comunidad Autónoma se ha decidido a prestar asistencia sanitaria a los

6 Defensor del Pueblo Informe Anual a las Cortes Generales 2013 http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2013.pdf (13/9/2014)

7 Datos extraídos de <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index.html> (15/9/2014).

8 Puede consultarse en <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/content/valdr%C3%A1-que-las-ong-acrediten-la-identidad-de-los-inmigrantes-para-su-atenci%C3%B3n-sanitaria> (14/9/2014).

inmigrantes irregulares sin papeles, exigiendo que estén un año empadronados, éste ha solicitado en septiembre de 2013 que se retire ese condicionante puesto que es una barrera que impide el acceso a todos⁹.

4. La vulneración de los Tratados Internacionales.

Como se ha apuntado, la reforma legislativa analizada vulneraba Tratados Internacionales y el Gobierno, así como el Defensor del Pueblo, eran conscientes de ellos. La condena internacional no tardó en llegar, pues en enero de 2014 el Comité Europeo de Derechos Sociales expresamente se lo comunicó a España utilizando el procedimiento de control de Informes, tal y como se analiza en las páginas siguientes.

4.1. La Carta Social Europea de 1961 y el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988.

La Carta Social Europea (en adelante, CSE) es el Tratado más importante en cuanto a la protección de los derechos humanos sociales, como así ha puesto de manifiesto la doctrina al definirla como el “(...) *instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales* (...)” (BELORGEY, 2007) o el “(...) *instrumento más emblemático del Derecho europeo de los sociales o, si se prefiere, Derecho social de los Derechos humanos*” (JIMENA QUESADA, 2004).

No obstante, la realidad no refleja esa relevancia ya que la omnipresencia del derecho de la Unión Europea provoca que, con frecuencia, sea ignorada, confundida e incluso encuadrada en el mismo. En la actualidad, como se ha apuntado, su estudio es imprescindible ante la relevancia que tiene la jurisprudencia que está dictando el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS) valorando las numerosas modificaciones legislativas que están adoptando los países comunitarios, que tienen su origen en los condicionantes que les exigen o en el cumplimiento de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fue adoptada originariamente en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965, como complemento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), acordado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Esa aprobación separada, así como el establecimiento de un procedimiento de vigilancia de su cumplimiento diferente, al que luego haré referencia, se justifica en la dificultad de conseguir un consenso por parte de los Estados “(...) *sobre qué derechos*

9 Recomendación General del Ararteko 8/2013, de 24 de septiembre. Limitación derivada del empadronamiento previo, en el acceso a la asistencia sanitaria a las personas que no tienen la condición de aseguradas en el Sistema Nacional de Salud (http://www.ararteko.net/contenedor.jsp?layout=contenedor.jsp&codResi=1&language=es&codMenu=494&codMenuPN=1&codMenuSN=14&contenido=9217&tipo=5&nivel=1400&seccion=s_fdoc_d4_v8.jsp&title=Limitaci%C3%B3n+derivada+del+empadronamiento+previo%2C+en+el+acceso+a+la+asistencia+sanitaria+a+las+personas+que+no+tienen+la+condici%C3%B3n+de+aseguradas+en+el+Sistema+Nacional+de+Salud) (14/9/2014).

se debían garantizar, su alcance y el mecanismo de control” (PRIETO SUÁREZ, 2008)¹⁰, puesto que, si bien su adopción evidencia un progreso social, concretado, en el reconocimiento y mejora de los derechos sociales, la CSE se observa como una “(...) *fuerza de gastos adicionales que (...) han de soportar el Estado o los empresarios, [traduciéndose] esa carga financiera (...) irremediablemente en un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el país que pretende llevar a cabo ese avance social (...), [exponiéndose] (...) al riesgo de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar; lo que en definitiva acarrea una concertación internacional en un mundo cada vez más globalizado (...)*” (JIMENA QUESADA, 2007).

En cualquier caso, los dos textos son complementarios, no siendo posible establecer, como ha señalado la doctrina, una separación absoluta entre, por una parte, los derechos del primer texto, y, por otra parte, los del segundo, ya que están relacionados. Una lectura del CEDH evidencia que no es ajeno al reconocimiento de derechos sociales pues el art. 4 contiene la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, y el art. 11 la libertad de reunión y de asociación, precisando de un texto adicional que ampliara, integrara y regulara de forma completa este tipo de derechos que no estaban referenciados

En la actualidad ese temor se ha de tener por superado dado que un total de 43 países han ratificado la CSE, originaria y/o revisada, entre los que se incluyen los 28 de la Unión Europea, debiendo garantizar un mínimo de preceptos, como luego se explicará, no existiendo, al menos teóricamente, diferencias muy notables.

Los dos Tratados se pueden caracterizar, a mi modo de ver, como los más importantes del organismo en el que hay que situar su origen, el Consejo de Europa, creado el 5 de mayo de 1949 por diez Estados fundadores, teniendo el honor de ser la agrupación más numerosa y antigua a nivel europeo integrada en total por 47 países. Su finalidad principal es la de “(...) *realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social*” (art. 1 a) del Estatuto), materializándola a través de los órganos que lo componen que son, por un lado, el Comité de Ministros –órgano decisorio- y, por otro lado, la Asamblea Parlamentaria –órgano de deliberación-, “(...) *mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales*” (art. 1 b) del Estatuto).

Entrando en el contenido de la CSE, declara el Preámbulo, que la aprobación se realiza con el objetivo de garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social en los países que forman parte del Consejo de Europa.

Establece, como compromisos de las Partes contratantes, a considerarse vinculadas por una serie de derechos y obligaciones (Parte II), entre ellos, garantizar el efectivo derecho al trabajo (art. 1), a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), a una remuneración equitativa (art. 4), a promover la libertad sindical de los trabajadores y empleadores (art. 5), a la negociación colectiva (art. 6), a la protección de niños y adolescentes (art. 7), a la protección de las trabajadoras (art. 8), a la orientación y formación profesional (arts. 9 y 10), a la seguridad social (art. 12), a la asistencia social y médica (art. 13), a los beneficios de los servicios sociales (art. 14), a la formación profesional y readaptación profesional y social de las personas física o mentalmente disminuidas (art. 15) a la protección social, jurídica y económica de la familia, las madres y niños (arts. 16 y 17), al ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio (art. 18) y, finalmente, a la protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19).

La Parte III hace referencia a las obligaciones de los Estados en relación con la CSE, explicando el peculiar sistema de ratificación.

En cuanto a la Parte IV, contiene la regulación del sistema de control de aplicación de la CSE de presentación de Informes, atribuido al anteriormente denominado Comité de Expertos, que actualmente se denomina CEDS, formado por quince expertos independientes e imparciales, elegidos por el Comité de Ministros para un mandato de duración de seis años, pudiendo ser renovado una vez.

La Parte V, arts. 30 a 38, incluye, entre otros aspectos, la suspensión de las obligaciones de los Estados en caso de guerra o peligro público, restricciones o limitaciones de su aplicación necesarias en una sociedad democrática “(...) *para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres*” (art. 31), las relaciones de la CSE y el derecho interno, la aplicación de la CSE por los convenios colectivos (art. 33), el ámbito territorial de la misma, la presentación de enmiendas (art. 36) o su denuncia (art. 37).

Finalmente, el Anexo realiza aclaraciones en cuanto a dudas interpretativas que puedan surgir en la puesta en práctica de la CSE.

España ratificó en su totalidad esta CSE originaria por Instrumento de 29 de abril de 1980, estando, en consecuencia, vinculada por las garantías y derechos reconocidos y las interpretaciones que realice el CEDS, que ha de calificarse como jurisprudencia.

Posteriormente fue modificada con la aprobación de tres Protocolos, siendo el primero de 5 de mayo de 1988 (Protocolo Adicional), que añade cuatro derechos, el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo (art. 1), el derecho a la información y consulta dentro de la empresa (art. 2), el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral (art. 3) y, por último, el derecho a la protección social de las personas ancianas (art. 4).

Este Protocolo fue firmado por España el 5 de mayo de 1998 y ratificado en su totalidad el 24 de enero de 2000.

El segundo Protocolo es de 21 de octubre de 1991 (Protocolo de Enmienda), que modifica algunos artículos de la Carta Social Europea con la finalidad de mejorar la aplicación de la Carta y su mecanismo de control.

Finalmente, el tercer Protocolo de 9 de noviembre de 1995, adiciona a la Carta Social Europea un importante procedimiento de reclamaciones colectivas con el objetivo de “(...) *mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta*”, reforzando “(...) *la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales*”. España no ha firmado ni ratificado este Protocolo. La necesidad de ordenar este panorama hizo que se aprobara el 3 de mayo de 1996 la Carta Social Europea revisada. Su estructura es similar a la de la CSE originaria, teniendo ahora la Parte I treinta y un puntos de carácter programático, la Parte II consta de los correspondientes treinta y un artículos vinculantes, que son los diecinueve de la CSE anterior, habiéndose mejorado la redacción de algunos de ellos, los cuatro nuevos derechos del Protocolo de 1988 (arts. 20 a 23) y añade como nuevos, el derecho a la protección en caso de despido (art. 24), el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (art. 25), el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26), el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades (art. 27), el derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28), el derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29), el derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y el derecho a la vivienda (art. 31).

España firmó la CSE revisada el 23 de octubre de 2000 aunque está pendiente su ratificación, siendo un aspecto muy criticable pues actualmente 33 países la han suscrito, reflejando, con ello, que estamos entre los menos avanzados situándonos a la cola de los que sí lo han hecho, entre otros, países como Albania, Armenia, Azerbaiyán, Turquía, Macedonia, Montenegro, Rusia..., en algunos casos, con una trayectoria democrática mucho menos consolidada que la nuestra.

4.2. El sistema de control de Informes.

Una vez se ha desarrollado la normativa que vincula a España, con sus principales características, el mecanismo supranacional de vigilancia de su cumplimiento aplicable en España es el sistema de informes, regulado en la CSE y en el Reglamento del Comité Europeo de Derechos Sociales de 29 de marzo de 2004.

El procedimiento de control denominado de informes se instauró conjuntamente con la aprobación de la CSE, caracterizado por ser obligatorio para todos los Estados que la han ratificado. Regulado en la Parte IV del Tratado (arts. 25 a 29), en su desarrollo, intervienen tres organismos, el CEDS, el Comité Gubernamental y el Comité de Ministros.

El primero es el máximo órgano encargado de la interpretación, defensa y control en cuanto a la normativa y práctica de los Estados, que, sin tener formalmente carácter jurisdiccional, emite Conclusiones y Decisiones de fondo de carácter vinculante. Está compuesto por 15 expertos independientes, de máxima integridad y competencia reconocida en cuestiones sociales internacionales, elegidos por el Comité de Ministros, para un mandato de seis años, renovable una vez (art. 25 CSE). Las Partes contratantes le remiten al CEDS cada año un Informe en el que explican cómo están observando la CSE en su país al aprobar la normativa o ejecutar una práctica. El contenido no versa sobre la totalidad de la CSE sino sobre el grupo temático correspondiente a ese año, habiendo organizado cuatro, el Grupo 1 sobre empleo, formación e igualdad de oportunidades (arts. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25), el Grupo 2 sobre salud, seguridad social y protección social (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30), el Grupo 3 sobre derechos relacionados con el trabajo (arts. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29) y el Grupo 4 sobre niños, familia y migrantes (arts. 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31), con lo que cada parte de la CSE es analizada cada cuatro años.

Los Estados están obligados a enviar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito nacional copia de estos informes, pudiendo éstas, a su vez, presentar observaciones a los mismos (art. 23), calificándose de muy importantes pues suministran información adicional al organismo que puede haber omitido el país, de forma interesada, al presentar el Informe.

Toda la documentación aportada pasa a ser examinada, durante el año siguiente, por el CEDS, que finalmente dicta una Conclusión en la que decide la conformidad o no del país a la CSE originaria y al Protocolo de 1988 o a la CSE revisada, imponiendo, en el segundo caso, a los Estados Parte la adopción de medidas de mejora o corrección. A continuación, una vez se han hecho públicas las Conclusiones, se transmiten al Comité Gubernamental, órgano compuesto por un representante de los gobiernos de cada una de las Partes Contratantes, que supervisará el cumplimiento de las Conclusiones. Este trámite se desarrolla invitando, como máximo, “(...) *a dos organizaciones internacionales de empleadores y a dos organizaciones internacionales de*

trabajadores, para que envíen observadores a título consultivo a sus reuniones (...)” y convoca “(...) para consulta a representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que tengan especial competencia en las materias reguladas (...)” por la CSE (art. 27.2).

Éste, “(...) preparará las decisiones del Comité de Ministros (...)”, órgano decisorio del Consejo de Europa, compuesto por los ministros de Exteriores de todos los Estados miembros o sus representantes permanentes en Estrasburgo. Su función principal es la de vigilar, junto con la Asamblea Parlamentaria, que se apliquen los valores para los que se fundó el Consejo de Europa, supervisando el cumplimiento de los compromisos aceptados por los Estados miembros.

Con base en el informe elaborado por el Comité Gubernamental, el Comité de Ministros puede emitir, por una mayoría de dos tercios de los miembros, una Recomendación solicitando que modifique y adapte su normativa a los dictados del Convenio (art. 29). Debe quedar clara, y así ha precisado en alguna ocasión el CEDS, que “(...) la apreciación jurídica de la conformidad o no de la situación con la Carta corresponde únicamente al Comité Europeo de Derechos Sociales (...); el Comité de Ministros no ostenta la facultad de poner en entredicho la apreciación jurídica del Comité (...), sino solamente la de emitir o no una Recomendación al respecto dirigida al Estado afectado”¹¹.

4.3. Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales dirigidas a España: vulneración del art. 11 de la Carta Social Europea.

A finales de 2013 el CEDS ha elaborado las Conclusiones correspondientes al Informe n° 25 presentado por España, con referencia a las normas aprobadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011, en el que se analiza la conformidad a la CSE de la normativa y práctica nacionales respecto al Grupo temático 2 relativo a la salud, seguridad social y protección social, que incluye los arts. 3 (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo), 11 (derecho a la protección de la salud), 12 (derecho a la Seguridad Social), 13 (derecho a la asistencia social y médica) y 14 (derecho a los beneficios de los servicios sociales) de la CSE y 4 del Protocolo Adicional de 1998 (derecho a la protección social de las personas ancianas).

¹¹ Reclamación n° 16/2003 (*Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia*, decisión de fondo de 12 de octubre de 2004). Se añade que “(...) el Comité de Ministros, cuando decida hacer uso de esta facultad, puede ciertamente tener en cuenta consideraciones de orden económico y social en la motivación de la eventual recomendación, pero no puede poner en tela de juicio la apreciación jurídica”.

Con la compleja realidad descrita al inicio de este estudio, el CEDS al emitir las conclusiones correspondientes al año 2013, se ha pronunciado sobre la conformidad a la CSE de la normativa estatal que excluye a los inmigrantes irregulares de la asistencia sanitaria. La relevancia se constata en la trascendencia pública que ha tenido ésta en concreto.

El primer aspecto que se ha de aclarar es que, atendiendo a lo relatado, la normativa que ha sido objeto de examen es la que va desde el año 2008 al 2011, pero se ha valorado también el RDL 16/2012 porque fue el propio Gobierno español el que lo incluyó en el informe, con la finalidad de completarlo y mostrar que es una de las normas adoptadas que pretenden eliminar las causas que dan lugar a una prestación sanitaria deficiente, haciendo efectiva la igualdad de tratamiento entre los ciudadanos comunitarios y los nacionales, con referencia a las prestaciones que se derivan de la acción de protectora de la seguridad social.

Esa peculiaridad de carácter temporal ha supuesto que sea valorada, tal y como a continuación se explicará, pero no lleve aparejada la emisión de una conclusión, aplazándose hasta el siguiente pronunciamiento que verse sobre esos preceptos en el arco temporal que incluya el año en que se aprobó.

Teniendo en cuenta este aspecto, el CEDS, una vez estudiada la norma, es tajante al señalar que la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros que no residan legalmente es contraria al apartado primero del art. 11 de la CSE, pues la suscripción de este precepto compromete al estado “(...) **a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines, eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente**”.

Fundamenta esta valoración en jurisprudencia que ya había pronunciado con anterioridad, en la que interpreta “(...) *que los estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población*”, debido a que “*la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del derecho europeo positivo en materia de derechos humanos —ya se trate de la carta social europea o del convenio europeo de derechos humanos—*” (decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004 (Reclamación n° 14/2003), decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación n° 69/2011)) o, en términos similares, que “*los Estados partes en la carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, se encuentren o no en situación irregular*” (decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012 (Reclamación n° 67/2011)). Todas ellas materializan el criterio recogido en la observación interpretativa a las Conclusiones del año 2004, en el que estipula que “(...) *los Estados partes en la*

Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisociables de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos—en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos— ya sea por la adopción de normas de derecho interno, constitucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros (...)”.

Por lo tanto, el pronunciamiento del CEDS no debe de sorprender, pues no deja lugar a dudas que la aplicación de la normativa europea impide la exclusión de la atención sanitaria a cualquier persona, al ir indisolublemente unida a un derecho humano básico como la dignidad de la persona.

A los argumentos anteriores, confirma el CEDS el pronunciamiento de no conformidad en la inadmisibilidad de los argumentos utilizados por los países en cuanto a la crisis económica que están sufriendo como justificación de las medidas que adopten, pues se ha dictado jurisprudencia que señala su inadmisibilidad. Los países, al ratificar la CSE, *«han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales»*.

Por ello, la crisis no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta, debiendo los gobiernos *“(...) adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más»* (conclusiones xix-2 (2009)) y realizar *“estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras medidas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad (...)*” (decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamaciones n° 65 y 66 de 2011) y 7 de diciembre de 2012 (Reclamaciones n° 76 a 80 de 2012)).

Aplicando la normativa y la interpretación vinculante apuntada, concluye el CEDS, en relación con el RDL 16/2012, que *“la crisis económica no puede ser el pretexto para una restricción o privación del derecho de acceso a la atención sanitaria que afecte a la sustancia o esencia de tal derecho”*, vulnerando el art. 11.1 de la CSE la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular.

5. Reflexiones finales: la necesaria vinculación a la normativa y jurisprudencia internacional.

Una vez que el Gobierno ha notificado al Gobierno de España la violación de la CSE que está realizando, las actuaciones a realizar deben ir dirigidas a inaplicar, modificar o derogar la normativa, porque la ratificación de la CSE originaria conlleva la necesidad de observar los compromisos que se han adquirido, como estándar común mínimo entre los Estados, que no afecta *“(...) a las disposiciones de Derecho*

interno ni a las de los Tratados, Convenios o Acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se concediere un trato más favorable a las personas protegidas” (art. 32), pero que sí lo hace de las que estén vigentes o se aprueben y que otorguen una protección inferior.

En esta obligación se incluye la jurisprudencia del CEDS; a estas alturas, el debate en cuanto a esta caracterización debería estar superado, y limitar ese concepto exclusivamente a la que emana de órganos y resoluciones que tienen la denominación de “tribunal” y de “sentencias” supone desconocer la realidad de lo que es ese término, ya que, como acertadamente ha señalado la doctrina, el término *juris-dictio* se concibe como *“decir el Derecho”*, es decir *“(...) la interpretación última o final realizada por los órganos que están habilitados para ejercer esa función (...)”*, siendo la denominación como Tribunal un aspecto relevante a efectos de *“(...) ponderar la ejecución (...) pero carente de relevancia si se pone el punto de mira propiamente en la jurisprudencia elaborada (...)”* por instancias que no la tienen (JIMENA QUESADA, 2009).

Se ha de recordar que España ratificó el 2 de mayo de 1972 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en la que se determina, entre otros aspectos, que *“(...) una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”* (Parte III.27), siendo, además, este último aspecto confirmado, sin lugar a dudas, en el Proyecto de Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales que se está tramitando en estos momentos en el Congreso de los Diputados (presentado el 25/10/2013, BOCG-CD de 5 de noviembre de 2013), en el que el art. 32 determina que *“las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”*.

La propia CE recoge el compromiso adoptado en la Convención de Viena, al ser los arts. 10.2 y 96 claros en este sentido, reconociéndose expresamente que forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente, los Tratados internacionales válidamente celebrados, así como la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Carta Magna reconoce *“(...) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Por el momento, de las manifestaciones realizadas por los responsables gubernamentales tras la publicación de las Conclusiones no se perciben signos que evidencien el ánimo de seguir las indicaciones del CEDS e introducir los cambios en la legislación nacional no conforme con la CSE. Ante esta situación, las posibilidades de actuación deben ir encaminadas, como ha señalado JIMENA QUESADA, a que las medidas sean desatendidas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus

competencias, inaplicadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, ejerciendo el control de convencionalidad, y anuladas por el Tribunal Constitucional, mostrando con ello los poderes públicos nacionales “no un acto de rebeldía sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España” (JIMENA QUESADA, 2013).

Concluyo este estudio realizando una reflexión que pretende dejar patente la necesidad de valorar el derecho internacional como un instrumento fundamental que garantiza derechos básicos y condiciones de trabajo adecuadas, que no se pueden obviar en un Estado social y democrático de Derecho, debiendo ser tutelados en cualquier momento y mantenerse ajenos a las cíclicas situaciones de crisis económica, aspecto que debe tener presente el Defensor del Pueblo en sus actuaciones.

Resulta inadmisibles que en estos momentos España sea un país que viola con la exclusión de los extranjeros irregulares de la atención sanitaria un derecho humano, el de la dignidad de la persona, y que la Defensora del Pueblo siga sin articular los procedimientos legales que tiene habilitados al efecto, es decir, interponer un recurso de inconstitucionalidad, limitándose a emitir recomendaciones al Ministerio, incumpliendo los objetivos que tiene encomendados legalmente en cuanto a la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Bibliografía

- BELORGEY, J.M.: “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista de Derecho Político*, 2007, nº 70. Pág. 349.
- JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2013”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, nº 22.
- JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”. En AA.VV. (Coord. JIMENA QUESADA, L.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, 2004. Tirant lo Blanch. Pág. 137.
- JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Navarra, 2013. Aranzadi. Págs. 24 y 25.
- JIMENA QUESADA, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Valencia, 2007. Tirant lo Blanch. Pág. 19.
- PALOMAR OLMEDA, A. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: “El derecho a la asistencia sanitaria: un camino de ida y vuelta”. *Actualidad del Derecho sanitario*, 2013, nº 200. Pág. 35.
- PRIETO SUÁREZ, R.: “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2008, nº 11. Pág. 356.
- APRELL LASAGABASTER, C.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones”. *Revista General de Derecho Administrativo*, 2013, nº 32. Págs. 5 y ss.
- JIMENA QUESADA, L.: “La vinculación del Juez a la jurisprudencia internacional”. En AA.VV. (Coord. REVENGA SÁNCHEZ, M.): *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia, 2009. Tirant lo Blanch. Págs. 502 a 506.

-ROVIRA VIÑAS, A.: “Los defensores del pueblo y la Convención de Prüm”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2007, n° 7. Pág. 215.

-SOBRINO GUIJARRO, I.: “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, 2013, n° 2. Pág. 133.

-TORRES MURO, I.: “Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional: Una revisión”. *Teoría y realidad constitucional*, 2010, n° 26. Pág. 124.

Pour citer cet article

Référence électronique

SALCEDO BELTRÁN, Carmen « El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: valoraciones y críticas », *Revue Miroirs* [En ligne], 2 |2015, mis en ligne le 1 février, 2016, <http://www.revuemiroirs.fr/links/3/article5.pdf>.

Auteur

Carmen SALCEDO BELTRÁN

Droits d'auteur

© RevueMiroirs.fr

El Ombudsman latinoamericano a través del prisma de los Principios de París

Esteban Vargas Mazas

Université Toulouse 1 Capitole

Paris Principles transformed Ombudsman action in Latin-America. They have contributed to strengthen their independence, the creation of international and regional Ombudsman networks and to the promotion and protection of Human Rights (from civil and political rights to economic, social and cultural rights) in benefit of, both, individuals and vulnerable groups (such as women, children, immigrants, LGBTI, afro-descendants, indigenous populations, among others).

Los Principios de París han transformado la acción del Ombudsman en América Latina. Han contribuido: a fortalecer su independencia, a la creación de redes internacionales y regionales de Ombudsman y a la promoción y protección de derechos humanos (derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales), en beneficio de, tanto, individuos, como grupos vulnerables (mujeres, niños y niñas, inmigrantes, LGBTI, afrodescendientes, poblaciones indígenas, entre otros).

Palabras claves: Ombudsman, Defensor del Pueblo, América Latina, DESC, Principios de París

El Ombudsman es un mecanismo no jurisdiccional para la protección y garantía de los derechos. Etimológicamente la palabra “ombudsman”, proveniente del sueco, quiere decir: “aquel que está habilitado para actuar por otro” (Löhrer, 2014). Esta “institución universal” (Legrand, 1973) es un complemento a los controles clásicos de una Democracia, como lo son el Parlamento, mediante sus potestades de fiscalización, o los Tribunales de Justicia y las acciones que se puede iniciar ante estos. El Ombudsman “no pretende sustituir o arrinconar ninguna otra vía jurisdiccional de control, sino muy por el contrario reforzar las ya históricamente existentes, velando por su mejor funcionamiento. En suma actuando complementariamente a aquellas” (Gil, 1995). Su objeto en América Latina no es la sanción sino la defensa y promoción de los derechos humanos, donde ejerce su magistratura de influencia (Muñoz, 1990). Al respecto, se dice que esta magistratura es:

“un carácter distintivo que debe tener quien, pese a que no cuenta con la competencia para establecer sanciones como los jueces u otros órganos de policía y de control estatal, tiene la independencia, el talante, la dignidad y el reconocimiento social propios para movilizar la opinión en defensa de lo público, esto es, en defensa del interés general, del bien común y de los asuntos y espacios públicos donde se construyen consensos sociales con base en diálogos abiertos, democráticos y participativos” (Sánchez et al, 2014)

En Iberoamérica es considerada: “una institución pública, independiente de los demás poderes, que garantiza los derechos humanos y fundamentales mediante la recomendación (esto es, sin la coacción típicamente jurídica), especialmente frente a las vulneraciones de los mismos, procedentes de la Administración” (Escobar, 2012). Está presente en la mayoría de ordenamientos jurídicos¹ de América Latina, donde su denominación varía en cada país².

El Ombudsman latinoamericano se inspira mayoritariamente del Defensor del Pueblo consagrado en el artículo 54 de la Constitución de España de 1978. Este Defensor del Pueblo es tanto heredero del Ombudsman sueco del siglo XVIII, cuya función principal era la vigilancia de la buena Administración Pública, como del Proveedor de Justicia portugués de 1975, innovador en su rol de garante de los derechos humanos y libertades públicas. (Escobar, 2012 y Löhrer, 2014). De ahí que al latinoamericano se le identifique también como un “Ombudsman Criollo”, pues nació en territorio americano, con una paternidad sueca y una maternidad española (Madrado, 1996).

¹ Ver por ejemplo las Constituciones de los siguientes países: Argentina (artículo 86), Bolivia (artículos 218-224), Colombia (artículos 281-284), Ecuador artículos (214- 216), El Salvador (artículo 194), Guatemala (artículo 273-275), Honduras (artículo 59), México (artículo 102 B), Nicaragua (artículo 138), Panamá (artículos 129-130), Paraguay (artículos 276-280), Perú (artículos 161-162) y Venezuela (artículos 280 – 283). Asimismo, aunque no poseen el rango constitucional, han sido creados mediante una ley en Costa Rica (Ley número 7319 de 1992) y en Uruguay Ley número 18446 de 2008).

² Puede denominarse Defensoría o Defensor del Pueblo (Argentina, Colombia, Ecuador, Uruguay, Venezuela); Procuraduría o Procurador de Derechos Humanos (Es el caso de Guatemala, El Salvador y Nicaragua); Comisión o Comisionado de Derechos Humanos (Así se denomina en México y Honduras); Defensor de los Habitantes (Costa Rica).

La tendencia en Latinoamérica, desde sus inicios en Guatemala en 1985, es otorgarle un reconocimiento y rango constitucional, siendo su titular nombrado generalmente por el Parlamento. En los casos en los que no goza de este rango, debe como mínimo ser creado mediante una ley y garantizarse la independencia del mismo (Escobar, 2012; Fix-Zamudio, 2009). Y en toda la región son “mecanismos de tutela no jurisdiccionales, sistemas de vigilancia con una labor de atención a las denuncias; tienen competencia para la promoción y protección de los derechos humanos, disponen del mandato más amplio posible enunciado en los textos constitucionales o legislativos y brindan un procedimiento informal, breve y sencillo para la fiscalización de la actuación de las autoridades (...)” (Sánchez et al, 2014)

La prevalencia de este modelo no es consecuencia de un ejercicio de mimetismo jurídico. Es decir, no se importó una figura ajena a la realidad latinoamericana; ya que América Latina, como España y Portugal, habían sufrido guerras civiles y regímenes dictatoriales durante los que se cometieron graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

Durante la transición democrática latinoamericana, a finales de los años ochenta e inicios de los noventa, se celebrarían elecciones libres y nacerían nuevos textos constitucionales. Las constituciones neófitas incluirían robustas listas de derechos en su sección dogmática (Gargarella, 2014). Se crearían instituciones para resguardar estos derechos y apoyar las transformaciones sociales en curso, por ejemplo: cortes constitucionales, consejos de magistratura, tribunales administrativos, tribunales electorales y el Ombudsman, especializado en derechos humanos (Carpizo, 1993). Con lo cual se puede afirmar que existe un “Modelo Iberoamericano” (Escobar, 2012) pues los Ombudsman latinoamericanos comparten características con el Ombudsman español y portugués, tanto en su dimensión subjetiva (orgánica, es decir en cuanto a su nombramiento, composición y funcionamiento), como material (atribuciones y competencias). El Ombudsman latinoamericano, en un primer momento, sería una pieza clave para garantizar y controlar el respeto, por parte de los Poderes Públicos de los derechos civiles y políticos.³ El primer defensor del pueblo en Perú, Jorge Santistevan de Noriega, sintetiza este período de la historia Sudamericana:

³ Al protegerse los derechos civiles y políticos se hace mención a aquellos que “nacieron como producto de las tesis liberales clásicas, en las que resalta la posibilidad de proteger la libertad e intimidad del individuo frente al ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado” (Ventura, 2005) Es decir derechos como: la libertad de expresión, el sufragio, la libertad de culto, la propiedad privada, entre otros.

“(…) a principios de los años setenta van liquidándose los regímenes dictatoriales que surgieron al amparo de la doctrina de la seguridad nacional impulsada en el contexto de la guerra fría (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay), cayendo las dictaduras individuales o colegiadas para pasar a formas democráticas de gobierno, sustentadas en elecciones directas y libres, así como en instituciones democráticas que España nos transmite a través de su constitución. De este modo, sucesivamente, todos los países del Cono Sur, en especial aquellos del segmento sur de Sudamérica, llevan a cabo cambios constitucionales parciales o totales que, entre otras cosas, instituyen al Defensor del Pueblo” (Santistevan de Noriega, 2004)

A su vez, con respecto a Centroamérica, comenta:

“Mucho más evidente resulta el caso de los países centroamericanos, en los cuales tales transformaciones se producen en un contexto de superación de los conflictos internos y subsecuente construcción de la paz, con el auspicio de la comunidad internacional. En esta parte del mundo, confluyen a nuestro juicio, la influencia del modelo Español con la necesidad de construir un orden de paz que supere tanto la guerra vivida como el pasado de dictadura, imposición y exclusión que particularmente tres países habían experimentado y aspiraban a desterrar. El Salvador, Guatemala y Nicaragua, las tres naciones donde precisamente se ha acuñado el término Procurador de los Derechos Humanos, se encontraban en esa situación del final de los conflictos, con cambios constitucionales para democratizar a sus sociedades y con la adopción de la institución del Defensor del Pueblo como fue concebida en España, aunque con distinta denominación, añadiéndole facultades de educación, promoción y difusión de una cultura de paz.” (Santistevan de Noriega, 2004)

No obstante, se distinguen algunos casos de excepción, como lo fueron Costa Rica y Panamá:

“Solamente quedan aislados de la descripción vinculada a los conflictos Costa Rica y Panamá. El primero, no obstante gozar de plena democracia y carecer de conflictos internos, se aúna al proceso modernizador y crea por ley la Defensoría del Habitante. El segundo, Panamá, que tiene que vivir su propia democratización con posterioridad a la recuperación del Canal de Panamá y la zona adyacente como resultado de los Tratados Torrijos-Carter, opta por el modelo de Defensor del Pueblo surgido de la Constitución Española. La peculiaridad de ambos es, además, que son los únicos defensores en esa región creados por la ley del Congreso y no con rango constitucional” (Santistevan de Noriega, 2004)

La ola democrática se expandiría a más de sesenta países alrededor del mundo durante este mismo período, influenciado por el fin de la Guerra Fría (Kjærum, 2003). Surgiría un interés por la promoción y protección de los Derechos Humanos en las nuevas democracias. Con lo cual, se profundizarían las discusiones y acciones en el seno de la Organización de Naciones Unidas (en adelante “ONU”) para establecer mayores mecanismos de monitoreo de las acciones de los Estados Miembros, para el respeto de estos derechos y promoción de los mismos. En lo concerniente a los mecanismos no jurisdiccionales de protección de los Derechos Humanos (De Beco, 2010), la Asamblea de la ONU aprobaría la resolución 48/134 que buscaría el fortalecimiento e impulso de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (En adelante INDH) a nivel mundial. Lo haría mediante lo que se conocen como los “Principios de París”.

Dichos principios, fijarían criterios mínimos en lo relativo a las competencias, composición y funcionamiento de las INDH. Esto con miras a facilitar y garantizar su independencia y acción efectiva. Y se basarían en el funcionamiento de una institución francesa, la Comisión Consultiva para la Codificación del Derecho Internacional y la Definición de Derechos y Deberes de los Estados y de los Derechos Humanos (hoy denominada Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos, en adelante “CNCDDH”). Las discusiones que llevaron a la adopción de esta resolución permitieron la formación de redes regionales, externas al sistema de la ONU, independientes a los gobiernos de los Estados Miembros, integradas por los Centros de Derechos Humanos, Comisiones Legislativas y los Ombudsman alrededor del mundo. Es decir, nacerían redes o asociaciones privadas de las INDH (Decaux, 2003).

En América Latina el Ombudsman se convertiría en la INDH acreditada a nivel internacional. Dicha acreditación se obtiene ante el órgano que las INDH fundaron para organizar sus encuentros: el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos (“CIC”), en específico su Subcomité de Acreditación (“SCA”). A través de estos canales, los Ombudsman latinoamericanos acreditados como INDH, intercambiarían experiencias, compartirían metodologías, promoverían buenas prácticas, y organizarían talleres, y realizarían pronunciamientos o acciones conjuntas, siempre orientados por los Principios de París. Algunas de las redes regionales conformadas por los Ombudsman latinoamericanos serían: el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (“CCPDDHH”), la Red de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Continente Americano (“RINDHCA”) así como de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (“FIO”), aún activas y que cuentan con un gran acervo académico e institucional.

Empero, el contexto social que vio nacer a los Ombudsman Ibéricos en los años setenta y a sus pares Latinoamericanos a mediados de los ochenta e inicios de los noventa, no es el mismo de la actualidad. A inicios del siglo XXI, consecuencia de su participación en los mecanismos establecidos en el Sistema de Naciones Unidas, como el Examen Periódico Universal, y la obligatoriedad de los tratados de Derechos Humanos aprobados en su seno, el Ombudsman latinoamericano interpreta roles inéditos; añade la tutela antidiscriminatoria a sus ya múltiples funciones de promoción y protección. Es decir, después de consolidarse en un primer momento como garante y protector de los ciudadanos en su condición individual y de sus derechos civiles y políticos, desde hace varios años participa en un segundo momento. Hoy defiende a colectivos con características particulares y a una distinta generación de derechos. Los colectivos son los considerados “grupos vulnerables” y los derechos en cuestión son los económicos, sociales y culturales (“Desc”).⁴ Los grupos en mención están compuestos por: las mujeres, los y las indígenas, los y las afrodescendientes, los niños y las niñas, las poblaciones migrantes, la población reclusa a nivel penitenciario y las minorías LGBTI, entre otros. Así las cosas, las demandas son más complejas y obligan un despliegue institucional mayor para lograr su efectiva promoción y protección.

4 Los Desc son de “expresa influencia socialista, según la cual, el poder estatal debe ser utilizado en forma dinámica para la satisfacción de necesidades económicas, sociales y culturales básicas de los hombres y las mujeres. Los derechos económicos, sociales y culturales se ejercen generalmente exigiendo prestaciones positivas del Estado, dentro del límite de sus posibilidades y recursos, para crear las condiciones que lleven a su cumplimiento efectivo” (Ventura 2005).

El camino hacia los Principios de París

El camino hacia los Principios de París inicia en 1946. El 21 de junio de ese año, el Consejo Económico y Social (“ECOSOC”) de la ONU invitó mediante la resolución 2/9, a sus Estados Miembros a considerar el establecimiento de grupos informativos o comités locales de información a lo interno de sus países. Se buscaba la colaboración en los futuros trabajos de la Comisión de Derechos Humanos (ahora denominada Consejo de Derechos Humanos de la ONU) (Decaux, 2003 y De Beco, 2010).

Un año después, el Ministro de Relaciones Exteriores de Francia creó en su país la Comisión Consultiva para la Codificación del Derecho Internacional y la Definición de Derechos y Deberes de los Estados y de los Derechos Humanos⁵ (hoy denominada Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos⁶), que fue presidida en sus inicios por el prestigioso jurista René Cassin. Salvo por dos resoluciones invitando a los Estados a formar estos grupos⁷, durante treinta años no hubo impulso eficaz, con resultados tangibles, en el tema. No sería hasta 1978, cuando la Comisión de Derechos Humanos (hoy remplazada por el Consejo de Derechos Humanos) organizaría el Seminario sobre Instituciones Nacionales y Locales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos⁸, al final del cual se propondría una serie de pautas a seguir, a la postre respaldadas por la Asamblea General de la ONU. Con dichas pautas se establecerían las principales funciones de las futuras instituciones: monitoreo del respeto de los derechos humanos por parte de los gobiernos y la promoción de estos derechos.

Posteriormente, en 1991, sería organizado en París el primer Taller Internacional sobre las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos⁹. Allí se redactaría el borrador de los principios, que serían respaldados en primer lugar por la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1992/54, del 3 de marzo de 1992. (De Beco, 2010).¹⁰ Luego, durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, organizada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, se

5 Traducción del francés: Commission consultative pour la codification du droit international et la définition des droits et devoirs des Etats et des Droits de l'homme

6 Traducción del francés: Commission nationale consultative des droits de l'homme

7 Ver por ejemplo: ECOSOC Resolución 772 B (XXX) del 25 de julio de 1960 y ECOSOC Resolución 888 F (XXXIV) del 24 de julio de 1962.

8 Traducción del inglés: Seminar on National and Local Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights

9 Traducción del inglés “International Workshop on National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights”

10 Ver resoluciones 33/46 del 14 diciembre de 1948 A/RES/33/46 y 39/49 del 23 de noviembre de 1979 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas

aprobaría la Declaración y Programa de Acción de Viena¹¹ que, entre otras misiones y proyectos, destina varios párrafos al rol que deberían interpretar las INDH. Además, exhortó a la creación y refuerzo de estas instituciones, precisando sus misiones en materia de lucha contra el racismo, xenofobia, y en materia de educación y de formación. De igual forma, subraya el rol de las INDH en la promoción y protección de los Derechos Humanos y “preconiza” el desarrollo de la cooperación entre las instituciones a tres niveles: entre las INDH, entre las INDH y organismos regionales y entre las INDH y la ONU (Decaux, 2003).

Finalmente, los Principios de París fueron adoptados el 20 de diciembre de 1993, durante la cuadragésima octava sesión de la Asamblea de la ONU. La voluntad de los Estados Miembros de impulsar la creación de INDH a nivel mundial se manifiesta en la resolución 48/134. La norma se intitula: “Instituciones nacionales de promoción y protección de derechos humanos”. En el anexo de la resolución se establecen los “Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales” (visibles en la Tabla II de este artículo).

El contenido de los Principios de París

En otro orden de ideas, es importante recordar que en el seno de la Organización de Naciones Unidas, como en cualquier organismo internacional multilateral, convergen tradiciones legales y sistemas jurídicos muy diversos. De ahí que la selección de las palabras tiende a ser reflejo del arte de la diplomacia. Al lograr consensos políticos en la búsqueda de etiquetas, es recurrente encontrar denominaciones que engloban distintas realidades institucionales que se pueden encontrar en cada país (Decaux, 2003). De ahí que la resolución privilegia el nombre “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos” y no Ombudsman, ya que en algunos países un tal injerto institucional no sería viable.

La manera en que se redactan estos principios brinda un amplio margen para su interpretación y puesta en marcha.¹² El anexo de la resolución 48/134, se estructura en cuatro partes: 1) Competencia y atribuciones; 2) Composición y garantías de independencia y pluralismo, 3) Modalidades de funcionamiento, 4) Principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasi jurisdiccional.

11 Ver el párrafo 36 de la I parte y los párrafos 20, 82, 83 siguientes y concordantes de la II parte, disponibles en el documento A/CONF/157/23 del 12 de julio de 1993.

12 Llama la atención que un sector de la doctrina no reconoce a los Ombudsman como INDH, por ejemplo al clasificar las INDH. De Beco, escoge los modelos: Francés: “stakeholder approach, Irlandés: expert approach, y Danés: research approach”) y no incluye en su análisis a los Ombudsman existentes y acreditados como INDH.

Con respecto a la primera parte, “Competencia y atribuciones”, se define un ámbito de aplicación en razón de la materia. Se precisa que lo será la promoción y protección de los derechos humanos, y que para ello contará con “el mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia”. En este sentido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), en su publicación de capacitación profesional explica que esta disposición:

“(…) refleja la diversidad de modelos institucionales que existen. Las INDH cuyo mandato se deriva directamente de los tratados internacionales y se ocupan de todos los derechos humanos son las que más se ajustan a la naturaleza indivisible, interdependiente y universal de los derechos humanos y se consideran como el mejor modelo. No obstante, los mandatos de algunas instituciones se limitan a los derechos civiles y políticos, con lo que quedan excluidos los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, a menudo esa limitación se refiere únicamente a su mandato de investigación, mientras que las instituciones gozan de plenas facultades para promover todos los derechos. Es cierto, como se ha señalado anteriormente, que algunas INDH se ocupan únicamente de grupos específicos, como las mujeres o los niños. Otras están limitadas, al menos en su función de investigación, a los casos de discriminación. Es posible tener un mandato más limitado, como los que se han mencionado, y aun así satisfacer los Principios de París.” (Organización de las Naciones Unidas, 2010)

Y se determinan sus áreas de acción, muy distintas pero complementarias entre sí; figuran entre ellas: una función consultiva, una función legislativa, la cooperación técnica tanto con actores nacionales, regionales como internacionales, la enseñanza, la investigación y la divulgación de los derechos humanos (Nowosad, 2004).

El Profesor González resume de manera eficaz el contenido de estos principios, según se presenta en cada parte:

“1) En la esfera relativa a “las competencias y atribuciones” (...) se establece que una institución con este carácter debe estar autorizada para poder supervisar cualquiera situación en la que se encuentre una violación de los derechos humanos.

2) En lo relativo a su “composición y garantías de independencia y pluralismo”, se menciona que la composición de la institución y la elección de sus miembros deberá ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos. Así como también que la institución disponga de la estructura necesaria para lograr el correcto desempeño de sus funciones, teniendo de igual forma como fin lograr su autonomía respecto del Estado y no tener una dependencia financiera que pudiera limitar sus funciones. Y, por último, lo referente al nombramiento de las personas que estarán al mando de las instituciones, el cual deberá hacerse mediante acto oficial en el que se señalará la duración del mandato.” (González, 2011)

Las restantes dos partes de los Principios de París abordan las modalidades de funcionamiento y principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasi jurisdiccional:

“3) La tercera categoría se refiere a “las modalidades de funcionamiento” de estas instituciones, dentro de las que se encuentran: examinar cada uno de los asuntos dentro de su competencia; recibir todos los testimonios y obtener todos los documentos necesarios para el examen de los asuntos sometidos a su competencia; dirigirse a la opinión pública para dar a conocer los resultados de sus opiniones y recomendaciones; reunir a sus miembros de manera regular y cada vez que sea necesario; estar en coordinación y mantener comunicación con los demás órganos de carácter jurisdiccional o de cualquiera otra índole encargados de la protección de derechos humanos, y establecer relaciones con las organizaciones no-gubernamentales que se ocupen de la protección y promoción de los derechos humanos.

4) Por último, el criterio relativo a los “principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasi jurisdiccional”, donde se menciona que la comisión podrá estar facultada para recibir y examinar denuncias y demandas de los particulares; también pueden acudir a ella las organizaciones no-gubernamentales, las asociaciones de sindicatos, etcétera; en tales casos, las funciones que se les encomiendan podrán tratar de buscar soluciones de conciliación para las partes, informar a los reclamantes de sus derechos y de los recursos de que disponen, y por otro lado transmitir a las autoridades competentes las denuncias que conozcan, así como formular recomendaciones.” (González, 2011)

Esto confirma la vocación de las INDH en general y de los Ombudsman latinoamericanos en específico para que funcionen como “puente o punto de intersección entre el Estado y la sociedad” (Pegram, 2011). El ciudadano podría, en teoría, recurrir al Ombudsman y sus múltiples competencias, como quien recurre a un “megáfono” (Pegram, 2011) para hacer escuchar sus necesidades en materia de Derechos Humanos y brindarles soluciones.

La relación entre las categorías “INDH” y “Ombudsman” de conformidad con los Principios de París

En cuanto a la calificación de INDH, se utiliza un criterio material para identificar si un actor es INDH, de conformidad con los Principios de París. Es decir, lo que va a prevalecer no es la denominación sino las funciones que ejerce la INDH. Y estas deben estar consagradas a nivel jurídico, ya sea con rango constitucional o legal. Al respecto el ACNUDH afirma que:

“Del mismo modo que no existe un modelo normalizado para las INDH, tampoco existe una nomenclatura normalizada. Las INDH tienen designaciones diferentes en función de la región a la que pertenezcan, su tradición jurídica o sus costumbres, por ejemplo:

- Protector de los derechos civiles;
- Comisionado;
- Comisión de derechos humanos;
- Instituto o centro de derechos humanos;
- Ombudsman;
- Ombudsman parlamentario o comisionado para los derechos humanos;
- Defensor/protector del pueblo;
- Defensor parlamentario.

El nombre en sí mismo no tiene mucha importancia, siempre que transmita claramente al público: a) qué hace la INDH; y b) que se trata de una institución pública y no una ONG. Es, por supuesto, esencial que satisfaga los Principios de París.” (ONU, 2010)

En cuanto a los Ombudsman en general, el ACNUDH considera que los “(...) ombudsman “clásicos” cuyo mandato legal no incluye los derechos humanos (...) no son INDH.” (ONU, 2010) Y precisa que “solo leyendo cuidadosamente la ley fundacional y el mandato puede determinarse si un Ombudsman es una INDH” (ONU, 2010). No obstante, en el caso latinoamericano, el mandato legal de sus Ombudsman suele incluir los derechos humanos, bajo distintas denominaciones como: derechos fundamentales, libertades públicas, derechos sociales, garantías sociales, entre otros. Y estos recogen normalmente los derechos humanos de primera generación, civiles y políticos, como aquellos de segunda generación, los “Desc” e incluso algunos de tercera generación, como el derecho al desarrollo (Gargarella, 2010).

Así las cosas, en América Latina (ver la Tabla I al final de este artículo) los Ombudsman nacionales están acreditados como la INDH de su país. Este fenómeno no es extrapolable a todos los países a nivel mundial. Por ejemplo, en Francia existen tanto Ombudsman como INDH. La INDH es la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos y el Ombudsman es el Defensor de Derechos¹³, pero el Ombudsman francés individualmente no es la INDH. Lo que es más: el Ombudsman integra la INDH francesa, conformada por varios actores de la sociedad civil, la academia y parlamentarios. Esto se podría explicar ya que al momento de la creación de los Principios de París en 1993, el Ombudsman ya existía en América Latina. Y estos serían los llamados a asumir el mandato para evitar la duplicación de funciones. A nivel mundial, los Ombudsman representan casi una tercera parte del total de las INDH (ONU, 2009). Predominan sobre todo en el continente americano, con énfasis en América Central y América del Sur. Al respecto la ACNUDH en su manual de INDH precisa:

“El hecho de que su dirección recaiga en una única persona complica el cumplimiento del requisito de pluralismo. El hecho de que el único miembro perteneciese al grupo mayoritario o dominante podría reducir la credibilidad de la institución ante el resto de la sociedad. No obstante, hay formas de resolver esa dificultad, por ejemplo mediante juntas o consejos consultivos.” (ONU, 2009)

¹³ Denominado “Défenseur des droits”

Entonces, se decanta por una lectura pragmática del principio al considerar que hay otras vías para alcanzar dicha representatividad. Llama la atención la apertura de la interpretación en el seno de las Naciones Unidas, con respecto a las obligaciones de establecimiento de un procedimiento que asegure la representación pluralista de las fuerzas sociales de la sociedad civil. Primero, porque la mayoría de Ombudsmen latinoamericanos son nombrados de manera directa por el Parlamento, sin obligación jurídica (constitucional o legal) de consultar a las fuerzas sociales¹⁴. Segundo, ya que el Ombudsman latinoamericano normalmente es un órgano unipersonal, en algunos casos apoyado por Ombudsmen adjuntos, con lo cual aumenta el riesgo de que durante el proceso de selección influyan intereses de política partidaria o electoral. Existen precedentes de aprovechamiento del Ombudsman como plataforma política, dada la atención mediática que recibe; se recomienda la lectura de los estudios que confirman serias irregularidades al respecto (Ugla, 2004; Goodman y Pegram, 2012).

Cabe agregar que en relación a las garantías de independencia, en Latinoamérica hay precedentes de su interferencia, principalmente a través del ataque de la autonomía presupuestaria del Ombudsman. Esto ha ocurrido en Nicaragua o en Panamá, entre otros países (Elizondo y Aguilar, 2001; Ugla, 2004; Goodman y Pegram, 2012). La independencia presupuestaria es clave para garantizar el debido funcionamiento del Ombudsman; en América Latina los presupuestos son limitados y una parte depende de la cooperación internacional. De ahí que no sea de “(...) extrañar que cuando un gobierno se encuentra ante una institución que lo controla demasiado, trate como primer mecanismo de cortar su presupuesto anual o de demorarse en su aprobación y otorgamiento.” (Elizondo y Aguilar, 2001)

También es importante observar qué ocurre cuando el Ombudsman latinoamericano incumple su labor y violenta los Principios de París. Uno de los casos más recientes es el correspondiente al Ombudsman venezolano, Tarek William Saab y sus antecesores, a quienes varias Organizaciones No Gubernamentales (“ONG”) señalaban como políticamente parcializados, sobre todo beneficiando los intereses del Chavismo. El impacto de las denuncias realizadas desde 2013 por estas ONG’s de Derechos Humanos¹⁵ acarrió a que el Subcomité de Acreditación del CIC recomendara degradar la categoría de la acreditación de la institución a clase B y obligando al Ombudsman venezolano a demostrar que la conformidad con los Principios. En palabras del CIC: “La recomendación de rebajar la clase de acreditación no tiene efecto durante un plazo de un año. El Subcomité señala que la Defensoría del Pueblo mantendrá su acreditación de clase A hasta su primer período de sesiones de 2016. Esto da una oportunidad a la Defensoría para que facilite la prueba documental necesaria para establecer su continua conformidad con los Principios

¹⁴ Algunas excepciones a esto, al menos desde un punto de vista formal, son: Nicaragua, Chile y México.

¹⁵ El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello es una de ellas.

de París” (CIC, 2015). En este caso, ante la pérdida de la legitimidad nacional, salió bien posicionada la segunda de las legitimidades que existen según Decaux: la legitimidad internacional, en este caso representada por la institucionalidad del CIC (Decaux, 2003).

En consecuencia, los Principios de París se han convertido en una herramienta al servicio del Ombudsman latinoamericano en la región. Gracias a estos se han consolidado y fortalecido la institución y su objeto. Y de igual forma, se han ampliado sus funciones hacia campos que antes le eran más restringidos.

El impulso dado por las redes internacionales de Ombudsman

Durante el siglo XXI, la ONU, principalmente a través de la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos (creado por la Asamblea General mediante la resolución 60/251 del 15 de marzo de 2006) y el ACNUDH, continuará alentando el aumento de la cooperación entre las INDH, y por consiguiente de los ombudsmen latinoamericanos, a nivel nacional (entre los actores de cada país), regional (entre los países que comparten un espacio geográfico en particular) e internacional (principalmente en el seno del Sistema de Naciones Unidas). De esto dan crédito las múltiples resoluciones de sus distintos órganos.¹⁶ Se respaldará el trabajo del Comité Coordinador de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (CIC). Sin lugar a dudas, la ONU encontrará en los Ombudsmen latinoamericanos un aliado para fomentar la promoción y protección de todos los Derechos Humanos. Hoy, el Ombudsman latinoamericano que cuente con la acreditación nivel “A”, es decir, que cumple con los Principios de París, participa en los informes y reportes que nutren los mecanismos por ella establecidos, como por ejemplo el Examen Periódico Universal. De igual forma, brinda insumos a los órganos de los tratados. (ONU, 2009)

Es interesante señalar que se registran algunas participaciones del Ombudsman latinoamericano ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, actuando en condición de *Amicus Curiae*. Algunos Ombudsmen (como los de Panamá, Perú y Nicaragua) se han apersonado ante la Corte Interamericana en esta condición. Aunque es una participación minoritaria, no deja de ser importante y deseable¹⁷ (Escobar, 2013). Otras de las funciones que el

¹⁶ Algunas de las más importantes son: Asamblea General: resoluciones 63/169 y 63/172 del 18 de diciembre de 2008, 64/161 del 18 de diciembre de 2009, 65/281 y 66/169 del 19 de diciembre de 2011, 68/171 del 18 de diciembre de 2013; Consejo de Derechos Humanos: resoluciones 5/1 del 18 de junio de 2007, 16/21 del 25 de marzo de 2011, 17/9 del 16 de junio de 2011, 20/14 del 5 de julio de 2012. De igual forma ver los informes anuales de la ACNUDH, del 30 de junio de 2011, uno relativo al rol de las INDH A/HRC/27/39 y otro relativo al CIC y su proceso de acreditación A/HRC/27/40.

¹⁷ De 223 procedimientos contenciosos, se registraban 6 casos en los que participó un Ombudsman

Ombudsman latinoamericano ha desempeñado, o podría desempeñar, dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en específico junto con la Comisión Interamericana, son: peticionario de medidas cautelares, de peticionario individual; en la solicitud de información a los Estados; a través de los comunicados de prensa que emite la Comisión; en la elaboración de informes temáticos dirigidos por la Comisión; participar en las audiencias públicas. De igual forma, podría constituirse como sujeto de protección en caso de ser necesario. Finalmente, puede actuar como coadyuvante en la implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano. Lo que denota, una vez más, la importancia del Ombudsman latinoamericano a nivel regional. (Escobar, 2013)¹⁸

Adicionalmente, otras iniciativas importantes provienen de redes subregionales como el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (“CCPDDHH”), la Red de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Continente Americano (“RINDHCA”). De la misma manera, existe un apoyo técnico a los Ombudsman por parte ACNUDH, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto Latinoamericano de Ombudsman Defensor del Pueblo (“ILO”) y el Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (“PRADPI”) de la Universidad de Alcalá. También existe un Fondo Especial para Ombudsman e Instituciones Nacionales de América Latina y el Caribe. Lo que va a fomentar que se brinden capacitaciones e intercambien experiencias, información y metodología que permiten la intervención del Ombudsman en la región en otros ámbitos.

La Abogada y Consultora Lorena González Volio presenta un ejemplo en Centroamérica de las nuevas modalidades de intervención del Ombudsman, utilizando los foros regionales y con la mira dirigida hacia los Desc:

“El incremento de la pobreza y las demandas ciudadanas que exigen a sus gobernantes políticas públicas que logren frenarla, ha sido otra de las preocupaciones de los defensores, quienes han hecho pronunciamientos nacionales, así como investigaciones y propuestas regionales, que les han permitido posicionar en la agenda pública esta problemática.

en condición de Amicus Curiae, según expuso Pilas Amorós en 2011, durante el Primer Congreso Internacional de la PRADPI.

18 Estas ideas a cargo del Profesor Orozco Hernández, fueron expuestas de manera magistral durante el Primer Congreso Internacional de la PRADPI, y publicadas como consta en bibliografía referenciada al final.

Cabe destacar el Tercer Informe Regional del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, Políticas públicas regionales sobre la reducción de la pobreza en Centroamérica y su incidencia en el pleno disfrute de los derechos humanos. Este estudio, además de aportar datos sobre la realidad de la región centroamericana, hace una reflexión en torno a las limitaciones que los índices tradicionales de medición de la pobreza conllevan para la estimación del grado de cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y propone la pertinencia de tomar como base nuevos instrumentos y fuentes de información para la formulación de políticas públicas sobre reducción de la pobreza, sensibles al grado de disfrute de los DESC, desarrollando para ello un Índice DESC, el cual ha sido acogido por distintas instancias gubernamentales” (González, 2009).

En materia de Desc, el Profesor Carpizo afirmaba que el Ombudsman, en el futuro, tendría que:

“(…) actuar con prudencia y poco a poco, porque esos se irán resolviendo y defendiendo mejor en cuanto un país tenga los recursos económicos para ello. Pero dentro de la prudencia del Ombudsman y de acuerdo a con las circunstancias de cada país, debe de ir interviniendo para poder ser sólo un auxiliar, pero un auxiliar valioso, en que esos derechos sean una realidad y tengan buena protección” (Carpizo, 1991)

Incluso para el Profesor Carpizo eventualmente su competencia debía irse ampliando: “para conocer algunos de los Derechos Humanos de la tercera generación. El caso más claro es respecto a los asuntos ecológicos.” (Carpizo, 1991)

Las posibilidades del Ombudsman latinoamericano para abordar los Desc son variadas. Christian Courtis (Courtis, 2009) considera que el mandato legal de los Ombudsman es suficiente para actuar en favor de aquellos. De igual forma, suministra algunas recomendaciones con respecto a los instrumentos jurídicos que se pueden utilizar. Primero, aconseja un enfoque distinto que se aplique según la escala de los problemas (que divide en: quejas o violaciones de carácter individual; situaciones de afectación grupal o colectiva; y decisiones generales de política pública). Segundo, explica las distintas alternativas con las que el Ombudsman cuenta para encontrar una solución, como por ejemplo: la resolución de las quejas, su participación en la vía judicial, la posibilidad de ejercer la iniciativa legislativa, a través de la promoción o incluso actuando a nivel internacional.

Los datos recolectados por la FIO sistematizan las quejas registradas en los informes anuales de las defensorías iberoamericanas de los últimos años. Se identifican los derechos más vulnerados y las instituciones más recurridas (FIO, 2015). Permiten confirmar la tendencia de incremento de reclamos relativos a Desc (como por ejemplo: derecho a la vivienda, a la salud, al trabajo). Se constata de la información un incremento en la acción de las defensorías a favor de los grupos vulnerables. No obstante, se siguen registrando violaciones de los derechos civiles y políticos (como el derecho a la integridad personal, el derecho a la vida, o a la justicia pronta y cumplida). Forman parte importante de las quejas los reclamos relativos al debido proceso en materia administrativa, petición y respuesta, servicios públicos eficientes. Lo que muestra la variedad de temáticas conocidas por el Ombudsman latinoamericano y la complejidad del reto que enfrenta para continuar siendo un interlocutor entre el Estado y la sociedad.

Conclusiones

El objeto, o finalidad, del Ombudsman contemporáneo en América Latina es actuar en favor de la promoción y protección de los derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales en esta materia. El éxito o fracaso de su acción dependerá de las condiciones institucionales que se le aseguren para realizar su trabajo. El funcionamiento eficaz del Ombudsman requiere del respeto de un conjunto de características orgánicas. A nivel internacional, la solidez, autonomía e independencia institucional de las INDH, de las cuales el Ombudsman latinoamericano forma parte, se mide con el estándar jurídico que establecieron los Principios de París. El legado de los Principios de París no solamente impactó el trabajo a una escala nacional sino que también permitió el establecimiento de redes de cooperación a nivel internacional entre los Ombudsman regionales, que contribuyen a la mejora de la institución. De igual forma, son importantes sus aportes al Sistema de Naciones Unidas, para monitorear el cumplimiento de los Estados Miembros de la ONU de sus obligaciones en materia de Derechos Humanos.

Los Estados latinoamericanos conocieron momentos difíciles a lo largo del siglo XX. Apoyados por el impacto mundial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lograron adentrarse en el siglo XXI con una institucionalidad que, aunque es joven, es más sólida. En muchos casos, ha logrado superar las que fueron sus principales preocupaciones en materias de derechos civiles y políticos, es decir que justificaron la importación de la figura del Ombudsman a América Latina. Desde hace varios años, el Ombudsman avanza en lo relativo a la protección de los Desc. De la misma manera, si en un primer momento eran los ciudadanos en su condición individual los que reclamaban esos derechos, hoy son colectivos, con características particulares los que motivan la acción del Ombudsman. Se constata en la región latinoamericana una extensión del campo de aplicación en razón de la

persona y de la materia. Es decir, el Ombudsman también actúa en defensa y por la protección de los grupos vulnerables, como las mujeres, los niños y niñas, los y las indígenas, los ancianos y ancianas, los grupos LGBTI y los y las afrodescendientes.

Así las cosas, el Ombudsman latinoamericano enfrenta un reto a su capacidad de adaptación a las necesidades actuales en un mundo cada vez más dinámico y comunicado. Para conservar su vigencia, debe continuar asegurando de manera eficaz su rol de protección y promoción de los Derechos Humanos, en sociedades cada vez más diversas y fragmentadas. De ello dependerá la legitimidad de su magistratura de persuasión y su permanencia como una institución fiable y al servicio de los ciudadanos en América Latina.

Tabla I

País	Nombre del Ombudsman	Estado de acreditación* ante el CIC	Fecha de la última evaluación
Argentina:	Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina	A	Octubre de 2011
Bolivia	Defensor del Pueblo	A	Marzo de 2012
Chile	Instituto Nacional de Derechos Humanos	A	Noviembre de 2012
Colombia	Defensoría del Pueblo	A	Marzo de 2012
Costa Rica	Defensoría de los Habitantes	A	Octubre de 2011
Ecuador	Defensor del Pueblo	A	Marzo de 2009
El Salvador	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos	A	Mayo de 2011
Guatemala	Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala	A	Mayo de 2013
Haití	Office de la Protection du Citoyen	A	Noviembre de 2013
México	Comisión Nacional de los Derechos Humanos	A	Octubre de 2011
Nicaragua	Procuraduría para la Defensa de los Derechos humanos	A	Abril de 2011
Panamá	Defensoría del Pueblo de la República de Panamá	A	Noviembre de 2012
Paraguay	Defensoría del Pueblo de la República del Paraguay	A	Marzo 2014
Perú	Defensoría del Pueblo	A	Marzo 2012
Venezuela	Defensoría del Pueblo	A	Mayo 2013

*Elaborado a partir de la información disponible en el sitio web del Comité Coordinador de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (CIC) que reporta el estado de acreditación de cada Ombudsman y el documento citado en la bibliografía (ONU, 2010).

A nivel mundial, al 23 de mayo de 2014, 106 instituciones habían sido acreditadas por el CIC. De estas 71 instituciones tienen el nivel "A", 25 instituciones el nivel "B", y 10 instituciones el nivel "C".

Esto significa lo siguiente:

"A" Miembro votante: cumple plenamente los Principios de París

"B" Miembro observador: no satisface plenamente los Principios de París o la información presentada es insuficiente para tomar una decisión

"C" No miembro: no es conforme con los Principios de París

Tabla II

Principios relativos al estatuto de las instituciones Nacionales

Competencia y atribuciones

1. La institución nacional será competente en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos.
2. La institución nacional tendrá el mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia.
3. La institución nacional tendrá, entre otras, las siguientes atribuciones:
 - a) Presentar, a título **consultivo**, al gobierno, al parlamento y a cualquier otro órgano pertinente, a instancia de las autoridades interesadas o en ejercicio de su facultad de actuar de oficio, opiniones, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la promoción y protección de los derechos humanos; la institución nacional podrá decidir hacerlos públicos; las opiniones, las recomendaciones, las propuestas y los informes, así como cualquier prerrogativa de la institución nacional, abarcarán las siguientes esferas:
 - i) Todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos de ley y las propuestas y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación;
 - ii) Toda situación de violación de los derechos humanos de la cual decida conocer de oficio;
 - iii) La elaboración de informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas;
 - iv) Señalar a la atención del gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos en todo el país, proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones y, en su caso, emitir una opinión sobre la posición y reacción del gobierno;
 - b) Promover y asegurar que la **legislación**, los reglamentos y las prácticas nacionales **se armonicen** con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva;
 - c) Alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a ellos y asegurar su aplicación;
 - d) Contribuir a la **elaboración de los informes** que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las **Naciones Unidas**, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de las obligaciones que les imponen los tratados y, en su caso, emitir una opinión a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia;
 - e) Cooperar con las Naciones Unidas y las demás organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos;
 - f) Colaborar en la elaboración de programas relativos a la **enseñanza y la investigación** en la esfera de los derechos humanos y participar en su aplicación en el ámbito escolar, universitario y profesional;
 - g) **Dar a conocer** los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, en particular la discriminación racial, sensibilizando a la opinión pública, en particular mediante la información y la enseñanza, recurriendo para ello a todos los medios de comunicación.

Composición y garantías de independencia y pluralismo

1. La composición de la institución nacional y el nombramiento de sus miembros, por vía de elección o de otro modo, deberán ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos, en particular mediante facultades que permitan lograr la cooperación eficaz o la participación de los representantes de:
 - a) Las organizaciones no gubernamentales competentes en la esfera de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación racial, los sindicatos, las organizaciones socioprofesionales interesadas, en particular juristas, médicos, periodistas y personalidades científicas;
 - b) Las corrientes de pensamiento filosófico y religioso;
 - c) Los universitarios y especialistas calificados;
 - d) El parlamento;
 - e) Las administraciones (de incluirse, sus representantes sólo participarán en los debates a título consultivo).
2. La institución nacional dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de fondos suficientes. Esos fondos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de que la institución sea autónoma respecto del gobierno y no esté sujeta a un control financiero que pueda afectar su independencia.
3. En interés de la estabilidad del mandato de los miembros de la institución nacional, sin la cual no habrá una verdadera independencia, su nombramiento se hará mediante acto oficial en el que se señale un plazo determinado de duración de su mandato. Ese mandato podrá prorrogarse, bajo reserva de que se siga garantizando el pluralismo de su composición.

Modalidades de funcionamiento

En el marco de sus actividades, la institución nacional deberá:

- a) Examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia, que le sean sometidas por el gobierno o que decida conocer en virtud de sus atribuciones, a propuesta de sus miembros o de cualquier solicitante;
- b) Recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia;
- c) Dirigirse a la opinión pública directamente o por intermedio de todos los órganos de comunicación, especialmente para dar a conocer sus opiniones y recomendaciones;
- d) Reunirse de manera regular y cada vez que sea necesario, en presencia de todos sus miembros, debidamente convocados;
- e) Establecer grupos de trabajo, cada vez que sea necesario, así como secciones locales o regionales para facilitar el desempeño de sus funciones;
- f) Mantener la coordinación con los demás órganos, de carácter jurisdiccional o de otra índole, encargados de la promoción y protección de los derechos humanos (en particular, ombudsman, mediador u otras instituciones similares);
- g) Establecer relaciones con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de la promoción y protección de los derechos humanos, el desarrollo económico y social, la lucha contra el racismo, la protección de los grupos especialmente vulnerables (en particular, niños, trabajadores migratorios, refugiados, personas con discapacidades físicas y mentales) u otras esferas especializadas, habida cuenta del papel fundamental que desempeñan esas organizaciones como medio de ampliar la acción de las instituciones nacionales.

Principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasijurisdiccional

La institución nacional podrá estar facultada para recibir y examinar denuncias y demandas relativas a situaciones particulares. Podrán recurrir a ella los particulares, sus representantes, terceros, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sindicatos y cualquier otra organización representativa. En ese caso, y sin perjuicio de los principios antes mencionados que se refieren a otros aspectos de la competencia de las comisiones, las funciones que se les encomienden podrán inspirarse en los siguientes principios:

- a) Tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial;
- b) Informar al autor de la demanda acerca de sus derechos, en particular de los recursos de que dispone, y facilitarle el acceso a esos recursos;
- c) Conocer de todas las denuncias o demandas o transmitir las a cualquier otra autoridad competente, dentro de los límites establecidos por ley;
- d) Formular recomendaciones a las autoridades competentes, en particular proponer adaptaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, especialmente cuando ellas sean la fuente de las dificultades que tienen los demandantes para hacer valer sus derechos.

Fuente: Resolución A/RES/48/134 pp. 4-7

Bibliografía

AGUILAR, I., ELIZONDO, G. La institución del Ombudsman en América Latina: Requisitos mínimos para su existencia en Seminario Internacional El Defensor Ciudadano que queremos, Secretaria General de la Presidencia; Capítulo Chileno del Ombudsman, Santiago, 2001.

CARPIZO MACGREGOR, J, Derechos Humanos y Ombudsman, México D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos y Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1993.

COMITÉ INTERNACIONAL DE COORDINACIÓN DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES PARA LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Informe y recomendaciones del período de sesiones del Subcomité de Acreditación Ginebra, 16 a 20 de marzo de 2015.

COURTIS, C., 2009, Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave, Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia, PRADPI. N° 5. pp. 30-51.

DECAUX, E., 2003, Le dixième anniversaire des Principes de Paris, *Droits fondamentaux*, 3, 19, 11-29.

DE BECO, G., *Non-Judicial Mechanisms for the Implementation of Human Rights in European States*, Bruselas, Bruylant, 2010.

DE BECO, G., MURRAY, R., *A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions*, Cambridge, 2015.

ESCOBAR ROCA, G., 2012, Defensor del pueblo, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos*, Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica.

ESCOBAR ROCA G., (editor), *La Protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo*, Actas del I Congreso internacional del PRADPI, Madrid, Editorial Dykinson, 2013.

FEDERACION IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN, Sistematización de las quejas registradas en los informes anuales de las defensorías iberoamericanas para identificar los derechos más vulnerados y las instituciones más quejadas durante los períodos 2011-2012, 2012-2013 y 2013-2014, 2015

FIX ZAMUDIO, H., Seminario Internacional Bicentenario del Ombudsman en el Mundo, Conferencia magistral inaugural, Pasado, Presente y Futuro del Ombudsman, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.

FIX ZAMUDIO H, La modernización del Derecho Constitucional Mexicano. Reformas Constitucionales 1990-1993, Artículo 102, apartado B, de la Constitución federal mexicana. Constitucionalización del Ombudsman en el ordenamiento mexicano, UNAM, México D.F., 1994.

FIX ZAMUDIO H, Posibilidad del ombudsman en el derecho latinoamericano, en *La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios. Homenaje al dr. Jorge Carpizo Mac Gregor*. 2013.

GARGARELLA, R., *Derecho y grupos desaventajados*. Gedisa, 1999.

GARGARELLA, R., *La Sala de Máquinas de la Constitución*, Katz editores, Buenos Aires, 2014.

GIL ROBLES, A., *El Defensor del Pueblo y su Impacto en América Latina*, Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo II, San José, 1995 pp. 441-483.

GONZALEZ PEREZ, L.G. 2011, El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México, *Rev. IUS*, 5, 28 Puebla.

GONZALEZ VOLIO, L., 2003, *The Institution of Ombudsman, the Latin American Experience*, *Revista IIDH*, 37 San José, pp. 219-248.

GONZALEZ VOLIO, L., 2009, *Los Ombudsman en América Latina y su incidencia política*, *Revista IIDH*, 49; San José, pp. 157-202.

GOODMAN R. y PEGRAM, T (editores), *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

KJÆRUM, M., *National Human Rights Institutions Implementing Human Rights*, Danish Institute for Human Rights, 2003.

LEGRAND, A., 1973, Une institution universelle: l'Ombudsman, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, 1973, pp. 851-856.

LÖHRER, D., La protection non-juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé: l'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, Paris, 2014.

MADRAZO, J., El ombudsman criollo. Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Derechos Humanos, Academia Mexicana de Derechos Humanos y CNDH, México D.F., 1996.

MARTINEZ GARZA, M., 2013, La participación de los organismos públicos de derechos humanos en torno a la protección contra las desapariciones forzadas, *Droits fondamentaux*, 10, No spécial, pp. 1-15.

MUÑOZ QUESADA, H., HABAMÜLLER, E.P., Elementos de técnica legislativa, Centro para la Democracia, San José, 1996.

MUÑOZ QUESADA, H., 1990, El Ombudsman, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, San José, 65, pp. 33-53.

MOURE PINO, Ana María, El Ombudsman un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile, Dykinson, Madrid, 2014.

NOWOSAD, O., Competencia y atribuciones de las instituciones nacionales de protección de los Derechos Humanos en Retos actuales de las instituciones de protección y promoción de los derechos humanos, A diez años de los Principios de París, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2004.

Organización de las Naciones Unidas, Instituciones nacionales de derechos humanos, Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades, Serie de capacitación profesional N° 4, (Rev. 1), Nueva York y Ginebra, 2010, HR/P/PT/4/Rev.1

PEGRAM, T. «La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica: ¿un puente entre el estado y la sociedad?» en WELP, Y, WHITEHEAD, L. Caleidoscopio de la innovación democrática en América Latina, FLACSO, México D.F., 2011, pp. 19-34.

PELLETIER QUINONES, P., 2014, La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista IIDH*, 60, pp. 206-215.

UGGLA, Fredrik, The Ombudsman in Latin America, *Journal of Latin American Studies*, 36, 3, pp. 423-450.

SANCHEZ HERRERA, E.M. (coordinador), El Ombudsman: Una reflexión sobre lo Público y el papel del Defensor del Pueblo en la Protección de la Democracia y del Interés General en un entorno complejo y dinámico, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá, 2014.

VALLADARES LEO, El Ombudsman latinoamericano en *Liber amicorum*, Héctor Fix Zamudio, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, vol. II, 1998.

VENTURA ROBLES, M., 2005, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, *Revista IIDH*, 40, pp. 87-131.

Pour citer cet article

Référence électronique

VARGAS, Esteban « *El Ombudsman latinoamericano a través del prisma de los Principios de París* », Revue Miroirs [En ligne], 2 |2015, mis en ligne le 1 février, 2016, <http://www.revuemiroirs.fr/links/3/article6.pdf>.

Auteur

Esteban VARGAS

Droits d'auteur

© RevueMiroirs.fr