

PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL OMBUDSMAN ESPAÑOL Y EL MEXICANO*

Jorge CARPIZO**

RESUMEN: Pese a que entre los *Ombudsmen* español y mexicano existen algunas semejanzas, el autor nos ofrece una clara visión de sus diferencias. Entre las principales, tenemos que el español está legitimado para interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo y *habeas corpus*; mientras que el mexicano cuenta con un Consejo Consultivo que es una especie de órgano legislativo interno. Pese a que ambos realizan funciones de *Ombudsman* judicial, el español, en oposición al mexicano, no puede investigar directamente las quejas de carácter administrativo referentes al Poder Judicial. Las comparaciones, señala el autor, no pueden concretarse a los aspectos jurídicos, ya que las realidades sociales, políticas y económicas son muy diferentes en los dos países. En consecuencia, concluye que aunque ambos *Ombudsmen* tuvieron fuerza y presencia sociales impactantes al inicio de su función, actualmente su vigor requiere ser fortalecido en todas las áreas para originar más beneficios colectivos.

ABSTRACT: *In spite of the similarities between the Spanish and the Mexican Ombudsmen, the author offers us a clear vision of their differences. Among them are that the Spanish one is legitimated to interpose unconstitutional claim actions, the "amparo suit" and the habeas corpus, while the Mexican Ombudsman has a Consultive Organ which is a kind of intern regulation organ. Eventhough both Ombudsmen have judicial functions, the Spanish one cannot attend directly the administrative complaints raised against the judicial branch. The comparisons, as the author says, cannot be reduced to law issues, because the social, political and economic realities are very different in both countries. Consequently, the author concludes that at the beginning of their performance, both Ombudsmen had notorious strength and social presence. Nowadays, their effect needs to be encouraged in all the areas to originate more collective benefits.*

* Agradezco las observaciones que el doctor Edgar Corzo Sosa realizó al manuscrito de este artículo. Cualquier imprecisión o error que éste aún pudiera contener, es responsabilidad exclusiva del autor. También reconozco la entusiasta colaboración bibliográfica de la becaria Karla Pérez Portilla en la redacción del mismo.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

en la causa de los derechos humanos, no están decididos a luchar por ellos, y desean tener menos problemas o dolores de cabeza con sus respectivos gobiernos.

Esta es la realidad mexicana, la de nuestro *Ombudsman* criollo, misma que no puede desconocerse cuando se comparan las similitudes y las diferencias entre el *Ombudsman* mexicano y el español.

II. UNA DIFERENCIA APARENTE

El defensor del pueblo (DP) se establece, en el artículo 54 de la Constitución Española, como alto comisionado del Parlamento.

La CNDH goza de autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, de acuerdo con el apartado B del artículo 102 de la Constitución mexicana.

En consecuencia, pareciera que la naturaleza del DP y de la CNDH fuera diversa; mientras el primero es un comisionado de las Cortes Generales; la segunda es un organismo constitucional autónomo.

Veamos esas características con un poco más de cuidado.

Para Álvaro Gil-Robles, el *Ombudsman*, en términos generales, surge como una *longa manu* del Parlamento para controlar los excesos de la administración y de los tribunales, el cual debe ser nombrado por el Poder Legislativo y sólo debe ser responsable ante éste; Gil-Robles precisa que el *Ombudsman* tiene que actuar con la más absoluta independencia frente a las administraciones que fiscaliza, y con tal finalidad se le dota legalmente de garantías.⁴

Para Luciano Parejo, el carácter de comisionado parlamentario del DP no implica dependencia funcional ni subordinación, menos que el Parlamento pueda dar instrucciones al DP, pues éste goza de garantías para actuar con libertad, y —afirma— realmente constituye una *autori- dad independiente*, figura cuyo auge constituye una realidad actual.⁵

4 Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, "El defensor del pueblo y su impacto en España y América Latina", *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, Bogotá, Colombia, núm. 3, 1994, p. 54.

5 Parejo Alfonso, Luciano, "El defensor del pueblo como institución de control de la administración pública (contenido y alcance de su función, procedimientos de actuación y tipos, efectos y publicidad de sus resoluciones)", en varios autores, *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Madrid, Universidad Carlos III, 1992, pp. 115 y 116.

El texto constitucional mexicano configura a la CNDH con una autonomía que hace imposible encuadrarla dentro de alguno de los tres poderes políticos tradicionales, ya que en su actuación es independiente de cualquiera de ellos, y se le garantiza esa independencia a través de su nombramiento, duración del encargo, remuneración y sistema de responsabilidades.

En esta forma, la CNDH se sumó a otros dos organismos: el Banco de México —que es el banco central— y el Instituto Federal Electoral —que organiza las elecciones de este carácter— para configurar lo que se viene denominando organismos constitucionales autónomos. Lo anterior hace necesario replantear diversos aspectos de la teoría de la división de poderes en México, en virtud de que esos organismos, en sus funciones técnicas, no dependen de ninguno de los poderes políticos, aunque, desde luego, son responsables de sus actuaciones, pero sólo ante el Poder Legislativo, a través de procedimientos de responsabilidad especiales, y con quórum de votación, en algún caso, también especial. Es decir, dentro de los marcos indicados por la Constitución, actúan con plena libertad.⁶

Entonces, en este aspecto específico, la diferencia entre el *Ombudsman* español y el mexicano es sólo de matiz, debido a que coinciden en lo esencial: se les asegura que puedan actuar con independencia. En México, tal garantía se encuentra en la Constitución; en España, en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (LODP), cuyo artículo 6.1 precisa: “El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna Autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio”.

En consecuencia, la formulación jurídica de la naturaleza de ambas instituciones es diversa; no obstante, *en el fondo coinciden*: las dos son independientes en su actuación. Ninguna autoridad puede instruir las en sentido alguno; son, como quiera denominárseles, órganos constitucionales autónomos o autoridades independientes. *Luego, en este aspecto específico, la diferencia, entre ambas instituciones, es sólo en apariencia; su independencia las asemeja.*

6 Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 379 y 380.

III. EL CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El 6 de junio de 1990, el decreto presidencial que creó la CNDH ordenó la constitución de un órgano colegiado denominado consejo, integrado por diez personalidades sociales.⁷ Éste constituyó una peculiaridad, debido a que los *Ombudsmen* no cuentan con órgano colegiado alguno; sin embargo, en México tal órgano fue, y es, una necesidad.

Cuando el 28 de enero de 1992, la institución mexicana del *Ombudsman* se elevó a rango constitucional, no se mencionó la existencia del consejo, debido a que se persiguió ser breve y delinear únicamente los aspectos constitutivos de un sistema no-jurisdiccional de protección y defensa de los derechos humanos. La Constitución, en esa ocasión, fue adicionada con sólo tres párrafos.

La Ley de la CNDH (LCNDH) de 1992, aprobada por el Congreso Federal, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de ese año, y contiene varios artículos respecto a la integración y las funciones de ese consejo.

El 13 de septiembre de 1999 se publicó una reforma constitucional a ese sistema no-jurisdiccional, misma que fue más extensa que la de 1992; actualmente, dicho sistema se regula en ocho párrafos. El quinto se refiere al consejo.⁸

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

7 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, p. 469.

8 Carpizo, Jorge. "La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, 2000, pp. 27-51.

La sola inclusión de este párrafo en la Constitución, en ese año de 1999, es indicativo de la especial significación que tiene el consejo, al cual se le agregó el adjetivo de consultivo. Esta peculiaridad del *Ombudsman* mexicano la hizo suya la Constitución nueve años después de la existencia de ese consejo, con lo cual quedó claro que su creación, en 1990 y su ratificación en 1992, fue un acierto y una necesidad.

¿Por qué se estableció en 1990 ese órgano colegiado denominado consejo? Porque existió una atmósfera de escepticismo respecto a que la CNDH pudiera realmente cumplir con las funciones y las finalidades para las cuales estaba siendo instituida; se pensó que la existencia de un consejo integrado por diez personalidades con prestigio social, sin actividad partidista reciente, permitiría que se fortaleciera la confianza de la sociedad en la CNDH, y que se contemplara que ésta era primordialmente un órgano de Estado en el cual la sociedad ha tenido una fuerte presencia. En aquel entonces, se era consciente de que en el mundo no existía ninguna figura semejante dentro de la estructura de un *Ombudsman*, que dicho consejo sería una novedad mundial y, por cierto, nada ortodoxa en la teoría y en la práctica de esa institución.

Sin embargo, el consejo ha jugado un papel sobresaliente en la existencia de la CNDH; por ejemplo, su presidente se ha reunido periódicamente con ese órgano colegiado, el cual expidió normas, reglamentos y acuerdos de carácter general, y apoyó decididamente al primer presidente de la comisión en los enfrentamientos que tuvo con diversas autoridades, con motivo de la expedición de varias recomendaciones.

Muy loable fue que diez personalidades de México aceptaron ese reto y otorgaron el aval de su prestigio a la nueva institución, lo cual mucho la ayudó para su aceptación social plena.

El cargo de miembro del consejo es completamente honorario.

El consejo ha ayudado a la estabilidad de la CNDH, y constituye una parte muy valiosa de la experiencia que la institución ha acumulado.

Este órgano colegiado es presidido por el presidente de la CNDH. De los diez miembros del mismo, cuando menos siete de entre ellos, no deben desempeñar ningún cargo o comisión como servidor público.

El artículo 19 de la LCNDH señala las facultades del consejo:

- a) Establecer los lineamientos generales de actuación de la CNDH.
- b) Aprobar el Reglamento Interno de la CNDH.

c) Aprobar las normas de carácter interno relacionadas con la propia comisión.

d) Opinar sobre el proyecto de informe anual que el presidente de la CNDH presenta.

e) Solicitar al presidente de la CNDH información adicional respecto a los asuntos que se encuentren en trámite o haya resuelto esa institución.

f) Conocer el informe del presidente de la CNDH sobre el ejercicio presupuestal.

Como es fácil percatarse, el consejo es una especie de órgano legislativo interno de la CNDH, cuyas atribuciones se encuentran señaladas en ley expedida por el Congreso de la Unión; sin embargo, sus facultades son amplias si se tiene en cuenta que es quien expide el Reglamento Interno, y quien señala las reglas generales de la actuación de esa institución.

El consejo funciona en sesiones ordinarias y extraordinarias; las ordinarias deben llevarse a cabo cuando menos una vez al mes. Las extraordinarias pueden convocarse por el presidente de la CNDH o a solicitud de por lo menos tres miembros del consejo. Las decisiones de éste se toman por mayoría de votos de los miembros presentes.

El consejo se apoya en una Secretaría Técnica, cuyo titular es propuesto por el presidente de la CNDH. Esta secretaría tiene diversas funciones, entre ellas se encuentran las de brindar apoyo a los consejeros en el ejercicio de sus funciones, elaborar los proyectos de actas de ese cuerpo colegiado, proponer al consejo las políticas generales que en materia de derechos humanos habrá de seguir la CNDH, así como la realización de estudios, y el mantenimiento y la custodia del acervo documental de esa CNDH.

La existencia del Consejo Consultivo, dentro de la estructura del *Ombudsman* nacional mexicano, constituye un buen ejemplo de cómo las instituciones no pueden ser una calca o una imitación extralógica de instituciones foráneas, sino que tienen que ser ajustadas a las necesidades y realidades del país receptor. El derecho comparado no ofrece recetas, sino ideas, conceptos, rumbos y experiencias.

IV. LOS RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DE AMPARO

A. El DP se encuentra legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, conforme a lo dispuesto en la Constitución, en la LODP y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). La CNDH no posee ninguna de esas atribuciones ni algo parecido o similar, aunque esta clase de atribuciones sí ha influido en algunos países latinoamericanos, mismos que las han aceptado y se las han otorgado a sus *Ombudsmen*, como en el caso de Guatemala en 1985, Colombia en 1991, y Costa Rica en 1992.⁹

Esta legitimidad procesal que se atribuye al DP constituyó una peculiaridad del ordenamiento español, en virtud de que es diferente de las facultades que los *Ombudsmen* escandinavos poseen. Si bien estos últimos pueden acudir a los tribunales ordinarios para solicitar la imposición de sanciones, incluso del orden criminal, para los funcionarios que cometan faltas y delitos, no poseen, como en el caso español, la facultad de interponer acciones judiciales para la defensa de los derechos humanos ni para cuestionar la constitucionalidad de ordenamientos de carácter general.¹⁰

Esa doble legitimidad procesal que el DP tiene, no la posee simultáneamente ningún otro órgano en el sistema jurídico español. El *Ombudsman*, al ejercer esas facultades, se encuentra dentro de la *ratio* de su existencia: el control del poder; pero en esta situación no se trata de la supervisión tradicional, la cual es importantísima, de los actos de la administración pública y servidores, sino de la propia actividad normativa y no normativa del Parlamento, del gobierno central, del Poder Judicial, y los órganos legislativos y ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Desde luego, este control no tiene carácter jurisdiccional, debido a que lo único que el DP puede hacer es apelar al Tribunal Constitucional; el DP se convierte, entonces, como bien se ha afirmado, en un órgano impulsor de la jurisdicción constitucional,¹¹ facultad que, incluso, se ha

9 Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre el *Ombudsman* y el Poder Judicial en México", *El Ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 193 y 194.

10 Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, p. 390.

11 Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, "La naturaleza jurídica del defensor del pueblo", *Revista*

llegado a considerar como esencial, si ante una violación de derechos humanos, no resulta suficiente la persuasión, la publicidad de las críticas o la autoridad moral de las resoluciones del *Ombudsman*.¹²

En España, se discute si la facultad que tiene el DP para interponer esos dos recursos abarca toda la Constitución o si se restringe a los derechos fundamentales consagrados en el título I de aquélla. A este aspecto, regreso posteriormente.

Los *Ombudsmen* de las Comunidades Autónomas españolas no poseen legitimidad para interponer ninguno de esos dos recursos.

Cuando el DP recibe la solicitud de interposición de alguno de esos recursos, ésta se turna al área o áreas respectivas de acuerdo con la materia, la cual estudia el asunto y presenta un informe a la Junta de Coordinación y Régimen Interior; junta que puede citar a quienes intervinieron en el estudio y en la elaboración del informe para las aclaraciones pertinentes. Si no hay consenso sobre el informe, éste se pone a votación. La junta da cuenta al DP; es éste quien decide con libertad, debido a que el aludido informe no lo obliga en sentido alguno.¹³

B. El recurso de inconstitucionalidad se presenta ante el Tribunal Constitucional y con él se impugna la constitucionalidad de una ley o de una disposición normativa con fuerza de tal. Si el recurso prospera, la norma impugnada pierde ese carácter.

Esta facultad del DP cobra su verdadero valor si se tiene en cuenta que el Ministerio Fiscal no la posee, y que es, a través del DP, el único camino por medio del cual un ciudadano puede promover, en forma indirecta, a través de una queja, un recurso de inconstitucionalidad. Si el DP decide interponer ese recurso, realmente se está convirtiendo en garante de la Constitución,¹⁴ “su mirada crítica” la dirige a normas generales. Los criterios en los cuales el DP habrá de basarse son: el título I de la Constitución Española que se refiere a los derechos y deberes fundamentales; los procedimientos de creación, adición o refor-

Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 3, núm. 8, 1983, pp. 73-75.

12 Aguiar de Luque, Luis y Elvira Perales, Ascensión, “Intervención del defensor del pueblo en procedimientos jurisdiccionales”, en varios autores, *op. cit.*, nota 5, p. 165.

13 Pérez-Ugena y Coromina, María, “El defensor del pueblo en los procesos de tutela constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Curso 1993-1994*, Madrid, 1995, pp. 345 y 346.

14 *Ibidem*, pp. 347-349.

ma de las leyes dispuestas en la Constitución, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.¹⁵

De acuerdo con la LOTC, en sus artículos 27,2, y 32,1, b, el DP puede interponer el recurso de inconstitucionalidad contra: *a)* Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes del Estado español, de la naturaleza que sean; *b)* Las leyes de las Comunidades Autónomas; *c)* Las disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley; *d)* Los tratados internacionales; *e)* Los reglamentos de las Cortes Generales y de sus cámaras.

En España se discute, como ya asenté, si el DP está legitimado únicamente para interponer el recurso de inconstitucionalidad cuando, en su criterio, se viola alguno de los derechos y libertades protegidos en el mencionado título I de la Constitución, o si tal legitimación abarca todos los artículos de la ley suprema. Quienes sostienen la tesis restrictiva, la fundamentan en que el artículo 54 de ese ordenamiento señala esos derechos como la materia, el *telos* propio de la competencia del DP, aunque el Tribunal Constitucional pareciera que ha interpretado esta facultad en forma no tan restrictiva, como es el caso de su sentencia 150/1990, relacionada con aspectos fiscales,¹⁶ pero en la misma lo que se examina es la integridad de los principios de igualdad, progresividad y seguridad jurídica, que son derechos humanos.

En sentido contrario, se sostiene que el DP no encuentra ninguna restricción al respecto, debido a que la LOTC no la señala y que, incluso, es conveniente que posea tal legitimación para el caso de que los otros órganos que poseen esa facultad no pudiesen o no estimasen conveniente ejercerla.¹⁷

Varios distinguidos tratadistas, incluso, consideran que el DP no debe estar legitimado en ningún caso para la interposición de este recurso, porque se puede correr el peligro de una posible politización de la institución, por lo cual resulta preferible que ésta sea sólo una magistratura de opinión.

15 Pérez Calvo, Alberto, "Aspectos constitucionales del defensor del pueblo", *Revista del Departamento de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 4, 1979, p. 85.

16 Varela Suanzes-Carpegna. Joaquín, *op. cit.*, nota 11, p. 78. Pérez-Ugena y Coromina, María, *op. cit.*, nota 13, pp. 350 y 351.

17 Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, vol. I, p. 496.

El DP ha ejercido esta facultad con prudencia,¹⁸ lo cual se deduce con facilidad de los considerandos que ha expuesto en los asuntos en que ha decidido no ejercerla.

Como ejemplo, se puede señalar el caso de la ley catalana de política lingüística de 1998. El DP no presentó el recurso de inconstitucionalidad, pero sí envió al Parlamento de Cataluña, de acuerdo con sus atribuciones, diversas interpretaciones y sugerencias de modificaciones a esa ley. El DP manifestó a ese órgano legislativo:

En líneas generales, debe señalarse que durante el examen de la ley se han planteado dudas sobre la constitucionalidad de varios de sus preceptos. Sin embargo, teniendo especialmente presente los antecedentes normativos, haciendo una interpretación sistemática del conjunto de las disposiciones de la ley, aplicando el principio de interpretación más favorable a la constitucionalidad de las normas, así como el principio de conservación de las mismas, este Defensor del Pueblo, se ha decidido por la no presentación del recurso; al entender que determinadas disposiciones de la Ley de Política Lingüística no son indubitadamente inconstitucionales, al poder hacerse de las mismas, interpretaciones que resultan constitucionalmente adecuadas. Por tanto, con el espíritu de procurar que el desarrollo normativo y la aplicación de la referida ley resulten conformes en todo momento con el marco constitucional vigente, se hacen las siguientes consideraciones...¹⁹

Asimismo, el DP asentó en ese asunto que estaría atento a que la interpretación de los preceptos de esa ley fuera la constitucionalmente correcta; que, en caso contrario, acudiría, cuando así procediera, a la vía del recurso de amparo para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos.

C. En México, para la reforma constitucional de 1999, se presentaron varios proyectos; uno de ellos fue el de la CNDH, aunque no llegó al Congreso de la Unión de manera oficial, tampoco había sido aprobado por el Consejo Consultivo de la CNDH. Una de las propuestas de ese proyecto consistió en otorgar a la CNDH la facultad para presentar ac-

18 Véase Abad Yupanqui, Samuel, "La legitimación del defensor del pueblo español en materia de amparo: ¿una experiencia a tomar en consideración?", *Anuario Jurídico*, Lima, Perú, Universidad San Martín de Porres, Facultad de Derecho, año I, núm. 1, 1991, p. 40.

19 Álvarez de Miranda y Torres, Fernando, "Sugerencias y recomendaciones que formula el defensor del pueblo", *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 2, 1998, pp. 255 y 256, 270.

ciones de inconstitucionalidad. El proyecto del Taller Ciudadano de Propuesta Legislativa también insistió en este aspecto.²⁰

Las comisiones respectivas del Senado mexicano rechazaron esas propuestas, principalmente, con dos argumentos:

i) Los derechos humanos ya están ampliamente protegidos en la Constitución a través de diversas defensas, e incluso por medio de dicha acción, cuyo ejercicio corresponde a varias autoridades.

ii) La acción de inconstitucionalidad existe en nuestro país sólo desde 1994; es decir, es un proceso de defensa constitucional reciente en México y en 1996 se amplió el número de titulares de la misma en materia electoral; en consecuencia, es conveniente que esa acción se desarrolle y fortalezca en el sistema jurídico mexicano antes de que se siga ampliando el número de sus titulares.

El primer argumento es endeble y no es cierto. Los derechos humanos no se encuentran “ampliamente protegidos” en México. Piénsese únicamente que si la Suprema Corte declara que una ley es inconstitucional, el efecto de la sentencia de amparo protege sólo a quien presentó la acción, cuando quienes no lo hicieron son generalmente quienes más necesitan ese amparo legal, y no utilizaron la acción procesal por carencias sociales o económicas. Es por ello que, desde hace más de tres décadas, he propuesto, entre varios otros, que los efectos de esas sentencias de amparo sean *erga omnes*.

Considero que el segundo argumento fue correcto. Estoy a favor de que la CNDH pueda, y es sólo cuestión de tiempo para lograrse, ejercitar la acción de inconstitucionalidad, únicamente respecto a la protección y defensa de los derechos humanos, en virtud de que éstas son precisamente las atribuciones por las cuales fue creada y existe. Si esa legitimidad se ampliara a toda la Constitución, se correría el riesgo de politizar a la CNDH, con lo cual nadie ganaría y todos perderíamos.²¹

Esta facultad, como en España, habría de ser ejercida con especial prudencia y con sólidos fundamentos jurídicos; no puede contemplarse como un enfrentamiento con el Poder Legislativo sino como una de sus facetas en la defensa de los derechos humanos; sería realmente una atribución casi extraordinaria que debería utilizarse en casos excepcionales

20 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos...*, cit., nota 1, pp. 134-135 y 145-146.

21 Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios...*, cit., nota 6, p. 389.

como un complemento, cuando resulte indispensable, a su facultad primordial de control de la administración pública, la cual constituye su campo propio.

D. El recurso de amparo en España se interpone ante el Tribunal Constitucional cuando supuestamente se violan los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas en la Constitución en los artículos del 14 al 29, y la objeción de conciencia, reconocida en el 30, de acuerdo con la norma 53.2. de la propia Constitución.

Es el artículo 162. b constitucional el que confiere legitimidad al DP para interponer el recurso de amparo, y el precepto 46 de la LOTC precisa esa legitimidad, en relación con los artículos 42, 43 y 44 de la propia ley.

Esa facultad concedida al DP reviste también peculiaridades propias, porque en este caso el *Ombudsman* español no se encuentra “ante supuestos de mal funcionamiento del servicio judicial, en cuanto administración pública, sino impugnando el fondo de una resolución judicial a través de las vías procedimentales para ello”;²² es decir, el DP persigue la restitución de la garantía constitucional negada o vulnerada por la decisión judicial.

Esta facultad del DP puede contemplarse desde tres ángulos: a) El particular afectado por la sentencia que supuestamente viola alguno de sus derechos fundamentales preferirá recurrir esa sentencia directamente ante el Tribunal Constitucional que aguardar el criterio del *Ombudsman*, quien libremente decide si ejercita o no esa facultad; la práctica y experiencias españolas corroboran este ángulo; b) Para la autoridad administrativa resulta conveniente que el DP interponga el recurso, porque ya no tendrá que lidiar con el DP sobre dicho caso, sino que éste queda *subjudice*, y su definición tardará un buen tiempo; y c) El particular puede verse tentado a solicitar la intervención del DP debido a que su caso se fortalecería jurídicamente si el *Ombudsman* lo hace suyo; el peligro, entonces, podría ser el caudal de solicitudes que aquél recibiría para que interpusiera el recurso de amparo, lo cual sobrepasaría su capacidad de respuesta; esta situación no ha acontecido en España.²³

22 Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, “La aportación de la institución del defensor del pueblo al mejor funcionamiento de la administración de justicia”, en varios autores, *El Ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 112.

23 Aguiar de Luque, Luis y Elvira Perales, Ascensión, *op. cit.*, nota 12, pp. 168 y 169.

Ahora bien, esta facultad del DP tiene una característica similar al recurso de inconstitucionalidad, en cuanto debe ser una atribución casi extraordinaria y que sea utilizada con prudencia; así ha actuado el DP. Ejemplos de casos en los cuales se justifica que el DP ejercite esta facultad —porque legalmente ya la tiene— son: cuando la persona cuyo derecho fundamental ha sido violado, no puede presentarlo por sus propios medios, sin importar la causa de ello, como podría ser el caso de pobreza; cuando la afectación vulnera intereses colectivos o “difusos”; y cuando resulta prudente, en virtud del interés superior, proteger esos derechos fundamentales.²⁴

Esta facultad del DP ha sido cuestionada, porque la persona afectada en sus derechos puede presentar ante el Tribunal Constitucional dicho recurso; en consecuencia, el *Ombudsman* corre el peligro de convertirse en un simple despacho de abogados, descuidando las facultades que le son propias; incluso, Álvaro Gil-Robles, quien llegaría a ocupar el cargo de DP, en 1981, manifestó su oposición radical a esta atribución del DP, y que sólo la debía ejercer en “casos superextraordinarios”,²⁵ aunque con posterioridad modificó su postura: en 1993, se declaró partidario de que el *Ombudsman* español también pudiera actuar en la vía ordinaria; hoy en día, sólo está legitimado para ello en un caso.²⁶ En la actualidad, en esos asuntos se auxilia del Ministerio Fiscal, quien debe colaborar con él.

El DP ha sido prudente en el ejercicio de esta atribución, relacionada con el recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional.

E. En México, en el citado proyecto de reformas de la CNDH para la modificación constitucional de 1999 se expresaba que, respecto a los asuntos que se sometieran a su conocimiento, la CNDH podría interponer el juicio de amparo. No estuve ni estoy de acuerdo con esa propuesta,²⁷ por las razones siguientes:

24 Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *op. cit.*, nota 11, pp. 77 y 78. Abad Yupanqui, Samuel, *op. cit.*, nota 18, pp. 38, 43 y 45. Véase Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, nueva época, núm. 7, 1979, p. 259.

25 Citado por Abad Yupanqui, Samuel, *op. cit.*, nota 18, p. 37.

26 Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, “La aportación de la Institución...”, *cit.*, nota 22, p. 112.

27 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos...*, *cit.*, nota 1, p. 139.

a) Para los casos particulares, su función fundamental se encuentra en la expedición de recomendaciones, su labor de amigable composición y en la solicitud de medidas precautorias.

b) Para los casos generales, su trabajo consiste en informes especiales y, en los muy graves, en denuncias penales, pero sólo si la gravedad lo justifica, porque su labor es recibir denuncias e investigarlas, más que realizarlas. Este aspecto es independiente de la obligación que tiene de poner en conocimiento del Ministerio Público los probables delitos que encuentre durante sus investigaciones.

c) El amparo mexicano tiene características especiales; el actor debe demostrar “interés jurídico” en el caso. Además, hay que tener en cuenta que los efectos de la sentencia de amparo son, como ya asenté con anterioridad, relativos; es decir, que sólo protegen y amparan a quien ejerció la acción de amparo.

d) Se correría el peligro de que la CNDH se convirtiera en un gran despacho de abogados o en una oficina de *legal aid*, lo cual no le corresponde. Siempre me ha preocupado que, por aumentar su competencia, se descuide lo que un *Ombudsman* debe hacer. A la CNDH le puede ocurrir lo que pregona un conocido refrán popular: “el que mucho abarca, poco aprieta”.

e) La CNDH no puede sustituir a otros organismos. Su importante labor la debe realizar muy bien, en forma expedita y sin formalismos. No puede descuidar sus verdaderas funciones para tratar de ser “un curalotodo”,²⁸ y que resulte un “curalonada”.

f) El individuo que considere afectado un derecho humano, siempre podrá recurrir al juicio de amparo. Si su situación hace muy difícil lo anterior, para ello existen organismos *ad hoc*, tales como bufetes jurídicos gratuitos o universitarios, la defensoría de oficio, etcétera.

Esta propuesta afortunadamente no prosperó en el Congreso de la Unión de México.

F. El artículo 17.4 de la Constitución Española consagra el procedimiento de *habeas corpus* para obtener “la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”, y el artículo 3 de la ley respectiva incluye al DP entre quienes se encuentran legitimados para

²⁸ Maiorano, Jorge L., *El Ombudsman, defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, p. 4.

hacer valer ese procedimiento. Esta es la única ocasión en la cual el DP está facultado para actuar ante la jurisdicción ordinaria.

Al respecto, un distinguido ex-DP escribió:

No ha sido ésta una legitimación meramente formal. El Defensor del Pueblo la ha ejercido, si bien muy excepcionalmente, puesto que hasta el presente la mera intervención y diálogo con las autoridades policiales ha permitido resolver aquellos casos que de otra forma habrían obligado a la interposición de este recurso.²⁹

El *Ombudsman* no posee facultad similar en México. El *habeas corpus* es fundamentalmente una de las manifestaciones de nuestro amparo. Estoy de acuerdo en que no posea esta atribución por las mismas razones que expuse, en párrafos anteriores, en relación con el juicio de amparo.

En México, tal vez lo más cercano a ese procedimiento se encuentra en la LCNDH, artículo 40, al contemplar la posibilidad de que el visitador general solicite, en cualquier momento, a las autoridades la toma de medidas cautelares o precautorias para evitar la consumación irreparable de violaciones, o la producción de daños de difícil reparación para los afectados. Dichas medidas pueden ser de conservación o restitutorias. Los artículos 112 al 115 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (RICNDH) precisan el procedimiento para el ejercicio de tales facultades.

No obstante, éstas no se han ejercido con frecuencia. Durante 2001, la CNDH las solicitó en 25 ocasiones, dos se refirieron al área penitenciaria, 19 a cuestiones relacionadas con la integridad personal, y cuatro a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La CNDH, en su informe anual de 2002, al respecto señaló lacónicamente: “Durante el periodo sobre el que se informa se atendieron 15 asuntos, los cuales se refirieron a cuestiones relacionadas con la integridad personal”.

V. LOS INFORMES ANUALES Y ESPECIALES

A. La Constitución Española señala que el DP debe rendir cuenta a las Cortes Generales. El artículo 32.1 de la LODP precisa que esta obli-

29 Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, “La aportación de la institución...”, *cit.*, nota 22, p. 111.

gación es de carácter anual, y la debe cumplir cuando las cortes se encuentren reunidas durante el periodo ordinario de sesiones.

El artículo 33.1 y 4 de la propia Ley Orgánica indica que ese informe anual contendrá el número y tipo de las quejas presentadas, de las rechazadas y sus causas, de las investigadas y su resultado, especificando las sugerencias y recomendaciones admitidas por las administraciones públicas. El DP expone un resumen del informe ante los plenos de las dos cámaras, y los grupos parlamentarios intervienen para fijar sus posiciones respecto al informe.

El informe tiene carácter público y se edita, lo cual debe revestir singular importancia, porque se supone que el funcionario cuida no ser exhibido, ante el Parlamento y la opinión pública, como poco respetuoso de la Constitución, de la ley y de los derechos humanos. Al informe incluso se le ha considerado como un “arma final” para que el DP cumpla con los objetivos que el orden jurídico le señala.³⁰

En el informe podrá —yo diría, deberá— señalar a los funcionarios negligentes, incumplidos, o que obstaculicen su labor.³¹

Con motivo del informe anual, el DP tiene tres comparecencias parlamentarias: ante la Comisión Mixta y ante las dos cámaras. El verdadero intercambio de información e impresiones ocurre en el primer órgano mencionado, en virtud de que las cámaras han de ser cuidadosas, en relación al informe, para respetar la independencia del DP y no vulnerar su prestigio social; en consecuencia, no se pueden presentar propuestas de resolución. No obstante, los grupos parlamentarios, al “fijar su postura” y hacer preguntas al DP,³² tienen la oportunidad de manifestar su criterio sobre diversos aspectos de la administración pública contenidos en el informe, y de la propia actuación del *Ombudsman*.

Los informes anuales del DP son importantes, porque ellos muestran el grado de compromiso del gobierno con el cumplimiento del orden jurídico y el respeto a los derechos humanos. En realidad, ade-

³⁰ Ulf Pont, Eugenio, “El defensor del pueblo”, en varios autores, *Lecturas sobre la Constitución Española*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 1978, t. II, p. 490. Respecto a la publicidad de los actos del *Ombudsman*, puede consultarse Fairén Guillén, Victor, *El defensor del pueblo —Ombudsman—*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, t. I, pp. 488 y 489.

³¹ Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *op. cit.*, nota 11, p. 70.

³² Sáinz Moreno, Fernando, “Defensor del pueblo y Parlamento (relaciones con las cámaras)”, en varios autores, *op. cit.*, nota 5, pp. 14 y 15.

más, es un examen general del estado que guarda la sociedad y de algunos de sus problemas cruciales.

Sin embargo, pareciera que cada año va disminuyendo el interés del Parlamento y de los medios de comunicación por esos informes. Al respecto, es sintomática la declaración de un legislador del grupo parlamentario catalán en el Senado, quien, en 1995, dijo:

Como cada año, a medida que van transcurriendo las legislaturas, se pasa el trámite de escuchar al Defensor del Pueblo. y yo me atrevo a decir que sin pena ni gloria, en la Comisión Mixta primero y en el Congreso y Senado después y, sin embargo, al año siguiente oímos y, los que lo ojeamos, leemos en el Informe los mismos problemas de jurisdicción, de acción y de medios del Defensor del Pueblo.³³

Tal criterio es preocupante; el informe anual debe ser uno de los instrumentos más valiosos con los que cuenta el *Ombudsman*. Si el órgano legislativo no toma interés en el informe, la institución se debilita; si los medios de comunicación casi lo ignoran, la importancia y, en consecuencia, la eficacia del *Ombudsman* sufre gravemente: los funcionarios públicos se sentirán inclinados a ignorarlo.

B. En México, la Constitución, en su artículo 102, apartado B, ordena que el presidente de la CNDH presente un informe anual de actividades a los poderes de la unión.

El periodo que debe abarcar el informe es el mismo que el del español, aunque en México se expone ante los tres poderes federales, y no sólo ante el Legislativo, como sucede en España.

El artículo 52 de la LCNDH precisa que el informe se presenta en febrero sobre las actividades realizadas en el año inmediato anterior, que primero se comparece ante el pleno de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, después ante el presidente de la república y ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que dicho informe debe difundirse ampliamente para su cabal conocimiento por parte de la sociedad, principio de publicidad que es idéntico al español.

El artículo 53 de esa misma ley ordena:

³³ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, "El ruido en el informe del defensor del pueblo sobre 1994", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 265, 1995, pp. 86 y 87.

Los informes anuales del presidente de la Comisión Nacional deberán comprender una descripción del número y características de las quejas y denuncias que se hayan presentado, los efectos de la labor de conciliación; las investigaciones realizadas, las recomendaciones y los acuerdos de no responsabilidad que se hubiesen formulado; los resultados obtenidos, así como las estadísticas, los programas desarrollados y demás datos que se consideren convenientes. Asimismo, el informe podrá contener proposiciones dirigidas a las autoridades y servidores públicos competentes, tanto federales, como locales y municipales, para promover la expedición o modificación de disposiciones administrativas correspondientes, con el objeto de tutelar de manera más efectiva los derechos humanos de los gobernados y lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servidores públicos.

El hecho de que el mencionado artículo 52 determine que el informe anual se presente en febrero, mes en el cual el Congreso de la Unión se encuentra en receso, automáticamente deriva esa competencia a la Comisión Permanente, tal y como lo expresa el propio artículo. Es indudable que tendría mayor efecto y resonancia si el informe se diera a conocer ante el pleno de cada una de las cámaras del Congreso de la Unión, tal y como fue el propósito del poder reformador de la Constitución, porque si no, ésta diría expresamente que la competencia corresponde a la Comisión Permanente, como sucede con otros artículos constitucionales.

Además, el hecho de que posteriormente ese informe se presente por separado ante los otros dos poderes federales, exhibe inconvenientes en virtud de que se convierten en ceremonias reiterativas y aburridas. El informe ante el presidente de la república no despierta mayor interés en nadie, porque el contenido ya se conoce; en cambio, el presidente aprovecha la ocasión para hablar de la política de derechos humanos de su gobierno, y es esta intervención la que los medios de comunicación resaltan, porque no es un “refrito” de lo que se escuchó días antes en la Comisión Permanente.

La Suprema Corte de Justicia no ha mostrado, desde su creación, simpatía ni comprensión algunas a la CNDH. La presencia del presidente de la CNDH ante el pleno de ese alto tribunal sólo sirve para que los medios de comunicación transmitan la frialdad de la recepción al *Ombudsman*, y el fastidio que a los ministros de la corte les causa tener que escucharlo por mandato constitucional.

Por esas razones, la disposición española es mejor: el informe debe rendirse únicamente ante el Poder Legislativo.

También, en México —y es preocupante—, a los informes del presidente de la CNDH cada día se les presta menor atención por parte de los poderes políticos y de la opinión pública; no porque el respeto a los derechos humanos haya mejorado sensiblemente, sino porque el formato del informe ante los tres poderes, su reiteración en tres ceremonias, hace que pierda interés.

Cuando la CNDH se creó, los informes se rendían cada semestre, y así se realizó en cuatro ocasiones. La reforma de 1992 los convirtió en anuales, lo cual fue acertado, debido a que el periodo semestral se contempló como transitorio y se debió al deseo de arraigar a la institución en la sociedad mexicana, lo cual se logró. Los informes constituían un gran acontecimiento y acaparaban la atención de la opinión pública. Cada informe resultó ocasión propicia para que la sociedad reiterara su apoyo a la CNDH. Esos informes fueron uno de los cauces a través de los cuales esa CNDH se prestigió socialmente en poco tiempo, prestigio que constituyó su capital social.

Los informes anuales deben ser un instrumento útil de conocimiento y análisis de la sociedad mexicana y de su gobierno, y de cómo superar violaciones de los derechos humanos.

Desde luego que para preservar la autonomía y la independencia de la CNDH, ninguno de los poderes puede someter a votación el informe, censurarlo o rechazarlo, tal y como también acontece en España, aunque en los dos países se acostumbra hacerle preguntas al *Ombudsman* durante su comparecencia ante los respectivos órganos legislativos.

La afirmación anterior la derivó de lo ordenado en el artículo 54 de la LCNDH: “Ninguna autoridad o servidor público dará instrucciones a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con motivo de los informes a que se refiere el artículo 52 de esta ley”.

Este artículo, he sostenido en ocasión anterior, junto con la disposición constitucional que es muy precisa, constituye uno de los pilares de la independencia y la autonomía de gestión de la CNDH.

C. Tanto en México como en España, el *Ombudsman* puede presentar, además de los anuales, informes especiales o extraordinarios. El artículo 71 de la LCNDH faculta a la CNDH a rendir informes especiales cuando subsistan “actitudes u omisiones que impliquen conductas evasivas o de

entorpecimiento” por parte de autoridades y funcionarios públicos que deben intervenir o colaborar en las investigaciones del *Ombudsman*.

El artículo 32.2 de la LODP indica que el DP puede presentar un informe extraordinario a las Cortes Generales, cuando la gravedad o urgencia de los hechos así lo ameriten.

En ambos países, esos informes son públicos y también deben ser impresos, y tanto en una como en otra nación, múltiples informes especiales se han presentado. En España, éstos han versado, entre otros grandes temas, sobre la situación de los ancianos y la de las residencias de la tercera edad; los menores internos en centros especializados por decisión judicial; los problemas de la población gitana; la condición de los soldados que cumplen con el servicio militar; el régimen de internamiento de los enfermos mentales en centros especiales, previa resolución de la autoridad judicial; la protección de los derechos de los extranjeros; malos tratos causados por policías y agentes de la seguridad del Estado.³⁴

Muy importante fue el informe general que el DP presentó en 1987 sobre el funcionamiento del sistema penitenciario en España, mismo que condujo a una de las reformas más profundas sobre este aspecto en aquel país, en las últimas décadas. Sobre este tema, la CNDH también ha redactado informes especiales.

Este último informe español mencionado —también los mexicanos— se hizo público, después de múltiples visitas a los centros penitenciarios, las cuales eran imprevistas y se inspeccionaban todos sus servicios, así como el trato que recibían los reclusos.³⁵

En México, entre algunos de los más importantes informes especiales elaborados por la CNDH, se pueden mencionar los siguientes: sobre las violaciones de los derechos humanos de los trabajadores migratorios mexicanos en su tránsito hacia la frontera norte, al cruzarla y al internarse en la franja fronteriza sur estadounidense; la Memoria Mixte sobre la situación de los derechos humanos en esa zona; sobre el Programa Piloto de la Sierra Norte de Puebla; sobre el Programa de Agravios a Periodistas; sobre el Programa Penitenciario, a un año de su creación; sobre el problema de las expulsiones en las comunidades indígenas de los Altos

34 Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, “El defensor del pueblo y su impacto...”, *cit.*, nota 4, pp. 61 y 62.

35 Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, “La aportación de la Institución...”, *cit.*, nota 22, p. 123.

de Chiapas y los derechos humanos; y sobre las quejas en materia de desapariciones forzadas, ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80.

Asimismo, la CNDH presentó anteproyectos de leyes al presidente de la república, quien los hizo suyos y, posteriormente, con las modificaciones del caso, el Congreso de la Unión discutió, adicionó, alteró y aprobó. Entre algunos de los más importantes se pueden señalar: Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura, reformas a códigos penales y de procedimientos penales para despenalizar conductas con sanción de prisión, debido a su escasa gravedad; claro deslinde de los delitos que se persiguen de oficio a los de querrela necesaria; criterios que el juez debe seguir para imponer la pena de prisión; nuevas garantías para el otorgamiento de la libertad provisional; garantías constitucionales a los menores infractores.³⁶

VI. LOS ADJUNTOS Y LOS VISITADORES GENERALES

A. Al DP lo auxilian dos adjuntos, el primero y el segundo, a quienes puede delegarles sus funciones, y quienes lo sustituyen, por su orden, en caso de imposibilidad temporal o de cese.

El DP nombra y separa a los adjuntos, previa autorización de la Comisión Mixta Congreso-Senado.

Los requisitos de nombramiento de los adjuntos, así como sus prerrogativas e incompatibilidades, son los mismos que rigen para el DP.³⁷

Los adjuntos cesan automáticamente en el momento que toma posesión un nuevo DP, o por alguna de las causas que señala el artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo (ROFDP), dentro de las cuales no se señala la pérdida de la confianza por parte del DP. El ordenamiento jurídico persigue darle seguridad y estabilidad a los adjuntos; en consecuencia, éstos no son nombrados y removidos libremente por el DP. Si este último le pierde la confianza a un adjunto, tiene la posibilidad de pedirle la renuncia, pero si aquél la niega, la única opción que le queda es solicitar a la mencionada Comisión Mixta su cese por la causa de notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo, lo cual tiene que razonar,

³⁶ Carpizo, Jorge, *Derechos humanos...*, cit., nota 1, pp. 209-213.

³⁷ LODP: artículos 2.6; 3; 6; 7 y 8.

o sea, enumerar los motivos de esa “notoria negligencia”. La Comisión Mixta escucha al adjunto, y debe seguir para el cese el mismo procedimiento que para su designación.³⁸

Los adjuntos son directamente responsables ante el DP y ante la citada Comisión Mixta, aunque es difícil deducir de las disposiciones que rigen al DP, en qué casos se surte dicha responsabilidad ante la Comisión Mixta, a menos que sea cuando alguno de ellos está sustituyendo al DP; sin embargo, la disposición respectiva tiene un sentido amplio.

Esta regla puede causar conflictos internos en la oficina del *Ombudsman* español, lo cual lo debilitaría; por ejemplo, si el DP solicita el cese de un adjunto y la Comisión Mixta no lo autoriza. Además, el sistema de dos jefes nunca logra buenos resultados. El adjunto debe ser responsable únicamente ante el DP.

B. La CNDH puede contar hasta con cinco visitadores generales —que equivalen a los adjuntos españoles—; en la actualidad existen cuatro.

Los requisitos que los visitadores generales deben satisfacer para su nombramiento son menos que los que debe cumplir el presidente de la CNDH, salvo que para este último no es indispensable poseer el título de licenciado en derecho; sí para los visitadores generales, y que tengan cuando menos tres años de ejercicio profesional.

Los visitadores generales son nombrados libremente por el presidente de la CNDH, son funcionarios de confianza, así que los puede despedir si se las pierde.

Los visitadores generales, al igual que el presidente de la CNDH, no pueden ser detenidos ni sujetos a responsabilidad civil, penal o administrativa, por actos realizados en el ejercicio de sus funciones.³⁹

Considero que el sistema mexicano de los visitadores generales es mejor que el de los adjuntos españoles, debido a que evita —cuando menos en teoría—, que se puedan dar fracturas al interior de la institución, lo cual resultaría muy dañino, teniendo en cuenta que gran parte de la eficacia del *Ombudsman* radica en su autoridad moral.

38 ROFDP: artículos 3.2 y 16. Véase Sáinz Moreno, Fernando, *op. cit.*, nota 32, pp. 52-54.

39 LCNDH: artículo 13; y artículos 23 y 59 del RICNDH.

VII. MEDIOS AUXILIARES DE CARÁCTER DISCIPLINARIO O COACTIVO

A. Ciertamente es que, por regla general, las recomendaciones, peticiones y sugerencias del *Ombudsman* carecen de fuerza coactiva, porque incluso los sistemas en los cuales dicha regla sufre alguna excepción, ésta se ejerce rara vez.

No obstante, el *Ombudsman* posee ciertos medios para lograr que sus actuaciones sean apoyadas y sus resoluciones aceptadas, más allá del instrumento importante de la publicidad de sus actos e informes.

El artículo 19.1 de la LODP dispone que “Todos los poderes públicos están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al DP en sus investigaciones e inspecciones”, y se ha afirmado que esta norma no es una buena intención, porque el artículo 371 del Código Penal tipifica la falta de auxilio a la autoridad. Así, el DP puede solicitar al Ministerio Fiscal la aplicación de ese artículo.⁴⁰

B. El DP, si encuentra presumiblemente fundada la queja por el abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión de un funcionario —artículo 23 de la LODP—, informará al superior jerárquico, formulándole sugerencias, y podrá, en caso de omisión, llevar el asunto al conocimiento del correspondiente ministro; precepto parecido se encuentra en México, en el artículo 72 de la LCNDH.

La persistencia en una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación, por parte de cualquier funcionario, de acuerdo con el artículo 24.1 de la LODP, puede ser objeto de un informe especial, amén de que se destaque en el informe anual.

En México, la LCNDH, en su artículo 38, dispone que la falta de rendición o el retraso injustificado del informe de la autoridad, implica responsabilidad para ésta; y en el artículo 71 señala, similar al precepto español, que podrá rendir un informe especial cuando persista la actitud evasiva, omisiva o de entorpecimiento por parte de las autoridades que deben auxiliar al *Ombudsman* en sus investigaciones. El artículo 73 indica que la CNDH puede solicitar al titular de la dependencia la amonestación pública o privada del funcionario incumplido.

El artículo 109 del Reglamento Interno de la CNDH —reglamento que actualmente se encuentra sujeto a una revisión general— dispone

40 Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *op. cit.*, nota 11, p. 70.

que si el funcionario deja de proporcionar información a esa comisión en más de dos ocasiones diferentes, el asunto se turna a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo para que, de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se lleve a cabo el procedimiento correspondiente, y se le apliquen las sanciones que procedan.

C. El artículo 26 de la LODP dispone:

El Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito.

En este caso, el DP actúa como un particular que ejercita la acción en un proceso judicial de naturaleza civil o en un expediente disciplinario.⁴¹ No deja de ser extraño que el *Ombudsman* actúe como un particular. En México no existe ninguna disposición parecida o similar.

En cambio, el artículo 70 de la LCNDH ordena:

Las autoridades y los servidores públicos serán responsables penal y administrativamente por los actos u omisiones en que incurran durante y con motivo de la tramitación de quejas e inconformidades ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales aplicables.

Dichas responsabilidades administrativas están claras en la legislación mexicana. Respecto a las de naturaleza penal, la CNDH podrá, como un particular, hacer la denuncia ante el Ministerio Público federal, pero, ¿cuáles serían los delitos que se podrían tipificar?

D. El artículo 25 de la LODP norma que cuando el DP, en virtud del ejercicio de sus funciones, tenga conocimiento de alguna conducta o hecho presumiblemente delictivos, lo hará, de inmediato, del conocimiento del fiscal general del Estado, quien le informará periódicamente, o cuando lo solicite, el trámite en que se encuentren las actuaciones que

41 Yubero Martínez, Tomás, "Control extrajudicial de las administraciones autonómicas", en varios autores, *Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en homenaje al profesor don Luis Sánchez Agesta*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, núm. 15 (monográfico), 1989, p. 739.

se originaron con esa información. Disposición parecida —artículo 71, párrafo segundo de la LCNDH—, se encuentra en México, aunque este precepto expresamente sí se refiere a las autoridades o servidores públicos, así como a los particulares; y no se menciona la obligación del Ministerio Público de informar al *Ombudsman* al respecto.

E. El numeral 2 del artículo 24 de la LODP fue derogado en 1995. En él se preceptuaba que el DP podía denunciar ante el Ministerio Fiscal, por el delito de desobediencia, al funcionario que obstaculizaba su investigación, ya fuera negándose o por negligencia en el envío de los informes solicitados, obstruyendo el acceso a expedientes o a documentación administrativa necesaria para la correspondiente investigación del DP.

En esta forma, parece que el *Ombudsman* español perdió una facultad importante para superar obstáculos en sus investigaciones, porque ese artículo de naturaleza penal constituía un instrumento que reforzaba la capacidad de investigación del DP, ante autoridades y funcionarios reuentes a colaborar.

En México, la CNDH nunca ha contado con una atribución semejante.

F. Tanto en México como en España, el *Ombudsman* cuenta con medios, y varios son similares, más allá de los morales, para que las autoridades colaboren con las investigaciones que realiza. Este aspecto es muy importante, porque la propia *auctoritas* moral del *Ombudsman* sufriría si los funcionarios públicos pudieran reiteradamente ignorar las solicitudes del *Ombudsman*, y tal actitud no llevara consigo ninguna consecuencia.

Todo parece indicar que en España existen medios de carácter penal más eficaces que en México, con la finalidad de que el *Ombudsman* presione a las autoridades reuentes a colaborar con sus investigaciones, en virtud de que en este último país, si bien se habla de responsabilidad penal, no está claro cuáles son los tipos penales que se pueden aplicar a esas autoridades reuentes. Lástima que el *Ombudsman* español perdió la facultad expresa de denuncia del delito de desobediencia.

Desde el ángulo administrativo, todo parece indicar que el *Ombudsman* mexicano está mejor equipado jurídicamente que el español para solicitar responsabilidades administrativas en virtud de sus facultades para pedir amonestación pública, o que la respectiva secretaría finque responsabilidades al funcionario reuente, aunque la última palabra al

respecto la pronuncia una dependencia de la propia administración pública federal, que depende directamente del presidente de la república.

VIII. ALGUNAS REFLEXIONES

A. Hoy en día, la institución del *Ombudsman*, tanto en España como en México, son parte integrante del orden constitucional; socialmente se han legitimado porque han servido a una mejor defensa y protección de los derechos humanos. Su existencia se contempla con naturalidad y no existen voces importantes que soliciten su desaparición, después del gran escepticismo que la institución despertó en ambos países, cuando fue creada.

No obstante, parece ser que ambos *Ombudsmen* tuvieron fuerza y presencia sociales impactantes al inicio de su función; su vigor requiere, hoy en día, ser fortalecido en todas las áreas, lo cual redundaría en beneficios colectivos.

Es probable que ambos *Ombudsmen* se hayan burocratizado en algún grado, que al superarse la etapa de la novedad de la institución en los dos países, la atención que suscitaron se haya atenuado, que la reiteración de los graves problemas que el *Ombudsman* expone ha mermado interés por sus diversos pronunciamientos.

Es necesario que ambos *Ombudsmen* tengan nuevo aliento, que refuercen su presencia social para que no se vaya a deteriorar su eficacia en la defensa y protección de los derechos humanos.

B. He escrito dos artículos sobre las semejanzas y las diferencias entre el *Ombudsman* español y el mexicano. Esta separación es bastante arbitraria, porque si bien en algunos casos es diáfana, en otros, no lo es tanto. En consecuencia, más que nada, esa diferenciación responde a un método expositivo que puede ayudar a comprender a ambos *Ombudsmen*.

Además, las comparaciones no pueden concretarse a los aspectos jurídicos, en virtud de que las realidades sociales, políticas y económicas son muy diferentes en los dos países estudiados. Desde esta perspectiva, España ha logrado estabilidad social y política, aunada a una gran prosperidad económica. En cambio, México se encuentra con graves rezagos sociales, la mitad de la población sufre pobreza, y una parte de ella, pobreza extrema. Las desigualdades sociales son realmente ofensivas. En México no existe cultura de la legalidad, y se cometen violaciones

atrocies, en ocasiones de carácter colectivo, a los derechos humanos. Esta realidad determina en gran parte la naturaleza de las quejas que la CNDH conoce, y el papel especialmente difícil que corresponde al *Ombudsman* criollo en México.

C. Desde el punto de vista jurídico, las principales diferencias entre el *Ombudsman* español y el mexicano, son:

a) El español está legitimado para interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo y *habeas corpus*. El mexicano, no.

b) El mexicano cuenta con un Consejo Consultivo, que es una especie de órgano legislativo interno. El español, no.

c) A los dos les están atribuidas funciones de *Ombudsman* judicial. No obstante, el español no puede investigar *directamente* las quejas de carácter administrativo referentes al Poder Judicial. El mexicano, sí.

El español tiene competencia respecto a las quejas interpuestas sobre actos no-jurisdiccionales de *cualquier* órgano del Poder Judicial. El mexicano no posee esa competencia respecto a los actos del Poder Judicial federal.

Es decir, en esta específica cuestión, el *Ombudsman* mexicano es, en un aspecto, más amplio que su homólogo español y, en otro, más restringido.

D. Existe una cuestión extraordinariamente importante que no ha sido analizada en ninguno de los dos artículos: las relaciones entre el *Ombudsman* estatal o nacional, y los *Ombudsmen* autonómicos o locales.

El aspecto anterior reviste una trascendencia especial en virtud de que, tanto en un país como en el otro, es un tema estrechamente ligado a la *forma de Estado*; es decir, al Estado federal en México y al régimen de las autonomías en España. Baste sólo resaltar dos aspectos: a) En España se realizan anualmente las jornadas de coordinación entre los defensores del pueblo. En México existe la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, que se reúne dos veces al año; b) La bibliografía española de artículos especializados sobre este tema específico es la más amplia de todas en lo que respecta al DP. En México no es así, porque la bibliografía especializada en artículos respecto a la CNDH y a las comisiones locales, es escasa. Este tema amerita un artículo por sí mismo; además de investigación de campo.

E. Las experiencias y la doctrina del *Ombudsman* en uno de estos países, debe servir para enriquecer al otro. Son ya varias décadas que los juristas españoles y mexicanos estamos muy cerca; el intercambio de ideas y prácticas se lleva a cabo con mayor intensidad conforme transcurre el tiempo.

En el campo específico del *Ombudsman*, además de las relaciones bilaterales entre los diversos *Ombudsmen* de los dos países, el diálogo encuentra un cauce más en la Federación Iberoamericana del *Ombudsman*, asociación dentro de la cual España y México mantienen una voz escuchada y respetada. **C**