

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA DEL DEFENSOR
DEL PUEBLO ESPAÑOL EN EL CONTROL NORMATIVO
ABSTRACTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
ALGUNAS REFLEXIONES

Joaquín BRAGE CAMAZANO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Evolución escalonada de la legitimación procesal-constitucional activa en algunos modelos del derecho comparado*. III. *La legitimación procesal activa del Defensor del Pueblo español en el control normativo abstracto ante el Tribunal Constitucional*.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de este seminario de estudio, en el contexto del derecho comparado, de la nueva competencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus homólogas comisiones estatales para interponer la acción abstracta de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación —nueva atribución y legitimación procesal activa que por nuestra parte, junto a otros autores, habíamos propugnado abiertamente desde los primeros momentos—,¹ se me ha encomendado hablar de la experiencia española.

¹ En la primera edición de nuestro libro *La acción de inconstitucionalidad* (México, UNAM, 1998 y reimpresión, 2000) decíamos: “propugnamos decididamente la extensión en México de la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que pensamos que completaría el sistema de legitimación actual, y pondría fin a algunas de las limitaciones que padece”. Así lo reiteráramos en la última edición, ampliamente actualizada y aumentada, bajo el título, ahora, de *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005.

En este sentido, es sabido que la Constitución Española de 1978 atribuyó al Defensor del Pueblo esta competencia de manera bastante innovadora. Nuestra Constitución configura al defensor del pueblo como un órgano de relevancia constitucional u órgano constitucional mediato —pero no en contra de lo que ha sostenido el tribunal constitucional (*cfr.* STC 150/1990), órgano constitucional, si seguimos la distinción derivada de autores como Von Gierke, Jellinek, Orlando, Romano, Mortati—, y más en concreto como alto comisionado de las cortes generales (Parlamento bicameral nacional) para la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos, y le atribuye, entre otras competencias o facultades, una legitimación procesal ante el tribunal constitucional para interponer una acción abstracta de inconstitucionalidad.²

Ahora bien, ya desde la primera edición en 1998 de ese libro defendíamos también que la legitimación procesal activa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos no debía estar sujeta a plazo alguno, o debería tener un plazo dilatado, superior a un año en cualquier caso: “Habría sido deseable, y continúa siéndolo como observación de *lege ferenda*, que se hubiese otorgado legitimación para impugnar todo tipo de leyes y tratados internacionales y sin sujeción a plazo alguno, a la Comisión Nacional de Derechos Humanos equivalente funcional de la figura del *ombudsman* o del Defensor del Pueblo español” (p. 110); “Por otra parte, como ya hemos señalado con anterioridad, en caso de que se ampliase la legitimación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a diferencia de lo que ocurre en España con relación al Defensor del Pueblo, el ejercicio por aquélla de la acción no debería estar sujeto a plazo alguno o, en todo caso, a uno superior al año, lo que quizás permitiría desplegar toda su virtualidad a una legitimación de ese tipo” (p. 206, n. 453). Nada se prevé en la última reforma constitucional al respecto. Sea como sea, como la cuestión del plazo de ejercicio de la acción de inconstitucionalidad es en México una cuestión de rango legal y no constitucional, y aun siendo deseable que la propia Constitución estableciese que el ejercicio de esta acción por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (y quizás, las comisiones estatales) no estaba sujeto a plazo alguno (que pudiera establecer el legislador), lo cierto es que ese defecto técnico puede ser subsanado por el legislador reglamentario, quien nos parece que debería (a pesar de no estar en absoluto obligado *ex constitutione*) reformar la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional a fin de: a) o bien suprimir el plazo de 30 días para la interposición de la acción abstracta de inconstitucionalidad cuando la interponga la Comisión Nacional de Derechos Humanos (y quizás también cuando lo hagan las comisiones estatales); o bien, b) fijar para tal hipótesis un plazo más largo respecto de los otros legitimados, superior a un año en cualquier caso.

² A la acción abstracta de inconstitucionalidad no se la llama así en España, sino que se la designa entre nosotros, desde luego de manera totalmente impropia, como “recurso de inconstitucionalidad”. Sea como sea, nuestro “recurso de inconstitucionalidad” es un mecanismo de control abstracto de la constitucionalidad y, además, no es realmente un recurso, sino una verdadera acción (así lo designa, un tanto de pasada, también el ar-

Antes de abordar más en detalle esa regulación española, sin embargo, parece apropiado ubicar esa legitimación activa procesal-constitucional, característica del control normativo abstracto español, en el marco del derecho comparado, lo que nos parece que, como toda visión sistemática e iuscomparada no superflua, puede permitir alumbrar el correcto entendimiento de la nueva legitimación procesal activa otorgada en México, ahora, a los *ombudsmänner* federal y estatales (comisiones nacional y estatales de derechos humanos). A todo ello pasamos a referirnos a continuación.

II. EVOLUCIÓN ESCALONADA DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL-CONSTITUCIONAL ACTIVA EN ALGUNOS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO

La acción de inconstitucionalidad tiene como característica común en los ordenamientos jurídicos austriaco, italiano, alemán y español, por citar sólo algunos de los ejemplos más significativos en esta materia, una legitimación restringida. Y es restringida porque corresponde, no a individuos particulares que actúen en defensa de sus propios intereses, personales y concretos, sino a órganos del Estado en sentido amplio que actúan con carácter objetivo en defensa de la Constitución. En la doctrina alemana se habla por ello de un procedimiento “objetivo”, donde los órganos que han iniciado el mismo no adoptan, en su calidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que, como se dice en la jurisprudencia constitucional alemana, no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo como defensores abstractos de la Constitución. Esta restricción de la legitimación responde a la necesidad de cierta moderación en el recurso a este mecanismo procesal.

Sea como sea, y aun dentro de una cierta homogeneidad de los modelos referidos, existen diferencias entre ellos en materia de legitimación, diferencias o peculiaridades que imprimen a cada uno de los sistemas su propio carácter y que tienen cierto interés para el estudio del caso mexicano, como enseguida veremos.

título 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), como mecanismo procesal apto para provocar el inicio de la jurisdicción, dando lugar a la incoación un proceso judicial-constitucional.

Al referirnos aquí a diferentes “modelos”, no pretendemos sostener que sean los únicos existentes, pues es claro que no lo son, pero creo que sí son, quizás, los más significativos y consolidados y, además, reflejan de manera gráfica la evolución que, en cierto sentido, se ha producido en esta materia. Por otra parte, aunque la legitimación a que me refiero exista en el país a que en cada caso aludo, no debe entenderse ello en el sentido de que sea en ese país donde surgió.

Diré, por último, que la sistematización de los “modelos” seleccionados es escalonada, en el sentido de que cada modelo supone una ampliación respecto al anterior en cuanto al círculo de legitimados, es decir, incluye a los legitimados del modelo anterior pero además otorga una nueva legitimación a otros órganos (o personas).

1. *La legitimación territorial: el caso italiano*

En Italia, la acción de inconstitucionalidad tiene, en efecto, una clara dimensión territorial, no de protección de las minorías,³ en especial tras la reforma constitucional de corte federalizante (Ley 3 de 2001), que ha dado la siguiente redacción al artículo 127 constitucional:

El Gobierno, cuando considere que una ley regional excede la competencia de la Región, podrá promover la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte Constitucional dentro de los sesenta días desde su publicación.

La Región, cuando considere que una ley o un acto que tenga valor de ley del Estado o de otra Región lesiona su esfera de competencia, podrá promover la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte Constitucional dentro de los sesenta días desde la publicación de la ley o del acto que tenga valor de ley.⁴

³ No obstante, en Italia se registra un cierto movimiento doctrinal, cada vez más fuerte, favorable a la introducción de esta legitimación de las minorías políticas en el recurso de inconstitucionalidad. D’Orazio, Giustino, “Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, septiembre-diciembre de 1991, p. 62.

⁴ Sobre ello, véase Alegre Martínez, Miguel Ángel, “Significado e implicaciones de la reforma del artículo 127 de la Constitución italiana: la desaparición del control previo de constitucionalidad sobre las leyes regionales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2003-2004, pp. 421 y ss. Citamos el artículo 127 constitucional por la traducción de este autor.

Este modelo de legitimación territorial ya había sido establecido en Austria, en donde estaban legitimados el gobierno federal para impugnar las leyes de los *Länder* y los gobiernos de estos últimos para impugnar las leyes federales.⁵ El propio Kelsen sentó ya el principio de que “en los estados federales, el derecho de recurrir debe ser atribuido a los gobiernos locales de los Estados-miembros contra los actos jurídicos de la Federación y al gobierno federal contra los actos jurídicos de los Estados-miembros”.⁶ Esta legitimación da lugar a que el control abstracto de constitucionalidad adquiera una clara dimensión territorial, centrada en el reparto constitucional de las competencias (*verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung*).

2. La legitimación territorial y de las minorías políticas: el modelo alemán

Este círculo de legitimados es ampliado en Alemania⁷ donde se otorga legitimación no sólo al gobierno federal y a los de los *Länder*, sino también a un tercio de los miembros del Bundestag, lo que tiene una clara finalidad de protección de las minorías,⁸ aparte el hecho de que en todos

⁵ Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, París, con prólogo de Kelsen, edición facsimil, Económica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 183 y 184. El círculo de legitimados en Austria, desde la reforma constitucional de 1975, se amplió a las minorías parlamentarias e incluso a los individuos lesionados por las leyes autoejecutivas.

⁶ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, *La giustizia costituzionale*, trad. de Carmelo Geraci y prólogo de Antonio la Pergola, Milán, Giuffrè, 1981, p. 196.

⁷ Degenhart, Christoph, *Staatsrecht I (Staatszielbestimmungen, Staatsorgane und Staatsfunktionem)*, Heidelberg, C. F. Müller, 1986, p. 172. Es ocioso subrayar que nos referimos aquí únicamente al recurso de inconstitucionalidad o, en la terminología alemana, *abstrakte Normenkontrolle* y no al control incidental o concreto por medio de las cuestiones de constitucionalidad que cualquier juez (o los supremos, como en Austria) puede plantear ante el Tribunal Constitucional. Este último existe, no sin ciertas diferencias estructurales, en Austria (desde la reforma constitucional de 1929), Italia, Alemania y España. Pero aquí nos interesa sólo el control abstracto.

⁸ Cumple así el tribunal “una importante función de protección de la minoría parlamentaria” (“eine wichtige Funktion zum Schutz der parlamentarischen Minderheit”). Säcker, Horst, *Das Bundesverfassungsgericht: Status, Funktion, Rechtsprechungs-beispiele*, Munich, C. H. Beck, 1975, p. 34.

Häberle, desde su particular concepción del derecho procesal constitucional, propone incluso «constitucionalizar» la oposición como tal en el derecho procesal constitu-

los *Länder* existe un Tribunal Constitucional que conoce de la conformidad a la Constitución de las leyes de cada *Land*.

Precisamente en relación a esta legitimación de las minorías parlamentarias, ha puesto de relieve Leisner cómo lo que ha quitado hierro a los enfrentamientos políticos del *Bundesverfassungsgericht* es el hecho de que éstos no se han producido con el Parlamento como institución y, por consiguiente, como fuerza unida, sino más bien con dos poderes políticos que en cuanto tales no poseían la legitimación jurídico-institucional de la Corte y no tenían, por lo demás, la directa legitimación democrática a través de la investidura electiva. Por esto era más fácil para la Corte reservarse una cierta independencia, porque políticamente es menos delicado oponerse a una formación política teniendo siempre a las espaldas la defensa de las opuestas, que enfrentarse al Parlamento y a la soberanía popular compactos.⁹

3. *La legitimación territorial, de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español*¹⁰

El modelo español de legitimación para el control “abstracto” de la constitucionalidad se aproxima bastante al alemán, que a su vez sigue de cerca al austriaco (originario) y al italiano, aunque supera (en la amplitud de la legitimación) a todos ellos, en los que naturalmente se inspira, en cuanto que se completa¹¹ el sistema alemán con una importante legitima-

cional y otorgarle derechos de participación ante el Tribunal Constitucional Federal, ya que no tiene por qué ser idéntica con el tercio de miembros del Bundestag legitimado procesalmente”. Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución”, *Retos actuales del Estado constitucional*, trad. de Xabier Arzoz Santiesteban, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 41, nota 86 (hoy también, en excelente traducción de Fix-Fierro, en su obra recopilatoria *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003 y Buenos Aires, Astrea, 2006).

⁹ Cit. por D’Orazio, Giustino, “Aspectos y...”, *cit.*, nota 3, pp. 65 y 66, nota 14.

¹⁰ Esto ha de considerarse hoy matizado por la existencia de los conflictos en defensa de la autonomía local, no previstos en la Constitución pero establecidos por ley. Al respecto, véase nuestro libro *La acción abstracta...*, *cit.*, nota 1, pp. 142 y ss., en especial pp. 147 y ss., y pp. 152 y ss.

¹¹ La legitimación se otorga al presidente del gobierno, a los órganos colegiados y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (legitimación territorial), a cincuenta diputados y a cincuenta senadores (legitimación de protección de las mino-

ción del defensor del pueblo, que constituye una originalidad del sistema español¹² (pero extendida a Perú, Bolivia, Ecuador, Guatemala, Venezuela, Polonia, Ucrania y otros países) y en cierto sentido,¹³ lo deja a medio

rías parlamentarias), y al defensor del pueblo (legitimación de tutela objetiva de los derechos fundamentales).

¹² España ha sido, efectivamente, el primer país en que se ha legitimado al *ombudsman* para interponer la acción de inconstitucionalidad, al menos ante un tribunal constitucional o, más en general, ante un órgano jurisdiccional de la constitucionalidad. Es verdad —y es preciso reconocer que esto no lo tuvimos en cuenta en nuestro libro sobre la acción abstracta de inconstitucionalidad ya citado— que ya en Portugal se otorgó en la Constitución de 1976 (originario artículo 281,1) al *ombudsman* o promotor de justicia (*Provedor de Justiça*) una legitimación procesal activa para promover el control de la constitucionalidad ante el “Consejo de la Revolución”, pero lo cierto es que este órgano no puede seriamente considerarse que fuera, ni de lejos, un tribunal constitucional ni tan siquiera un verdadero órgano *jurisdiccional* de la constitucionalidad, pues, ya totalmente al margen de su *nomen iuris*, su atípica composición por militares y otras de sus características impedían concebirlo así: era, más bien, un “órgano político militar de control del funcionamiento de las instituciones” y de la aplicación de los principios de la *Revolução dos Cravos* o Revolución de los Claveles del 25 de abril (Moreira Cardoso da Costa); y más allá de lo anterior, y sin perjuicio de que la Constitución portuguesa de 1976 prevea ya desde la reforma de 1982 la existencia de un verdadero tribunal constitucional ante el que tiene legitimación activa el Promotor de Justicia (defensor del pueblo), parece in cuestionable que ha sido, en cualquier caso, la regulación en la Constitución Española de 1978, anterior por lo demás a dicha reforma en Portugal, la que ha contribuido a universalizar, o extender al menos, este tipo de legitimación procesal-constitucional activa, especialmente en Latinoamérica.

En efecto, el caso español no es ya, en modo alguno, un precedente aislado, pues en la actualidad otros países —especialmente latinoamericanos— que han instaurado un Tribunal Constitucional y un *ombudsman*, han atribuido también, a este último, legitimación para impugnar directamente la constitucionalidad de las leyes. Es el caso, por ejemplo, de Polonia o Ucrania, en Europa. Y en América Latina, se otorga legitimación activa al *ombudsman* en la Constitución guatemalteca de 1985, la peruana de 1993 (artículo 203), la boliviana de 1994, la ecuatoriana de 1995 o la venezolana de 1999 (artículo 281). Por el contrario, la Constitución sudafricana de 1993 no otorga esa legitimación ni al *ombudsman* ni a la Comisión de los Derechos Humanos, a pesar de que sí instaura un Tribunal Constitucional con competencia para el control abstracto a instancia de ciertos órganos políticos; y tampoco se otorga legitimación al *ombudsman* para plantear directamente la constitucionalidad en la Constitución rusa de 1993, como sí se concede a otros órganos políticos.

¹³ Sólo en cierto sentido, relativamente, y más en la teoría que en la práctica (hasta ahora, al menos). La aproximación es mayor —también aquí idealmente, no en la *praxis*—, por ejemplo, mediante la legitimación que el artículo 203 de la Constitución peruana reconoce a cinco mil ciudadanos, previa validación de sus firmas por el Jurado Nacional de Elecciones.

camino entre el modelo de legitimación restringida y el modelo de acción popular, al menos en cuanto a sus posibilidades teóricas, bien es cierto que la fugacidad de los plazos de interposición del recurso,¹⁴ que también afecta al defensor del pueblo, difumina en buena parte la virtual intervención de los ciudadanos a través del filtro del defensor del pueblo.

Resulta claro que el sistema español se encuentra, en todo caso, más cerca en realidad del modelo de legitimación restringida¹⁵ que del sistema de la acción popular de inconstitucionalidad. No obstante, aun siendo restringida, la legitimación en el ordenamiento español es más amplia que la contemplada en Alemania e Italia, cumpliendo así una triple función: defensa de los intereses territoriales, protección de las minorías, y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través del defensor del pueblo. Y aunque no creemos que pueda afirmarse en modo alguno que haya sido así en la experiencia española, no ofrece dudas que una legitimación otorgada a un *ombudsman* encierra grandes posibilidades teóricas en esta línea, todavía no explotadas. Tal legitimación puede llegar a suponer algo así como la instauración de una acción popular pero con un (muy importante) filtro, que sería el defensor del pueblo, sea dicho esto en un sentido coloquial. Precisamente por la convicción de las grandes posibilidades que encierra esta legitimación, más allá del concreto caso español, propugnamos decididamente la extensión en México de la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que pensamos que completaría el sistema de legitimación actual, y pondría fin a algunas de las limitaciones que padece.

4. *La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hungría*

Una acción popular de inconstitucionalidad surge por vez primera en el ámbito latinoamericano (Colombia y Venezuela), a mediados del siglo

¹⁴ Precisamente por ello, no habría sido desacertado que, al menos en el caso del defensor del Pueblo, permaneciese siempre abierta esta legitimación o, al menos, sujeta a un plazo más dilatado.

¹⁵ Así ocurre, patentemente, en la práctica pero también, y sin perjuicio de que pueda llegar a darse un ejercicio más decidido de esta facultad por el defensor del Pueblo, por razones ligadas a la propia naturaleza del defensor del Pueblo y la preservación de su *auctoritas*.

XIX.¹⁶ Este instituto se ha mantenido hasta hoy en diversas Constituciones latinoamericanas, y así puede De Vergottini sostener con justicia que la acción popular de inconstitucionalidad es un “instrumento característico de los ordenamientos latinoamericanos”.¹⁷ Naturalmente que de la acción de inconstitucionalidad colombiana o venezolana no conocía un órgano *ad hoc* de la constitucionalidad, que aun no existía, sino la Corte Suprema.

Aunque probablemente desconociendo la experiencia latinoamericana, esta legitimación popular, conocida en la doctrina germana como *Popularklage*, fue tomada en cuenta por Kelsen, quien vino incluso a reconocer, ya a la altura de 1928, su superioridad *teórica*, al señalar que ciertamente la mayor garantía sería la de establecer una *actio popularis*: el tribunal debería examinar la regularidad de los actos sujetos a su jurisdicción, en particular las leyes y reglamentos, ante la demanda de cualquiera. De este modo, el interés político en la eliminación de los actos irregulares vendría sin duda satisfecho del modo más pleno.¹⁸

Pero en último término reconocía que “no es todavía posible recomendar esta solución porque comportaría un peligro demasiado elevado de acciones temerarias”¹⁹ y seguramente no le faltaba razón. Sea como sea, esta legitimación popular es desechada en el sistema kelseniano de justicia constitucional que se plasma en la Constitución austriaca de 1920, que responde a un esquema bien distinto de legitimación, otorgada únicamente a ciertos órganos políticos muy determinados (*Organklage*)²⁰ y que, en buena medida, viene caracterizando hasta hoy a dicho sistema, tal y como se ha instaurado en numerosos países, si bien no faltan ciertas Constituciones que al introducir un Tribunal Constitucional, han previsto este sistema de legitimación popular para la acción de inconstitucionalidad.

Esto ha ocurrido fundamentalmente en el ámbito latinoamericano, lo que se explica, entre otras razones (socio-económicas, culturales y socio-

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 136 y ss.

¹⁷ Vergottini, Giuseppe de, “Sulla effettività del controllo giurisdizionale di costituzionalità negli ordinamenti ibero-americani”, en Lombardi, Giorgio (dir.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli Editore, 1985, p. 383.

¹⁸ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale...”, *cit.*, nota 6, p. 194.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Sistema de legitimación completado después con un control incidental de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional a instancias de cualquier juez o sólo de ciertos tribunales (*Richterklage*).

lógicas), por la propia tradición existente en dicho ámbito mucho antes ya de la construcción kelseniana (que más tarde se extendería por medio mundo, y también por Latinoamérica). Así, la Constitución colombiana de 1991 consagra en su artículo 241 una acción popular de inconstitucionalidad, en los siguientes términos:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones: ...4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento de su formación,²¹ aclarando por su parte el artículo 242 que “cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente”. Una acción popular, en favor de cualquier ciudadano, se consagra también en las Constituciones de El Salvador y Nicaragua (ante la Sala de lo Constitucional). En Venezuela y Panamá se va más allá, en cuanto que se reconoce legitimación a cualquier persona, incluso aunque no sea nacional o no goce de los derechos políticos. En Guatemala y Ecuador se reconoce legitimación también a cualquier persona, pero sólo “con el auxilio de tres abogados colegiados activos” en el primer caso, y “previo informe del defensor del pueblo sobre la procedencia”, en el segundo. En Uruguay, Honduras y Paraguay se exige, en cambio, un interés personal, legítimo y directo para que cualquier persona pueda impugnar la constitucionalidad. Y en Perú, sin exigir ese interés, se otorga legitimación activa a cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, si bien bastará con que lo haga el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial si la norma (impugnada, se sobreentiende) es una ordenanza municipal.²²

Pero también en Europa ha tenido cierta difusión este tipo de legitimación, si bien mucho más modesta. En esa línea habría que mencionar, ante todo, la Constitución del *Land* de Baviera, que consagra una verdadera acción popular de inconstitucionalidad “en la que la legitimación y el in-

²¹ El número 5 del mismo artículo extiende el objeto de esta acción popular de inconstitucionalidad a los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

²² Sobre ello, véase Brage Camazano, Joaquín, “La acción peruana de inconstitucionalidad”, en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, 2005, t. II, p. 809.

terés pertenecen a *quisquis de populo*, con abstracción de su particular posición jurídica (o afirmación de la misma) e independientemente también de su actual y personal lesión o perjuicio”.²³ Y, como nos dice Häberle, “es opinión generalizada que este recurso se ha acreditado plenamente y ha mostrado gran potencia integradora en Baviera”, lo que ha de llevar incluso a plantearse si no sería recomendable extender, en interés de la efectividad de los derechos fundamentales, esta acción a los demás *Länder*.²⁴

También debe mencionarse el más reciente artículo 32.A.3 de la Constitución húngara, que instituye una *actio popularis* (mecanismo procesal de profunda raigambre en este país) frente a las leyes inconstitucionales e incluso, pienso que por primera vez en el mundo, frente a las omisiones legislativas.²⁵

No ofrece dudas que un sistema de este tipo puede ser efectivo en determinados países o Estados por vía de excepción, pero en otros —y, desde luego, España entre ellos— su instauración podría ser absolutamente

²³ Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1961, p. 3, con prólogo de Mariano Azuela. Artículo 98.4 de la Constitución de Baviera: “todo habitante de Baviera que se sienta lesionado en sus derechos constitucionales por un poder público, puede reclamar la protección del Tribunal Constitucional bávaro”.

²⁴ Häberle, Peter, “Efectividad de los derechos fundamentales; en particular en relación con el ejercicio del poder legislativo”, en López Pina, Antonio (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, p. 237.

²⁵ Sobre este tema, Zlinszky, János y Németh, Agnes, “Características generales de la nueva Constitución húngara y del primer año de funcionamiento del Tribunal Constitucional”, trad. de Carlos Flores Juberías, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto de 1991, pp. 261 y ss. Parece que la experiencia no ha resultado del todo negativa, si bien la doctrina ha propugnado una reforma del sistema, y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional ha hecho uso de una amplia *self-restraint* y de restricciones no escritas para el acceso al mismo, pues se entiende que la legislación se halla demasiado influenciada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello conduce a la doctrina a hablar de la necesidad de reconducir sus competencias a una medida razonable (“*Rückführung auf ein vernünftiges Maß*”), sin perjuicio de reconocer en todo caso el prestigio que el Tribunal se ha ganado por su contribución a la buena marcha del nuevo Estado constitucional: “*Dies... ändern aber nichts daran, da sich das VerfG schon in den ersten zweieinhalb Jahren seiner Existenz bleibende Verdienste um die Funktionsfähigkeit des neuen demokratischen Verfassungsstaats in Ungarn erworben hat*”. Así termina su artículo Brunner, Georg, “Zweieinhalb Jahre ungarischeungarische Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat*, 1993, t. 32, p. 315; también pp. 300 y ss.

disfuncional, si no una bomba de relojería, para el correcto funcionamiento del Tribunal Constitucional u órgano de la constitucionalidad de que se trate. Nos sigue pareciendo certera, al menos como criterio general, la opinión de Pérez Royo: “la necesidad de que la decisión de acudir al Tribunal Constitucional corresponda bien a órganos constitucionales, o a fracciones bastante significativas de los mismos, o al Poder Judicial, es insustituible cuando existe un control concentrado”.²⁶ La legitimación del *ombudsman*, por lo demás, encierra unas grandes posibilidades y permite salvar algunos de los más graves inconvenientes de la legitimación restringida a órganos políticos, sin llegar a una solución como es la de la legitimación popular que no sólo puede resultar más radical y problemática, sino que además, no aportaría ninguna ventaja adicional destacable en un sistema como el mexicano que cuenta ya con un control difuso de la constitucionalidad, apto para tutelar las situaciones jurídicas iusfundamentales.

5. Otros modelos

Con esto, hemos visto una posible esquematización de modelos de derecho comparado en cuanto a legitimación activa en materia de control normativo abstracto de la constitucionalidad, pero hay que reconocer que

²⁶ Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 20, nota 19. Podría admitirse, si acaso, una legitimación de un número importante de ciudadanos, pero la utilidad de una legitimación tal es bastante dudosa en un sistema con legitimación de minorías parlamentarias (y, en España, también del defensor del pueblo). Una opinión completamente diversa es la de González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 250-259. *Tampoco tiene mayor sentido en México, al menos, en tanto subsista el amparo contra leyes. Me parece, por lo demás, que la opinión de Pérez Royo aparece confirmada en la realidad por la reciente experiencia de Hungría, donde uno de los mejores conocedores del nuevo sistema puede afirmar lo siguiente: “A la larga, sin embargo, esta carga de trabajo no va a poder evidentemente mantenerse, y así se han multiplicado en poco tiempo las voces en el ámbito doctrinal [y cita abundante doctrina] que propugnan la desaparición o, por lo menos, la restricción radical de la legitimación popular, cuya variante actual húngara es única en todo el mundo” (“Auf die Dauer ist allerdings die immense Arbeitsbelastung nicht durchzuhalten, und so haben sich auch alsbald die Stimmen aus berufenem Munde gemehrt, die eine Beseitigung oder zumindest radikale Einschränkung der Popularklage fordern, deren gegenwärtige ungarische Variante in der ganzen Welt einmalig ist”).* Incluso existieron ciertos borradores de leyes de reforma en el sentido de restringir el círculo de los legitimados (Kreis der Antragsberechtigten) en el proceso de control normativo abstracto “clásico” a determinados órganos constitucionales (que ignoro si se han plasmado ya en leyes). Brunner, Georg, “Zweieinhalb Jahre ungarische...”, *cit.*, nota 25, p. 300.

se trata de una esquematización muy centrada en la experiencia europea, de un lado, y con una finalidad predominantemente pedagógica, por otro lado, en cuanto a lo que pretende exponer es, por una parte, la progresiva ampliación de la legitimación activa en distintos ordenamientos y la influencia (y flujo) de unas Constituciones sobre otras en este ámbito; y por otra parte, pretende también destacarse algunos de los sistemas más influyentes de legitimación activa. Pero, por supuesto, son muchas las Constituciones que se separan en mayor o menor medida de estos modelos o que no encajan en ninguno de ellos. Este es el caso de México, como enseguida veremos, pero también de otros muchos países.

En *Europa*, puede destacarse el caso de Polonia. En este país, puede solicitar el control de las leyes o tratados internacionales previo a su aprobación o ratificación el presidente de la República. Pero en cuanto al control *a posteriori*, que es el que nos interesa, se distinguen dos tipos generales de *legitimación activa*: a) la *universal*, que se otorga con independencia de si la norma impugnada entra en el círculo de intereses o campo de acción del sujeto legitimado o no, corresponde a prácticamente todos los órganos constitucionales o de relevancia constitucional: el presidente, el *Sejm* (Congreso) y el Senado, el primer ministro, el primer presidente de la Corte Suprema, el presidente del Tribunal Administrativo Superior, el fiscal general (esta función es realizada por el ministro de justicia), el presidente de la Cámara Suprema de Control, minorías parlamentarias de al menos 50 diputados o 30 senadores, y, también, el *ombudsman*; b) la legitimación activa *particular*, que sólo se otorga en cuanto que la norma impugnada se refiera al ámbito de actuación del legitimado, corresponde a los órganos constituidos: unidades de autogobierno local, órganos nacionales de los sindicatos y las autoridades nacionales de las organizaciones patronales y organizaciones profesionales, iglesias y organizaciones religiosas y el Consejo Nacional de la Judicatura.

En *América Latina*, puede destacarse que en algunos casos se otorga legitimación activa para plantear una acción abstracta de inconstitucionalidad a: a) el fiscal general o procurador general (Perú, México, Guatemala, Bolivia, Brasil); b) ciertas entidades de relevancia social, como sindicatos (Brasil) y colegios profesionales (Perú), en especial de abogados (Guatemala, Brasil).

III. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL EN EL CONTROL NORMATIVO ABSTRACTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como hemos visto ya, la CE otorga legitimación activa para plantear al Tribunal Constitucional en abstracto la constitucionalidad de una ley parlamentaria o tratado internacional al Defensor del Pueblo (u *ombudsman* nacional español), entre otros órganos políticos, con una significación o finalidad que ya hemos comentado. Esta legitimación procesal activa del defensor del pueblo para plantear ante el tribunal constitucional una acción abstracta de inconstitucionalidad (conocida entre nosotros como “recurso” de inconstitucionalidad) suscita una serie de cuestiones, a las que vamos a referirnos a continuación brevemente.

1. *La naturaleza jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo y su eventual influjo en el alcance de su legitimación procesal activa en el control normativo abstracto*

Aunque la ley española no limita la legitimación del defensor del pueblo a ningún motivo de inconstitucionalidad, algún sector de la doctrina ha entendido que sólo está legitimado para interponer recursos contra las leyes que vulneren normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y ello sobre la base de que el artículo 54 de la Constitución define al defensor del pueblo como “alto comisionado de las Cortes Generales... para la defensa de los derechos contenidos en el título I”.²⁷ El propio Tribunal Constitucional también se ha referido expresamente a la cuestión en la STC 150/90, del 4 de octubre, FJ 1:

Tanto el Abogado del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid como el Abogado del Estado alegan que en el recurso del Defensor del Pueblo concurre parcialmente un defecto de legitimación, puesto que en el primero de los fundamentos jurídicos de su demanda imputa a la Ley recu-

²⁷ Así, entre otros, Aragón Reyes, Manuel, “Legitimación en los procesos constitucionales”, en Alzaga, Óscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1988, p. 236. Posturas distintas son las que mantienen, por una parte, Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1090 y, por otra parte, Esteban, Jorge de y González Trevijano, Pedro J., *Curso de derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, t. III, p. 226.

rrida la infracción del principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9.3 de la Constitución, siendo así que el Defensor del Pueblo sólo puede actuar, conforme a la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, función que delimita las competencias de la institución. Esta última objeción previa debe ser también rechazada por la sola y simple razón de que los artículos 116.1 a) de la Constitución y 32.1 de la LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo. Pero incluso si se aceptara la tesis de que el Defensor del Pueblo sólo puede promover recurso de inconstitucionalidad en el ámbito de los fines de la institución, es decir, para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución (artículo 54 de la Constitución y artículo 1o. de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril), tampoco carecería de legitimación para actuar en el presente proceso, pues no cabe confundir la finalidad objetiva de la acción instada con la motivación o fundamentación jurídica de la misma. Según se infiere de su escrito de demanda, el Defensor del Pueblo persigue en este caso la defensa del derecho a un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad y que no tenga alcance confiscatorio, enunciado en el artículo 31.1 de la Constitución. A este fin obedece también la alegación de infracción del principio de seguridad jurídica, que el Defensor del Pueblo atribuye a la Ley recurrida, pues al ser éste un principio general del ordenamiento constitucional su eventual vulneración afectaría a la constitucionalidad de las leyes que regulan el sistema tributario y, aún más, a la justicia de este mismo sistema. Existe, pues, un punto de conexión evidente entre el alegato del Defensor del Pueblo en el presente recurso de inconstitucionalidad y el ámbito material de sus funciones lo que despeja cualquier sombra de duda acerca de su legitimación para recurrir, aun en el caso de que se aceptara una interpretación restrictiva de las normas que la regulan.

Y, más recientemente, de una manera más definitiva, el Tribunal se ha referido a esta problemática en su STC 274/2000, del 15 de noviembre, en la que se dice, por referencia a la STC 150/1990 y desarrollando lo ahí manifestado, pero aquí ya no como mero *obiter dictum*:

Ciertamente, en esa ocasión, y a efectos meramente dialécticos, poníamos de manifiesto que el recurso entonces interpuesto perseguía también, como podía inferirse del escrito de interposición, la defensa de uno de los derechos previstos en el Título I de la C. E. (concretamente, a un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad sin al-

cance confiscatorio, enunciado en el artículo 31.1 C. E.). Hay que reiterar no obstante que, con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los artículos 162.1 a) C. E. y 32.1 LOTC.

Dicho con otras palabras, podríamos decir que la legitimación procesal activa en el recurso de inconstitucionalidad es siempre una legitimación universal en cuanto a los motivos alegables, no ceñida al ámbito de funciones del legitimado activamente, tampoco en el caso del defensor del pueblo. En este sentido, parece hoy ya una cuestión cerrada la que, por más que la Constitución defina al defensor del pueblo como “alto comisionado de las Cortes Generales... para la defensa de los derechos contenidos en el Título I”, esa naturaleza suya vinculada de manera tan singular a la protección de los derechos de los ciudadanos (los del Título I de la Constitución) no afecta a su legitimación activa en el sentido de delimitarla negativamente, excluyendo la invocación de aquellos motivos de inconstitucionalidad que no se sustenten en uno de los derechos de ese Título. Esta interpretación adolece, sin duda, de falta de sistematicidad y seguramente también pasa por alto la finalidad de la institución y también de la legitimación constitucional activa que se le otorga, y ello en aras de un pragmatismo explicable, pero teóricamente es débil. Sea como sea, es claro que la legitimación activa para el control normativo abstracto de la constitucionalidad del defensor del pueblo tiene su misma razón de ser en la tutela de los derechos constitucionales de los ciudadanos, en particular los del Título I, y muy singularmente los derechos fundamentales.

Otra cuestión que se ha planteado es la necesidad, o no, de que el defensor del pueblo actúe representado mediante abogado y procurador. La cuestión se planteó y se resolvió en la STC 150/1990, siendo la naturaleza del defensor del pueblo también de relevancia para la solución a hallar:

Tampoco concurre el defecto de postulación que se atribuye al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo. El Abogado del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid argumenta que el artículo 81.1 de la LOTC exige, con carácter general, para actuar en los procesos constitucionales la representación por medio de Procurador y la di-

rección de Letrado (con la única excepción de lo dispuesto en el artículo 82.1 y 2 para el conjunto de Diputados o Senadores y para los órganos ejecutivos del Estado y de las Comunidades Autónomas, respectivamente), exigencia que no se habría respetado en el presente caso en el que el Defensor del Pueblo actúa por sí mismo, sin representación ni dirección letrada. Mas lo cierto es que el artículo 81.1 de la LOTC sólo es aplicable, como expresamente se señala en el mismo, a las personas físicas o jurídicas cuyo interés les legitime para comparecer en los procesos constitucionales, y no a los órganos constitucionales legitimados, entre los que figura el Defensor del Pueblo. A estos órganos, y no sólo al conjunto de los Diputados o Senadores investidos de legitimación, se refiere también expresamente el artículo 82.1 al disponer que actuarán representados por el miembro o miembros que designen o por un comisionado nombrado al efecto. Ahora bien, tratándose de un órgano unipersonal, como es el Defensor del Pueblo, resulta evidente que su titular puede actuar en los procesos constitucionales por sí mismo, sin perjuicio de que pueda también optar por el nombramiento de un representante o comisionado al efecto.

2. *El plazo para hacer uso de la legitimación*

En España, la Ley —en concreto, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— establece un plazo para la interposición del “recurso de inconstitucionalidad” que afecta, en principio,²⁸ a todos los legitimados por igual: tres meses. Sin embargo, ni la Constitución fija tal plazo ni nin-

²⁸ Habría que hacer sólo una salvedad, la contemplada por el artículo 33,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en la redacción dada tras la Ley Orgánica 1/2000, del 7 de enero, de modificación de la anterior, que pretendía potenciar el acuerdo respecto de los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial:

“No obstante... el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses [*y no de tres*] contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.

b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apartado.

gún otro, por lo que el legislador tiene en principio libertad para regular ese plazo de formas muy diversas, siempre que no conduzca al vaciamiento de la legitimación activa que la Constitución contempla, y desde luego el legislador puede establecer distingos en cuanto al plazo de ejercicio según quien sea el órgano legitimado. El legislador ha optado por el plazo de tres meses, que se han considerado suficientes para adoptar una decisión suficientemente reflexiva y contrastada por los órganos legitimados sobre la impugnación de una ley, y además, en principio, no se han establecido diferencias en cuanto al plazo en función de los órganos legitimados.

Esta regulación homogénea o uniforme del plazo, que puede ser razonable en el caso de los restantes órganos legitimados para interponer el “recurso de inconstitucionalidad”, no lo es tanto cuando se trata de la legitimación procesal activa del defensor del pueblo, pues, a nuestro juicio, dado su carácter políticamente neutral y de compromiso especial y reforzado con los derechos fundamentales, hubiera sido deseable que el legislador no le fijara plazo alguno.

Esta es también la opinión que, coherentemente y como ya se adelantó, hemos propugnado siempre para la acción abstracta de inconstitucionalidad mexicana para la hipótesis de que se otorgara, como se ha hecho recientemente, legitimación activa para interponerla a la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Una vez que así se ha hecho, y también se ha otorgado legitimación activa a las comisiones estatales de derechos humanos, desde nuestro punto de vista resulta obligado que a tales legitimados procesales se les exima de todo plazo, o en todo caso se les fije un plazo considerablemente más amplio para el ejercicio de la acción abstracta de inconstitucionalidad que en el caso de los otros órganos legitimados. Como el plazo de ejercicio de la acción no está previsto en la ley en general ni para ninguno de los órganos legitimados, sino que es una cuestión remitida al legislador, parece necesario que se reforme la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional mexicano a fin de establecer que el ejercicio de la acción por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (y quizás también las comisiones estatales, aunque

c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Diario Oficial” de la Comunidad Autónoma correspondiente” (texto en cursiva nuestro).

esto no nos parece tan necesario) no está sujeto a plazo alguno, o en todo caso a un plazo de un año, como mínimo.

3. *Legitimación activa y sociedad abierta de intérpretes de la Constitución*

Si aceptamos en esencia la idea de que todos los ciudadanos contribuimos en mayor o menor medida, inconscientemente la mayoría de las veces, a la interpretación de la Constitución, y por ello no sólo los jueces constitucionales son los que la interpretan, sino que también lo hacemos, *lato sensu*, todos los ciudadanos (sociedad abierta de intérpretes de la Constitución *versus* sociedad cerrada), aunque no técnicamente desde luego, es claro que la legitimación activa reconocida a nuestro Defensor del Pueblo para plantear un recurso (acción abstracta) de inconstitucionalidad es un cauce procesal especialmente adecuado de manifestación de dicha sociedad abierta una manifestación, aquí sí, consciente y deliberada, pues los ciudadanos, sin llegar a poder acudir ellos mismos directamente ante el órgano de la constitucionalidad, sí que pueden acudir, de modo poco formalista, ante un órgano de gran *auctoritas* encargado de la tutela de sus derechos para solicitar que ese órgano ejerza su legitimación procesal activa para plantear ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una ley parlamentaria o un tratado internacional. De este modo, el defensor del pueblo actuaría “sólo” como un importante filtro, a lo que se sumaría otra importante limitación fijada por el legislador: la derivada del plazo de tres meses para la interposición del recurso de inconstitucionalidad que la ley prevé para todos los legitimados, también para el Defensor del Pueblo. No obstante estas modulaciones, esta legitimación podría concebirse como una vía intermedia entre la legitimación popular y la legitimación restringida a ciertos órganos políticos.

Hasta aquí la teoría. La realidad, en España, ha sido muy distinta. En efecto, son muy contados los casos en que el Defensor del Pueblo español ha hecho uso de su legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad, y son ya varios los casos en que se le ha recriminado fuertemente su actitud pasiva frente a determinadas leyes, como la polémica Ley Orgánica 2/1992, del 20 de febrero, de Seguridad Ciudadana, algunos de cuyos preceptos más importantes fueron finalmente declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, ante la impugnación de

50 parlamentarios y varias cuestiones de inconstitucionalidad, a las que no se sumó el defensor del pueblo. Más recientemente, hubo una muy fuerte respuesta social a determinada reforma legislativa en materia de extranjería-inmigración, pese a lo cual el defensor del pueblo, apoyándose en el criterio de varios expertos, decidió no plantear el recurso de inconstitucionalidad, ni siquiera respecto de los aspectos de más dudosa inconstitucionalidad.

Compartimos plenamente, por ello, la opinión del profesor Cascajo Castro en el sentido de que:

la deseada moderación y prudencia que debe presidir el ejercicio de esta colaboración en una acción judicial ante el Alto Tribunal, no puede llevar a una minoración avergonzante de la misma. ¿Qué obstáculos existen para que la *auctoritas* de la institución se ponga al servicio de esta iniciativa, en defensa del interés general y del interés de la Constitución? ¿Qué razones hay para que un órgano al margen de la contienda parlamentaria y partidista y desde un estudio exhaustivo del asunto, no utilice la vía del recurso de inconstitucionalidad? El sistema no está tan colmado de instancias objetivas en defensa de los derechos ciudadanos, como para postergar uno de los mecanismos de la legitimación activa para acudir al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso, ya de por sí bastante limitada.²⁹

Añadiríamos, por nuestra parte, que el ejercicio cuantioso y cualitativo del recurso de inconstitucionalidad por el defensor del pueblo difícilmente puede poner en duda su patrimonio más importante en su misión de defensa de los derechos humanos, que es su independencia frente al Ejecutivo y el partido mayoritario, por más que sea un Comisionado de las Cortes Generales. Y aunque, naturalmente, ha de ser un ejercicio prudente y no desmedido, ello tampoco puede llevar a un ejercicio temeroso o cohibido sino que la solución, como tantas veces en derecho, parece hallarse en un término medio.

Por lo demás, no deja de llevar razón Alzaga Villaamil cuando señala que esta legitimación del defensor del pueblo constituye una situación de poder que encierra una debilidad de futuro para el defensor que la ejerce o deja de ejercerla, pues si un recurso interpuesto le costó la reelección al

²⁹ Cfr. Cascajo Castro, José Luis, “Los defensores del pueblo en el Estado social y democrático de derecho: una perspectiva teórica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989, p. 52.

señor Ruiz Giménez, la pasividad en su interposición impidió que el señor Gil Robles fuera reelegido.³⁰ Y recientemente, el hecho de que el actual defensor del pueblo, antiguo ministro durante el gobierno del PSOE en los años ochenta e histórico militante de dicho partido, decidiera plantear un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado con el apoyo de ese partido (actualmente de nuevo en el gobierno), dio lugar no sólo a fuertes palabras de algunos políticos y también de algunos dirigentes de ese partido en el gobierno, sino también a una moción parlamentaria de remoción del cargo que a la postre no prosperó, pero que sí se tramitó inicialmente en el Parlamento, y con el apoyo del partido en el gobierno incluso, lo que es todo un (inaceptable) “aviso a navegantes”.

Creo que, en el caso español, estas circunstancias se han visto propiciadas por el uso tan cohibido³¹ de esta facultad por los sucesivos defensores del pueblo sin solución de continuidad, que han dado lugar a que se vea como algo excepcional el recurso por el defensor del pueblo a esta atribución suya tan fundamental, que debería ser algo muy consciente o natural. No es de extrañar, así, que los ciudadanos que creen que una ley es inconstitucional no se molesten muchas veces en acudir siquiera al defensor del pueblo a plantearlo (al margen ya del plazo tan fugaz como irrazonable que limita su legitimación). Por otro lado, ese uso tan moderado no ha permitido tampoco que prácticamente todas las (escasas) leyes recurridas por el defensor del pueblo hayan sido finalmente declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional; el nivel de acierto del defensor del pueblo, aun con esa moderación de ejercicio de la acción, ha estado lejos de ello.³² Pero ni aunque fuera así se justificaría, en nuestra opinión, ese uso tan timorato de esta legitimación procesal-constitucional activa por parte del defensor del pueblo, pues lo esencial no es que “acierte” siempre o casi siempre, en una valoración *ex post facto*, en

³⁰ Cfr. Alzaga Villaamil, Óscar, *Derecho político español*, Madrid, Edersa, 1996, p. 395.

³¹ El defensor del pueblo ha interpuesto 20 recursos de inconstitucionalidad desde 1983 hasta hoy: por tanto, menos de uno por año, y ello pese a que cada año se aprueban centenares de leyes parlamentarias en España, incluyendo las autonómicas (los defensores del pueblo autonómicos carecen de legitimación procesal para impugnar leyes parlamentarias, incluidas las autonómicas). Son cifras muy bajas, a nuestro juicio.

³² De los 20 recursos de inconstitucionalidad presentados hasta la fecha, salvo error, sólo seis han sido totalmente estimados; tres lo han sido en parte; otros seis han sido totalmente desestimados; en dos se desistió y otros tres están pendientes de sentencia.

la inconstitucionalidad propugnada (este sería, más bien, un mal índice de un ejercicio adecuado de su función, pues reflejaría que sólo se hacía uso de la legitimación en casos evidentes), sino que, ante la mera duda razonable de que una ley es inconstitucional (en especial, por vulneración de derechos constitucionales, y singularmente los de las minorías), el defensor del pueblo haga uso de esta facultad de que carecen los ciudadanos que está llamado a defender. Por otro lado, no creo que el defensor del pueblo salga seriamente dañado por impugnar algunas leyes que finalmente no se declaran inconstitucionales por el Tribunal Constitucional; lo que sí puede ser grave, y esto ha ocurrido en España, es que leyes muy contestadas socialmente no se impugnen por el defensor del pueblo y finalmente el Tribunal Constitucional las declare inconstitucionales por vulneración de derechos fundamentales centrales: con cierta hipérbole, podríamos decir que aquí se aplicaría el aforismo de que “quien se excede no daña” o, al menos, el problema está más en el defecto (siempre más cómodo para el defensor del pueblo, desde luego) que en el exceso. La experiencia española, y lamento decirlo, no responde en absoluto a estos parámetros, y ello constituye seguramente el principal defecto del funcionamiento del defensor del pueblo entre nosotros.

Existe, además, otro “uso no escrito” en el defensor del pueblo desde hace ya bastantes años por el que, cuando otro órgano legitimado para ello impugna una ley ante el Tribunal Constitucional también recurrida por el defensor del pueblo, este se abstiene entonces en ese proceso constitucional, retirando el recurso, o bien directamente no lo plantea, y ello es algo de lo que hasta se presume desde la defensoría del pueblo, pretendiendo justificarlo con una supuesta “neutralidad”, algo absurdo, pues el defensor del pueblo no ha de ser “neutral”, sino activamente combativo, frente a una ley contraria a la Constitución, y especialmente a los derechos de los ciudadanos cuya defensa es su misión y *ratio essendi*, y la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional frente a dicha ley por otros órganos legitimados no obsta a que el defensor del pueblo haga lo propio, porque eso, desde nuestro punto de vista, no es “neutralidad”, sino ejercicio timorato de las propias atribuciones, y hasta dejación de funciones en algunos casos, con debilitación de su propia *auctoritas*, que sólo sufre con un ejercicio atemorizado de esa legitimación. Así, cuando numerosos partidos y entidades sociales instaron al actual defensor del pueblo a impugnar una determinada ley de extranjería cuya aprobación levantó una

fuerte oposición social, el defensor decidió finalmente no plantear el recurso de inconstitucionalidad, justificándolo, aparte de las razones de fondo, del siguiente modo: El defensor del pueblo “ha decidido seguir el criterio de sus antecesores, según el cual esta Institución no ejerce la legitimación que constitucionalmente tiene concedida, cuando ya lo han hecho otras personas o instituciones, que invocando su legitimación presentan recursos de inconstitucionalidad”. Por otra parte, parece que ese “principio de neutralidad” se ha “preterido” recientemente por el defensor del pueblo al impugnar la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña a que ya nos hemos referido, pues otros legitimados para ello ya interpusieron recurso de inconstitucionalidad, lo que no impidió su (“valiente”, por lo demás) ejercicio por el defensor del pueblo (y que hablemos de “valiente” ejercicio es ya en sí algo patológico), levantando, por otra parte, un revuelo excesivo que sólo se explica por el uso tan amilanado en general de esta facultad a que estamos acostumbrados por aquellos pagos.

Si me expreso, en fin, en estos términos tan duros, y que seguramente muchos no compartan en España, es porque creo que el derecho comparado, en contra de lo que ocurre muchas veces, no ha de emplearse a modo de ornamento ni para idealizar lo ajeno, que es sin duda lo más sencillo y cómodo, sino también para aprender algo de los otros países, y, por un lado, en una dimensión positiva, extraer lo bueno que tengan proyectándolo, en la medida en que sea posible, sobre la propia realidad, con las correspondientes adaptaciones; pero también, por otro lado, ha de servir el derecho comparado para detectar lo que en otros países ha fallado o ha resultado disfuncional: en definitiva, para “aprender en carne ajena”, que siempre duele menos. En este sentido, debe decirse que el problema en España no lo es, básicamente, de normativa, sino de usos arraigados, algunos tan insensuados como ese de la pretendida neutralidad en aras de la prudencia, y por ello es de esperar que la *praxis* mexicana responda a principios muy diversos, y se haga un uso moderado y prudente —pero no por ello cohibido o repleto de miramientos—, e incluso un ejercicio decidido y con determinación cuando las circunstancias así lo requieran, de esta nueva atribución por las comisiones de derechos humanos, la nacional y las estatales. Creo, sobre la base de mi limitado conocimiento de la realidad político-constitucional mexicana y sin ánimo de hacer algo tan ajeno al modesto derecho constitucional como la futurología, que así será. Espero y deseo que no sea un mero ejercicio de “wishful thinking” por mi parte.

4. *Facultad libérrima del Defensor del Pueblo: la cuestión de la fundamentación de su decisión*

La atribución del defensor del pueblo para plantear ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra leyes parlamentarias (nacionales o autonómicas) y tratados internacionales es una facultad absolutamente discrecional o libérrima del defensor del pueblo, de manera que:

- Legalmente, ni viene obligado a motivar su decisión de interponer el recurso ni tampoco su negativa a hacerlo, ni siquiera cuando ha sido instado a ello por importantes fuerzas sociales. No obstante, y como es enteramente lógico, en la práctica, el defensor del pueblo suele motivar su decisión de no interponer un recurso de inconstitucionalidad cuando ha sido instado a ello por algún ciudadano o grupo de ellos o entidades de cualquier tipo, especialmente en los casos de leyes muy contestadas social y políticamente (cuando el plazo se ha agotado, la fundamentación puede consistir simplemente en constatar este dato, sin entrar en el fondo); cuando decide plantear el recurso, ello, como es igualmente natural, no se motiva, sin perjuicio de la motivación de fondo del recurso planteado, que es cosa distinta. Además, si decide no interponer el recurso, ello no le impide luego hacer uso de la facultad contemplada por su Ley Orgánica para sugerir al Parlamento la reforma de una ley si, a raíz de sus investigaciones, llega al convencimiento de que “el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados”.
- No está vinculado por el criterio de su Junta de Coordinación y Régimen Interior, pero sí es preceptivo el informe previo de dicha Junta y el defensor también puede recabar otros informes externos.
- La circunstancia de que quienes insten al defensor del pueblo sean quienes tienen también legitimación activa para plantear un recurso de inconstitucionalidad, pero no lo plantean ellos mismos, no sólo no vincula al defensor del pueblo, sino que la *praxis* es la de una especial prudencia en tales hipótesis, como es natural, pues el riesgo de instrumentalización es notable.
- Si no está vinculado por nadie a la hora de decidir “si” interpone o no el recurso de inconstitucionalidad, menos lo está todavía por la

argumentación desplegada o dejada de desplegar por quienes ante él acuden.

5. *¿Es posible y/o deseable una responsabilidad jurídica, política o la destitución del Defensor del Pueblo a consecuencia del uso de esta legitimación activa como facultad o atribución suya?*

Una cuestión que se plantea es la de si, pese a no estar obligado en términos jurídicos el defensor del pueblo a justificar su decisión de interponer o no un recurso de inconstitucionalidad, el uso que haga, en general o en un caso particular, de esa facultad puede generarle algún tipo de responsabilidad.

En términos jurídicos, parece que *prima facie* debe descartarse toda responsabilidad, como hemos dicho. No obstante, debemos aquí hacernos eco de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 23 de marzo de 2004, *Defensor del Pueblo c. Frank Lamberts*, asunto C-234/02P, en la que se admite en hipótesis una responsabilidad extracontractual de la Unión Europea por los daños causados por el defensor del pueblo europeo en ejercicio de sus funciones. No es descartable, en nuestra opinión, la proyección de esta doctrina, a nivel interno, sobre la actuación del Defensor del Pueblo que no impugna una determinada ley, pero sólo en hipótesis excepcionales. En esta sentencia, en concreto, se sostiene, entre otras cosas:

43. Es preciso señalar que el Tribunal de Primera Instancia no ha cometido un error de derecho al considerar que la facultad de control de que dispone el Parlamento sobre el Defensor del Pueblo no excluye un control judicial de sus actividades.

44. En efecto, por una parte no puede considerarse que la obligación del Defensor del Pueblo de presentar un informe al Parlamento constituya un control del Parlamento sobre el correcto ejercicio de sus funciones en la tramitación de las reclamaciones de los ciudadanos.

45. Por otra parte, el procedimiento de destitución del Defensor del Pueblo tiene por objeto la apreciación de su actividad globalmente considerada y no el control por el Parlamento del cumplimiento de sus funciones al tramitar la reclamación de un ciudadano.

46. En cualquier caso, las competencias de las que dispone el Parlamento respecto al Defensor del Pueblo no se asemejan a la facultad de control judicial.

47. En consecuencia, el control judicial de la actividad del Defensor del Pueblo no se solapa con el control que ejerce el Parlamento.

48. En cuanto al riesgo que se alega de que el control judicial de la actividad del Defensor del Pueblo desvirtuaría su independencia, el reconocimiento de una responsabilidad por los perjuicios causados por la actividad del Defensor del Pueblo no afecta a la responsabilidad personal de éste sino a la responsabilidad de la Comunidad. Pues bien, no parece que la posibilidad de que, siempre que se cumplan determinados requisitos, se genere la responsabilidad de la Comunidad a causa de un comportamiento del Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones que sea contrario al derecho comunitario, pueda poner en entredicho la independencia del Defensor del Pueblo...

50. Así, para determinar si se produjo una violación suficientemente caracterizada del derecho comunitario que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad a causa del comportamiento del Defensor del Pueblo, hay que tener en cuenta la singularidad de su cometido. En este contexto, es preciso recordar que el Defensor del Pueblo está sujeto únicamente a una obligación de medios y que dispone de un amplio margen de apreciación.

51. Por tanto, en contra de lo que han sostenido el Defensor del Pueblo y el Parlamento, el control que ejerce este último sobre el primero no excluye un control judicial, que debe ejercerse tomando en consideración la singularidad del cometido del Defensor del Pueblo.

52. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia no infringió las disposiciones del derecho comunitario que regulan el ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo y el control sobre éste al declarar que, en principio, un recurso de indemnización basado en la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por la supuesta tramitación incorrecta de una reclamación por el Defensor del Pueblo es admisible. Por tanto, tras reconocer que el Defensor del Pueblo dispone de un margen de apreciación muy amplio por lo que respecta al fundamento de las reclamaciones y al curso que conviene darles y que no tiene ninguna obligación de resultado en este ámbito, el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 57 de la sentencia recurrida que, aunque el control del juez comunitario debe ser, por tanto, limitado, no es menos cierto que no puede excluirse la posibilidad de que, en circunstancias ciertamente excepcionales, un ciudadano pueda demostrar que el Defensor del Pueblo ha cometido una violación suficientemente caracterizada del derecho comunitario en el

ejercicio de sus funciones que puede causar un perjuicio al ciudadano afectado.

Otra cuestión es lo que ocurre en términos políticos, pues aunque creemos que los poderes públicos, y en particular el gobierno y el propio Parlamento, y los partidos políticos deben evitar al máximo inmiscuirse en la independencia del defensor del pueblo, y por ello han de evitar exigir cualquier tipo de explicación por las decisiones que el defensor del pueblo adopte al respecto, ello no obsta a que, en casos límite, en hipótesis de uso absolutamente desmedido o abdicativo de esta competencia, puedan exigírsele explicaciones o incluso su cese. Para ello, debería darse la situación tipificada como causa de cese en su Ley: “Por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo” (artículo 5,1,IV de la Ley Orgánica 3/1981, del 6 de abril, del defensor del pueblo). Es verdad que el problema que se plantea es que precisamente estamos ante una atribución o competencia del defensor del pueblo y no ante una obligación o deber suyo en sentido estricto, pero desde nuestro punto de vista esa atribución encaja dentro del concepto de “obligaciones y deberes” a tales efectos, pues no cabe duda de que, aun siendo el defensor del pueblo libérrimo a la hora de adoptar un juicio sobre la constitucionalidad de la ley: a) si no tiene dudas mínimamente fundadas sobre su constitucionalidad, *no ha* de ejercer esta facultad; b) si tiene dudas que tengan cierta base, o está convencido, de la inconstitucionalidad de la ley, *debe* plantear un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta es, sin embargo, en todo caso, una responsabilidad política, y no jurídica, y además muy difícilmente concretable. Por otro lado, los Reglamentos Parlamentarios no prevén ese cese o remoción, que recientemente ha sido planteada en el Parlamento por un grupo político que sostiene al gobierno (precisamente a causa de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el defensor del pueblo contra una norma socialmente muy polémica), contando con el apoyo del grupo parlamentario del partido mayoritario y en el gobierno, entre otros, para su tramitación parlamentaria, aunque a la postre este último grupo no dio su apoyo a tal remoción (algo ya anunciado desde el primer momento, por otra parte). Precisamente este último caso lo que pone de relieve es el enorme riesgo que existe de uso político-partidista torticero de la exigencia de esta responsabilidad política del defensor del pueblo, que por ello sólo debería operar en hipóte-

sis realmente anómalas y patológicas, que por otra parte difícilmente se podrían ceñir a esta facultad aislada. Quizás lo mejor sea que dicha remoción o reprobación siga sin regulación, y a lo sumo pueda tener un efecto escénico o declarativo si llega a producirse algún día, pues las hipótesis en que podría proceder una remoción son totalmente extremas, y su previsión normativa puede ocasionar o incrementar notablemente el riesgo de su uso torticero, algo nada improbable, pues la legitimación procesal activa para impugnar leyes es un poderoso y exclusivo instrumento político que, ejercido o denegado su ejercicio por el defensor del pueblo, puede fácilmente generar suspicacias o rechazo de las fuerzas políticas gobernantes o en la oposición, que podrían recurrir sin contemplaciones a esa figura (más que nada, en grado de tentativa, pues para que prospere se necesitaría siempre la aprobación por tres quintos de los escaños del Parlamento, y por ello el concurso indispensable de gobierno y oposición, lo que justamente es toda una garantía) para contrarrestar lo que consideran un ataque a sus posiciones, especialmente si la misma se contempla expresamente en los reglamentos parlamentarios.