

# UNA REFLEXIÓN Y UNA PROPUESTA, DE CARA A LA POSIBLE REVISIÓN DEL ESTATUTO NORMATIVO DE LA CNDH (EL OMBUDSMAN MEXICANO)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los modelos más representativos del ombudsman contemporáneo, en cuanto al campo de supervisión que efectúan sobre el Estado y sus agentes*. III. *El marco de actuación del defensor del pueblo argentino de ámbito bifrontal*. IV. *El ombudsman mexicano: un control condicionado y limitado de la administración pública*. V. *El ombudsman mexicano y la reforma del Estado*. VI. *Propuesta oficial de reforma al artículo 102 "B", sus conveniencias e inconveniencias*. VII. *Propuestas concretas a modo de conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

Se ha celebrado el VI Congreso Internacional del *Ombudsman* en la ciudad de Buenos Aires, y es buena ocasión para reflexionar muy brevemente sobre el papel de este instrumento que, obediendo a un molde referencial o clásico (el modelo sueco de 1809),<sup>1</sup> mediante

1 El modelo sueco original o generalmente denominado clásico (constitucionalmente instituido en la Suecia de 1809), es hoy inexistente por las variaciones que le ha deparado su largo rodaje histórico, hasta la nueva concepción estampada en la Constitución de 1975, dichas modificaciones que ha ido experimentando el "modelo clásico u original", algunas afortunadas y otras desafortunadas, nos hacen reflexionar que a Suecia se debe la primogenitura de la noción fundamental del *ombudsman* (los rasgos invariables del instituto) lo que persiste y se adapta a diferentes contextos sociopolíticos. Sobre la desvirtuación del modelo sueco actual, el autor André Legrand dedica una severa crítica en un reciente ensayo titulado "L'Ombudsman parlementaire Suédois 1970-1990. Une originalité persistante", *Revue Française d'Administration Publique*, núm. 64, octubre-diciembre, 1992, pp. 575-584. Entiendo por noción fundamental del *ombudsman* contemporáneo: Cargo público e independiente ligado formalmente al Poder Legislativo; que recibe quejas ciudadanas o interviene de oficio y siguiendo un método ágil; que conoce de violaciones a los derechos elementales de la población, para lo que requiere de un capítulo de atributos (inviolabilidad y reserva) y facultades indagatorias amplias y efectivas; que al concluir sus investigaciones, emite señalamientos a través de recomendaciones (resoluciones que no poseen fuerza ejecutoria) y que dichas recomendaciones deben alcanzar publicidad en respuesta a un interés general (de la sociedad en su conjunto), directamente ante el Parlamento, al momento de rendir sus informes y ante los medios de comunicación, véase el documento inédito de la tesis doctoral de Acuña Llamas, Francisco Javier, *El ombudsman en Iberoamérica: alternativas para la solución atípica mexicana (la CNDH)*. Un estudio jurídico político.

una tendencia de interpretaciones distintas en puntos específicos, ha sido incorporado en un considerable listado de países pertenecientes a diferentes familias jurídico-políticas; de ahí las variantes entre las soluciones prototípicas del *ombudsman* contemporáneo. Así, "se ha hecho cada vez menos impronunciable el vocablo *ombudsman*" como dice Jorge Madrazo, y afirma que se ha gestado un "*ombudsman* criollo" en México.<sup>2</sup>

En la discreta edad de la experiencia acerca del *ombudsman* en la zona de Latinoamérica, de un lado existe un bloque de países que han seguido el modelo: defensor del pueblo, acuñado en España. Como exponente de esta tendencia, podemos señalar al defensor del pueblo de la República Argentina, quien posiblemente sea el que mejor resuelve la adecuación de una fórmula proveniente de un entorno parlamentario al del presidencialismo del país austral, ello tras la evolución de su estatuto normativo que concedió al órgano rango constitucional, independencia técnica y una estrecha vinculación con el Poder Legislativo, sin quebrantar la forma de gobierno de la nación hermana, pero concediendo una situación que, sin ambages en el texto constitucional, coloca al *ombudsman* (defensor del pueblo) como un medio para el fortalecimiento de la República y, a su vez, lo conecta con el Poder Legislativo para los efectos de la supervisión de la administración.

Como un modelo alternativo o simplemente diferente, se encuentra el que ha venido a sustentar la solución mexicana del *ombudsman*: la CNDH como prototipo de una versión particular del *ombudsman* que ha intentado responder a la problemática de la región, una que en lo común es ciertamente señalada por las más difíciles circunstancias socioeconómicas, políticas y culturales, y con una profunda tradición presidencialista. La tendencia indica que el *ombudsman* en México ha ido evolucionando y con ello es predecible que continúe su ritmo evolutivo en correspondencia con el fortalecimiento del Estado de derecho.

Siguiendo a Rowat, Napione, La Pégola, Legrand, Söderman, Gil Robles y Fairén Guillén, entre otros autores clásicos del *ombudsman* contemporáneo. Véase específicamente la reciente aclaración al respecto por Rowat, D. C., "Why a Legislative Ombudsman is desirable", *The Ombudsman Journal*, núm. 11, 1993, pp. 134-146.

<sup>2</sup> Madrazo Cuéllar, Jorge, "Retos y perspectivas del Sistema Nacional de Protección no Jurisdiccional de los Derechos Humanos", *Gaceta*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, núm. 57, 1995, p. 15; y del mismo autor: *El ombudsman criollo*, México, Academia Mexicana de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.

Considerando la metamorfosis de su estatuto jurídico original, la CNDH ha cumplido seis años de intensa actividad, ha dejado de ser una novedad intrusa en nuestro ordenamiento jurídico (aunque persisten limitaciones —más que límites— a su perímetro competencial)<sup>3</sup> a pesar de ello ha ofrecido sobradas muestras de utilidad,<sup>4</sup> avaladas por significativos logros en sus objetivos y adelantos en las potencialidades de futuro.<sup>5</sup>

A su vez, la CNDH también tiene una doble función. La primera es la divulgación de una cultura que con el tiempo alcance a hacer

3 Naturalmente, todo entramado de controles debe trazarse en congruencia con la esencia de los actos que se calibran, y los únicos límites (no limitaciones) que encuentra la inspección del *ombudsman* que se precie en toda la extensión de su cometido son: respecto del órgano ejecutivo, los asuntos de cariz intrínsecamente político (decisiones y medidas de gobierno) cuyo control se asume por otros medios, el control político que ejerce el Legislativo; otro límite son los asuntos que impliquen cuestiones de mando, jerarquía y estrategia respecto de la administración militar, y de cara al Poder Judicial, los asuntos que revisten una actuación propiamente jurisdiccional. Sobre los límites al *ombudsman*, la doctrina en general, véase además en extenso la obra de Gil-Robles, Álvaro, *El control parlamentario de la administración (el ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, INAP, 1981. Y en esa línea, está por demás insistir que las resoluciones de un *ombudsman* carecen de potestad ejecutiva, por lo que las observaciones, sugerencias o recomendaciones que emiten, no se superponen a la autoridad recomendada, pero sí le impelen —a través de la autoridad moral o “magistratura de opinión” (así llamada por Antonio La Pégola)— a proceder y rectificar cierta conducta, es decir a aplicar correctamente el derecho en un caso concreto, por ello siempre están fundadas en derecho (que no solamente en la ley, sino en las demás fuentes: la jurisprudencia, los principios generales de la equidad, etcétera).

4 Roccatti V., Mireille, *Los derechos humanos y la experiencia del ombudsman en México*, 2a. ed. corr. y aum., Toluca, Editorial López Martínez, 1996.

5 Sus nutridos informes (primero semestrales y luego anuales) reportan que en promedio la CNDH ha venido conociendo ocho mil quejas anuales de las que ciertamente un gran número son improcedentes por múltiples razones, principalmente porque versan sobre asuntos entre particulares. Y qué decir del grado de cumplimiento de sus recomendaciones (total), que es cada vez mayor; lo enfatiza Sergio Aguayo en el emotivo discurso que pronunciara para la admisión como miembro del doctor Madrazo Cuéllar en la Academia de Derechos Humanos: *El ombudsman criollo, op. cit.*, primeras páginas, y en la reciente publicación, *Seis años de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en voz de sus presidentes*, CNDH, aunque aún perdura el estigma de un marginal cumplimiento parcial de aquéllas y un ínfimo incumplimiento en términos absolutos. Sin embargo, no deja de sorprender que sigue siendo modesta la cifra global de quejas con relación a la población nacional (noventa millones, aproximadamente) aun sumando las que en conjunto conocen los treinta y tres *ombudsman*, y es que la gran empresa de orientación a la población ha tropezado con la maniobra de resistencias, que desde diferentes círculos han propagado una dura descalificación de su existencia, sin ignorar que cultivar una cultura proclive al respeto de los derechos humanos es una tarea eterna, y más ahí donde nada de esto se hablaba entre la población que vive dispersa en las extensiones rurales del país, y las que componen el tejido autóctono de la sociedad, sin desconocer (cuestión que todo lo acentúa) la persistencia de su marco de competencias recortado voluntariosamente por el Constituyente de 1992, y así seguido por el legislador ordinario del mismo año.

respetar o exigir el contenido de los derechos humanos, y en ello ha desplegado un esfuerzo de capacitación de los diversos servidores públicos (principalmente a las fuerzas de seguridad estatal y de información a la populosa sociedad, que es digno de encomio). A esta primera etapa de su actividad la podemos definir de propedéutica.<sup>6</sup> Sin embargo, su función principal como instrumento de carácter controlador es de corte condicionado y limitado.

### *Las singularidades del ombudsman mexicano*

a. Se trata de un "sistema nacional de *ombudsman*" compuesto por 33 entidades, en las que al tenor de algunas consideraciones del estatuto legal de la figura nacional, existe un plano de subordinación de las demás figuras respecto de aquélla: Tanto por las facultades de atracción de ciertos casos, descritas en el artículo 60 de la LCNDH, y la muy discutible facultad de convertirse en una segunda instancia<sup>7</sup> de las resoluciones emitidas por las comisiones locales, cuando, por naturaleza, las resoluciones de un *ombudsman* son irrecurribles, porque son declarativas; por tanto, no conceden ni interrumpen ni suspenden derechos, sólo hacen una admonición que relaciona en fundado derecho cómo y de qué manera el Estado y sus agentes han lesionado intereses o derechos subjetivos públicos y una recomendación de enmienda en lo posible. Al carecer de fuerza ejecutoria sus resoluciones, poseen en compensación el significado jurídico de la autoridad moral que les asiste para comunicar sus señalamientos y denuncias propuestas, y hasta la exhibición del proceder indebido ante la opinión pública y ante la sociedad residente en el Legislativo.<sup>8</sup> Como dice el doctor Héctor Gros Espiell, las resoluciones del *ombudsman* "consisten en el poder que derivan de la persuasión, razonada y seria, y de la influencia respecto de la

6 Como ha dicho Luis de la Barreda: "nos ha hecho más humanos", véase *Crónica Legislativa*, año V, nueva época, núm. 8, abril-mayo, 1996; y de una manera más filosófica, e invocando ejemplos mitológicos, el mismo autor lo expresa en la presentación del texto del segundo informe de la CNDHDF: *La lid contra los abusos: La cabeza de Medusa y la piedra de Sísifo*, México, CNDHDF, 1995.

7 Lo que llamamos la tribunalización del *ombudsman* nacional, con todo énfasis crítica el autor Víctor Fairén Guillén, quien considera peligrosa la incursión del *ombudsman* mexicano por el terreno procesal, en "El *ombudsman* en México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos con recuerdos comparatistas", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 87, 1995, p. 23.

8 Acuña Llamas, Francisco Javier, "El significado jurídico de la autoridad moral del *ombudsman*", en varios, *Derechos Humanos. Reflexiones*, Toluca, CDHEM, 1995, pp. 91-122.

autoridad administrativa en su competencia por adoptar iniciativas dirigidas a plantear la corrección de los actos jurídicos irregulares o lesivos, en su capacidad para mediar entre los administrados y la administración, y en su atribución de dar a conocer sus críticas y sugerencias con todo lo que esto significa en un régimen democrático y de opinión".<sup>9</sup>

b. La dualidad de órganos que integran a dichas comisiones: uno ejecutivo (el presidente) y uno deliberativo (Consejo), elemento atípico al campo de comprensión *ombudsman*, hace presumir de entrada el carácter colegiado del cargo, lo que puede matizarse al determinar la LCNDH que tanto las resoluciones (recomendaciones y los acuerdos de no responsabilidad) y el informe anual dirigido al órgano Legislativo y al Ejecutivo —los actos más trascendentes de todo *ombudsman*— son facultad del presidente (fracc. VII y V. del artículo 15 de la LCNDH), que es el titular de la Institución, y son propiamente tales actos y su responsable los que caracterizan el rasgo unipersonal de la generalidad del *ombudsman* contemporáneo, independientemente del rol del Consejo (instancia que es en sí misma una aportación del *ombudsman* mexicano) y de los demás integrantes de la plantilla de la CNDH que por su nombre forman una comisión.<sup>10</sup>

c. La facultad de emitir resoluciones de no responsabilidad, a manera de certificado que exonera a la autoridad que ha sido considerada presunta responsable de una violación a los derechos humanos, tras la investigación correspondiente, es también un dato ciertamente extraordinario.

d. La facultad de divulgación y difusión del significado de los derechos humanos, desarrollar una cultura proclive a motivar el conocimiento y el respeto a la protección de los derechos humanos,<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Gros Espiell, Héctor, *Derechos humanos y vida institucional*, México, UNAM-CNDH, 1995, p. 170, citado por Alfonso Jiménez, Armando, "La institución del *ombudsman*", *La Crónica*, Sección académica, lunes 2 de diciembre de 1996.

<sup>10</sup> Curiosamente, el actual modelo del *ombudsman* sueco consiste en una estructura formada por cuatro *ombudsman*, tres *ombudsmanen* para diversas ramas de la omnicompreensiva función controladora de las administraciones, y uno en jefe, a lo que Ferdinand Kop llama "una tribuna apoyada por la opinión pública"; pero de ninguna manera se puede considerar equivalente a la estructura orgánica de la CNDH. Ferdinand Kop, citado por Retuerto, Margarita, *El ombudsman en Iberoamérica*, San José, Costa Rica, versión estenográfica de sus palabras en la apertura del Curso de Verano de 1993 del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<sup>11</sup> Conviene la lectura de Roccatti V., Mireille, "Alcances y perspectivas de los organismos públicos de derechos humanos", en varios, *Derechos humanos. Reflexiones, op. cit.*, pp. 48 y ss.

es una contribución del *ombudsman* mexicano que ha recibido eco en algunos países de la región de América Latina.

e. La facultad de procurar la conciliación, cuando la naturaleza del caso lo permita, es en esencia uno de los rasgos más característicos del espíritu del *ombudsman* contemporáneo, porque potencia un "diálogo reforzado" entre el individuo y el Estado, en una relación que comúnmente arroja saldos disparejos, que la elasticidad de la intervención del *ombudsman* trata de resolver o atenuar; aunque ciertamente algunos modelos contemplan la mediación en sus estatutos, otros la omiten —por ello es un rasgo convencional—, pero la mayoría la ejercitan de hecho, creando un antecedente positivo a su futura cristalización legislativa: la LCNDH mexicana lo establece claramente en el artículo 6o. de la fracción VI.

f. El sistema establecido para el nombramiento del titular y el de los miembros del Consejo Consultivo, bajo un esquema de tipo "mixto" que en realidad corresponde al Ejecutivo con la simple ratificación del Senado (o la legislatura en las entidades federativas), es el reflejo de una distorsión de la adaptación del *ombudsman* (figura nacida en el parlamentarismo, bajo la elección del titular mediante alto quórum), cuando ha sido implantada en el presidencialismo, en el cual es el jefe del Estado quien escoge y somete al candidato a la aprobación del Senado en un trámite salvado sin problemas o, dicho de otro modo, con una escasa participación del Legislativo. Caben algunas matizaciones, por ejemplo, el caso de la CDHDF que estableció un sistema con una mayor participación del órgano legislativo capitalino.

Un dato que resulta del todo interesante, es la confirmada tendencia del incumplimiento cabal del mandato del titular de la CNDH por sus dos primeros presidentes y, en ambos supuestos, para aceptar la invitación del Ejecutivo a formar parte de su gabinete con el encargo de procurador general de la República.<sup>12</sup>

Podríamos abundar en cuestiones de menor calado que constituyen singularidades del *ombudsman* mexicano, pero lo que interesa a esta reflexión es atisbar sobre el tipo de control que ejerce la CNDH de frente al derecho comparado.

<sup>12</sup> Cabe matizar que en el caso del doctor Jorge Madrazo, técnicamente su responsabilidad al frente de la CNDH estaba a punto de concluirse (escasos 30 días naturales).

## II. LOS MODELOS MÁS REPRESENTATIVOS DEL *OMBUDSMAN* CONTEMPORÁNEO, EN CUANTO AL CAMPO DE SUPERVISIÓN QUE EFECTÚAN SOBRE EL ESTADO Y SUS AGENTES

### 1. *El modelo parcial*

Mientras el modelo del *ombudsman* francés (el *médiateur* de la República) y el modelo para la familia angloamericana (comisionado parlamentario inglés), se especializan en la defensa de los intereses ciudadanos en la modalidad de interferencias de bajo y medio perfil (molestias, omisiones y excesos de los servicios públicos en forma de perjuicios para el ciudadano), es decir aquellas innumerables situaciones que son conocidas como *maladministration* y que evidentemente ocurren en detrimento del ciudadano receptor de algún servicio público (toda clase de desatenciones, dilaciones, errores de consideración, etcétera).

Sin embargo, ni el *médiateur* ni el comisionado parlamentario inglés intervienen ante una verdadera afectación de derechos fundamentales por parte de la administración; pues en el caso del modelo inglés, el dogma del *rule of law* hace suponer que cualquier causa de estas afectaciones encuentra una inmediata tramitación por la vía jurisdiccional; es decir, el juez sería el competente en exclusivo.

Algo similar acontece, sin marcarlo del todo la experiencia del *médiateur* francés.<sup>13</sup> Y probablemente nos confirma tal aseveración el hecho de que ambos modelos establecen un filtro para recepción de las quejas: el ciudadano tiene que acudir al *ombudsman* a través de los respectivos parlamentarios (diputados de su demarcación territorial), lo que permite intuir que la prioridad de su cometido no era para casos de la urgencia que una violación a los derechos esenciales supondría, sino más bien expone que el comisionado parlamentario inglés, como el *médiateur*, fueron concebidos para aliviar las incomo-

<sup>13</sup> Sus informes anuales lo denotan y lo recuerda la polémica que en su día levantara su instauración en 1973, discusión que centraba su argumentación en la inutilidad que representaba su creación (la del *médiateur*), pues se decía, venía a duplicar a las técnicas del *Conseil d'Etat* (el recurso de exceso de poder y el contencioso administrativo), mismas que tampoco revisten una directa salvaguarda de los derechos fundamentales, sino a otra clase de derechos ciudadanos lesionados por la maquinaria del poder público. Sobre la polémica creación del *médiateur*, se recomienda la consulta de Lindon, Raymond y Daniel Amson, "¿Un *ombudsman* en Francia?", *Juris Classeur Périodique (la semaine juridique)*, París, núm. 18, 29 de abril, 1970, además se puede citar a dos de los miembros de la doctrina francesa, exponentes de su total rechazo a la fórmula estilo *ombudsman*: Roland Dragó seguido por Nicole Questiaux en la obra de Rowat, Donald C. et al., *El ombudsman*, México, FCE, 1973, pp. 286 y ss.

dades producidas por la atención o desatención burocrática que el ciudadano encuentra a su paso, en su diaria y nada sencilla relación con la administración pública, una relación plagada de contratiempos e impotencias. Esto, en el caso del *médiateur*, ha encontrado un ligero retroceso, al haberse instituido la intervención por equidad, que refleja cuan modesta era la competencia del *ombudsman* francés, por ello hemos clasificado a estos dos modelos equivalentes por su competencia parcial, volcada a la denuncia y reconversión de la administración defectuosa en perjuicio del ciudadano en términos generales, pero no comprometida con la protección de derechos fundamentales (derechos esenciales, urgentes e irreparables).

La evolución del comisionado parlamentario inglés y la del *médiateur*, empero, han sido modestas, el *médiateur* alcanzaba su constitucionalización apenas en 1992, casi veinte años después de su instauración mediante ley secundaria, y el comisionado parlamentario inglés ha ido añadiendo supuestos de *maladministration* al grado de dejar de ser simples molestias, si no, en algunos casos, verdaderas afectaciones a derechos subjetivos públicos, aunque persiste esta tendencia de ver el asunto con reserva, de cara al dogma de la *rule of law*.<sup>14</sup>

## 2. El modelo bifrontal

El modelo español en la figura del defensor del pueblo se caracteriza por su competencia integral (de método bifronte), así el *ombudsman* es un órgano del Estado en su conjunto, de relieve constitucional y auxiliar de aquélla para la protección y defensa de los derechos fundamentales, y a la vez un Alto Comisionado de las Cortes Generales (del Poder Legislativo), para efectuar el control ordinario de la actuación de la administración pública que desemboca hacia la ciudadanía. Si se observa, son dos cosas absolutamente compatibles pero distintas a la vez, efectuadas por un órgano dotado de independencia funcional y de criterio.

En el primer ámbito de su cometido, efectúa un verdadero control de aquellas actuaciones del Estado, que constituyen una vulneración a la tabla de derechos y libertades públicas consignadas en la carta magna, procediendo tanto de oficio como a excitación de parte ofen-

14 En ese sentido y con dureza, se expresa Francisco Astarloa Villena, afirmando que tales soluciones estilo *ombudsman* (la francesa y la inglesa) "no son, en el sentido nordeuropeo de la palabra, un auténtico *ombudsman*". *El Defensor del Pueblo en España*, La Palma, 1994, pp. 11 y ss.



didada, intentando la rectificación de la actuación de la autoridad pública, que hubiera, en sentido activo como en pasivo, afectado el ejercicio de derechos subjetivos públicos en general (enfaticando en los derechos fundamentales, sin descuidar a los demás).

Y en la otra faceta de la actividad competencial, el defensor del pueblo español viene a ejercer de oficio la supervisión del funcionamiento ordinario de la administración, en aquellas múltiples situaciones en que el trámite de la oficina pública irá directamente a repercutir a la ciudadanía en su conjunto o a determinado sector de aquélla (cuestiones como solicitar se revise la planeación de una obra pública susceptible de afectar a una población; recomendar al Estado a contemplar condiciones de acceso en la vía pública y en las instituciones de enseñanza pública para los discapacitados; ejercitar sus facultades de allegarse cierta clase de documentos clasificados para emitir una opinión, en un caso que suscite interés nacional; emitir una recomendación a ciertas modalidades de los servicios de telefonía ante la accesibilidad directa —sin que el usuario lo contrate como servicio especial— a comunicaciones consideradas de contenido no apto a menores y de tarifa especialmente elevada, etcétera.<sup>15</sup>

El defensor del pueblo cumple así, además de la específica intervención a favor del derecho subjetivo público lesionado o tendencialmente lesionable (lo que amplía el abanico de supuestos de investigación para el *ombudsman*), una medida de control que venga a reforzar la protección del interés ciudadano, tanto en el plano individual como en el plano general, ya que de tales incursiones del defensor del pueblo (de ambas) no sólo se obtiene, en lo posible, la reparación o compensación del bien jurídico tutelado en los casos concretos, sino que la contribución de su labor se eleva al plano de lo abstracto, y de ella se desprende un catálogo de la tipología de disfunciones y prácticas erráticas en que suele incurrir la administración y sus agentes, en perjuicio seguro o probable de la ciudadanía.

Así, al momento de acudir ante el Parlamento a presentar el informe anual de su actividad, hace una doble reflexión a la nación ahí representada: de un lado, objetiva una análisis de las actuaciones

<sup>15</sup> Puede verse la infinidad de recomendaciones giradas a los alcaldes, presidentes de comunidades autonómicas y al gobierno (misterio competente) en los anales de los informes del defensor del pueblo español, publicados por las Cortes Generales, y resulta conveniente la obra de Aguilar Rodríguez Hontoria, Jaime, "A propósito del defensor del pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares", varios, *Las Cortes Generales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Colección de Estudios Jurídicos, 1987, t. VI, pp. 337-444.

de la administración pública que entrañaron la violación de derechos y libertades públicas fundamentales y, en lo general, la manera en que fueron atendidas por las autoridades responsables. Además, realiza un diagnóstico de funcionamiento de los servicios públicos que impactan negativa y directamente a la ciudadanía, adjuntando sugerencias o vías alternativas para su reconducción, si lo considera pertinente. Lo importante, es que expone la verdad —que su calificado oficio técnico, respaldado por la independencia orgánico funcional y de criterio de su *status*, le otorgan—, que deja en las manos de la soberanía popular (el poder constituido básico, el Legislativo).<sup>16</sup>

El informe del *ombudsman* contiene las fuentes de una información privilegiada, para que en lo sucesivo se proceda a la determinación de las responsabilidades políticas, que correspondan por las distorsiones detectadas de los servicios públicos. Lo que nos permite concluir que el *ombudsman* no es un verdugo de la administración, sino un colaborador externo de aquélla. Jamás podrá devenir en una marioneta o en un dragón, punto de equilibrio de su actuación.<sup>17</sup>

Mientras tanto, en ambas latitudes de la América Latina (México y la Argentina),<sup>18</sup> la prioridad lo sigue siendo la defensa enérgica y puntual de los derechos humanos (dentro de la amplísima concepción de éstos, los derechos fundamentales) pues nuestra historia ha dejado claro que no se puede vislumbrar la democracia constitucional sin un respeto presumiblemente efectivo de aquéllos. Una visión del

16 Así se le llama en el parlamentarismo al Poder Legislativo, porque de él se forma el gobierno que cumple la función ejecutiva.

17 Fairén Guillén, Víctor, "El *ombudsman* en México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con recuerdos comparatistas", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995, pp. 1-34.

18 No es lícito olvidar la complejidad del entorno latinoamericano y la paralela relación que guardan la pobreza extrema con la violación sistemática de los derechos humanos, recientemente se comunicaba que de los 5 mil 700 millones de personas que poblamos el planeta, mil 500 millones de personas sobreviven actualmente bajo condiciones de pobreza, con ingresos de menos de un dólar al día, y la cifra del ejército de pobres en el mundo va en aumento cotidianamente (cada año se suman a este "ejército de miserables" 25 millones más): Despouy, Leandro (relator especial), *Informe final sobre los derechos humanos y la extraña pobreza*, Consejo Económico y Social de la ONU, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 48o. periodo de sesiones, 28 de junio, 1996, pp. 3 y ss. Citado por Madrazo Cuéllar, Jorge, *El ombudsman y su relación con los derechos humanos, la pobreza y el desarrollo*, versión stenográfica de sus palabras en el VI Congreso del International Ombudsman Institute. En similar sentido conviene la lectura de la obra completa de Kaplan, Marcos, *Aspectos del Estado en América Latina*, México, 1981, citado por Rudolf Horn, Hans, *Las deudas públicas y su encuadramiento constitucional en México y Alemania*, Salamanca, versión stenográfica de su ponencia en el I Congreso Europeo de Latinoamericanistas, 26-29 de junio, 1996.

*ombudsman* huidiza, de esta preocupación central, sería un dislate y hasta una solución exótica, pienso en una figura que decidiera aplicarse en exclusivo a aliviar las consabidas molestias de la *maladministración*, que sin lugar a dudas agobian al ciudadano de a pie de nuestras sociedades; se requería además un mecanismo más ambicioso, más contundente e incluso más formativo de la conciencia de tales derechos, y de la lógica de vivir en democracia que no ha sido un asunto del todo resuelto en nuestros países (México y Argentina), aunque se dan prometedores pasos.<sup>19</sup>

### III. EL MARCO DE ACTUACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ARGENTINO DE ÁMBITO BIFRONTAL

#### *El diseño del órgano y su cuadro de competencias*

Básicamente, el defensor del pueblo de la Argentina y la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, coinciden en potenciar una cruzada en favor de los derechos fundamentales; ciertamente el modelo argentino es un órgano constitucional regulado directamente por la Constitución, y está previsto, con esa doble vía, que le permite además de la defensa de los derechos humanos (concepción integral), la supervisión de la administración en su funcionamiento ordinario, que pudiera lesionar a aquéllos, y es por esto que su campo de actuación es más amplio o, mejor dicho, menos recortado por su propio estatuto constitucional y legal. En el artículo 86 de la Constitución vigente de la Argentina, así fue plasmado en el lienzo normativo:

El defensor del pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la nación, que actuará con plena autonomía, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

Su misión es la protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El defensor del pueblo tiene la legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su encargo cinco

<sup>19</sup> Respecto del caso mexicano, conviene la consulta completa de Cárdenas Gracia, J., *Transición política y reforma constitucional en México*, UNAM, 1994.

años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán reguladas por una ley especial.

Podría argüirse que el Constituyente argentino se extiende al incluir especificidades que podría —sin perjuicio para el trazo esencial de la figura en la Constitución— haberlos remitido para su desarrollo por el legislador ordinario. Sin embargo, en otra interpretación, es de anotarse el afán del Constituyente de culminar el perfil de la solución estilo *ombudsman* de la Argentina y, en consecuencia, sólo le entrega al Legislativo las cuestiones inherentes a la organización y el funcionamiento de la institución, obligándolo a respetar el contenido esencial de sus rasgos definitorios, al momento de redactar la ley especial (una que a su vez requiere de votación en alto quórum, no de simple mayoría).<sup>20</sup>

Sin embargo (y desafiando al presidencialismo argentino), la experiencia del *ombudsman* argentino, tras su actual estatuto, ha sido del todo exitosa. El doctor José Luis Maiorano, encabeza una institución que se apresta con resultados a despejar cualquier incógnita sobre el papel del defensor del pueblo y su soluble adaptación a fungir como un medio para fortalecer la República.<sup>21</sup>

#### IV. EL OMBUDSMAN MEXICANO: UN CONTROL CONDICIONADO Y LIMITADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

##### 1. *El rango del órgano*

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, órgano constitucional mediato, cuya creación como entidad pública federal (bajo el modelo de un organismo descentralizado) es efectuada por la Ley de la CNDH, acto fundamentado en la redacción, en sentido abstracto, del artículo 102 "B" de la carta política; numeral que a su vez señala a las legislaturas estatales establecer organismos similares para el ámbito de su respectiva jurisdicción: nuestros *ombudsmanen*

<sup>20</sup> Maiorano, Jorge Luis, Antonio Carta y R. Vanossi, *El defensor del pueblo en la República Argentina*, Buenos Aires, Fundación Frederick Ebert, 1991; Maiorano, Jorge Luis, "¿Es el *ombudsman* judicial un medio para fortalecer la administración de justicia?", *El ombudsman judicial: perspectivas internacionales*, CNDH, 1993.

<sup>21</sup> No es fortuito el hecho de haber sido Buenos Aires la sede del VI Congreso Internacional del *Ombudsman*, octubre de 1996.

para un ámbito territorial reducido en consonancia con la noción del Estado federal.

Así fue introducida la inspiración del *ombudsman* en México, y de la citada previsión constitucional (102 "B") se colige la finalidad de crear un sistema nacional de figuras emparentadas con el *ombudsman*, compuesto por treinta y tres organismos públicos: la institución de carácter federal (la CNDH) una para el Distrito Federal (CDHDF) y los de cada una de las entidades federativas. Todas constituidas hasta la fecha y en el camino de su consolidación institucional: proceso rico en matices.<sup>22</sup>

Aunque el peso de la inercia del esquema federal favoreció la reproducción del molde en la configuración de la mayoría de los *ombudsmanen* locales; desafiando esta tendencia, por ejemplo en cuanto al diseño de su naturaleza orgánica, el *ombudsman* del Estado de México fue planteado como un "organismo autónomo de carácter permanente" (artículo 2o. de la LCDHEM).

## 2. *Los aspectos de ese control condicionado y limitado*

Hemos titulado un control condicionado de la administración pública, ceñido a la presunta violación de los derechos humanos, por varias razones: la primera la establece su método de intervención: el desencadenante de su actuación —tanto por la vía oficiosa como a instancia de particular— es y siempre será bajo la fundada presunción de una violación a algún derecho subjetivo público, algo distinto a

22 No se puede afirmar que las figuras locales funcionen a un ritmo satisfactorio, a su corta edad, existen datos, antecedentes de la reproducción por ellas (comisiones locales) de los consabidos vicios de las administraciones públicas (nepotismo, despido de visitadores adjuntos por decisión arbitraria del presidente, absoluta cercanía con el Ejecutivo local y hasta lo que es peor, utilizar el encargo, el titular, para ir a ser propuesto por un partido político a la contienda electoral, abandonando a la institución antes de su mandato, etcétera, situaciones que confirman la posible precipitación en la configuración de un modelo así trazado; no obstante, se dio marcha al proyecto, mientras, paralelamente, hasta se llegó a decir que si no funcionaba, se regresaría a la fórmula centralista de crear delegaciones para las entidades federativas; y lo más sorprendente: se hizo saber que en algunas entidades federativas existían serias dudas de su eficacia hacia el futuro; conviene recordar las palabras de Jorge Carpizo: "se procedió a crear un sistema descentralizado del *ombudsman* en México, que opera un tanto a prueba [...] no se puede desconocer que actualmente en algunas entidades federativas existe escepticismo respecto a la imparcialidad y eficacia de las respectivas comisiones locales", Carpizo, Jorge, Discurso pronunciado en la ceremonia de entrega de los expedientes de quejas a cuatro de las Comisiones Locales de Derechos Humanos, México, 27 de febrero, 1992 (versión estenográfica de sus palabras), y volvió a insinuarlo en la obra *Análisis del artículo 102 "B" de la Constitución*, México, CNDH, pp. 75 y ss.

ejercer un control ordinario sobre la administración, en todas y cada una de las cavernas y zonas de la burocracia, en las que se desarrolla una actividad que tendrá un posible —no presunto y fundado— impacto en la ciudadanía, y además bajar a la tupida red, capilarmente tejida, de las relaciones ordinarias del ciudadano con la cosa pública, en cualesquiera de los niveles de gobierno (vigilando vulneraciones concretas o hipotéticas, posibles afectaciones de toda intensidad en el termómetro de la urgencia y la irreparabilidad del rango de los derechos subjetivos públicos, puestos en riesgo).

Sin embargo, sí se le puede considerar como un rango de control ordinario a la pionera y excepcional posibilidad de la CNDH de acudir sin previo aviso a inspeccionar las prisiones llamadas centros de readaptación social, que es una competencia que marca la excepción a la regla de su puesta en marcha, campo en el que, dígame de paso, su labor ha dejado enormes beneficios para la obtención de un mejor tratamiento de los reclusos (que continuamente se amotinan por otras razones) y la concesión de beneficios que de conformidad con la legislación penal mantenía en privación de libertad a quienes podían merecer aquéllos con reducción de la pena e inclusive tratándose de nuestro colectivo indígena; la intervención del *ombudsman* nacional (federal y estatal) ha logrado la inmediata puesta en libertad de quienes se encontraban privados de libertad por procesos judiciales nebulosos o irresueltos, indefinidamente, sin una causa jurídicamente explicable.<sup>23</sup>

#### A. *Limitaciones más que límites*

En su actual estatuto jurídico (artículo 102 "B" y LCNDH) persisten algunas ataduras a su competencia integral de *ombudsman*, como entidad externa a la administración que supervisa (unas explicables, otras cuestionables y otras superables al rumbo de la reforma integral del Estado);<sup>24</sup> de un lado, la competencia que de origen le

<sup>23</sup> Conviene ir al impresionante fondo editorial que a su corta vida ha formado la CNDH, cumpliendo con el espíritu de su función de divulgación del contenido esencial de los derechos humanos (etapa propedéutica) y las distintas herramientas destinadas a su protección. Sobre el particular véase: *Propuesta y reporte sobre el sistema penitenciario mexicano*, CNDH, 1991, p. 65; *Aspectos reales de los centros de reclusión en México*, CNDH, 1993, p. 30; Sarre Íñiguez, Miguel, *La defensa de los derechos humanos como garantía de orden en el sistema penitenciario mexicano*, CNDH, 1994 (tríptico de 10 páginas). Infinidad de reportes y artículos en la colección de 76 números de la *Gaceta de la CNDH*, publicada hasta la fecha.

<sup>24</sup> Pero sí se pueden conectar, en gran parte a la radical objeción de la SCJN

entrega el Constituyente Revisor de 1992, es de gran amplitud “organismos de protección de los derechos humanos que otorga el ordenamiento jurídico”,<sup>25</sup> lo que de inmediato encuentra angosturas, o la determinación de una concepción reduccionista de sus potencias de supervisión efectivas.

Y así expresada la razón jurídica de su previsión en sentido abstracto, continúa: “Los que conocerán de quejas en contra de actos y omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público [...] con excepción de los del Poder Judicial de la Federación que violen estos derechos”.

Después, explica la naturaleza de sus resoluciones: “Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas”; para finalmente fijar más restricciones “Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales”.

#### B. *Limitaciones al campo de la administración de la justicia federal*

a. No podrá conocer de las actuaciones de cualquier Tribunal federal, negativa expresa que no distingue las de carácter administrativo de las de carácter jurisdiccional o de fondo (de estas últimas, lógicamente le estaría vedado conocer por antonomasia), es decir, la administración de la justicia federal está inmunizada de ser supervisada por una entidad externa a aquélla, dejando el “fleco” de un sin fin

que gravitó la configuración de la “constitucionalización de la CNDH” durante el trabajo del Constituyente Revisor de 1992. Los argumentos sustento de la posición de la Suprema Corte, descansaron principalmente en dos premisas. La primera invocaba la causa de la doble naturaleza de la función del Poder Judicial de la Federación, al desempeñarse concurrentemente como depositario de jurisdicción constitucional (como un órgano de control y defensa de la Constitución); la segunda, planteada desde la perspectiva del principio de la separación de los poderes, llevaba implícita una directa alusión a la vinculación formal de la CNDH con el Poder Ejecutivo; por haberse confeccionado primero como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y más tarde, tras la modificación de su estatuto de origen, haber sido diseñada como un organismo descentralizado, si bien dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, aún así, ligado al Poder Ejecutivo por la fórmula establecida para el nombramiento del titular y el de los miembros de su Consejo Consultivo.

<sup>25</sup> Otorga (debió decir ‘reconoce’ o ‘establece’ en el sentido positivista del término) el orden jurídico mexicano, uno de los signos de la infeliz redacción del artículo 102 “B”, que se corrige en la LCNDH, que en interpretación extensiva se refiere al universo normativo, tanto constitucional como al establecido en la legislación secundaria, y claro está en los tratados y convenciones internacionales, suscritos conforme a ella.

de arbitrariedades (que impliquen violaciones a los derechos humanos de los justiciables) susceptibles de ser cometidas por los juzgados de Distrito y los tribunales unitarios (en los supuestos en que administran justicia, con la excepción de la materia de amparo; lo que la doctrina reconoce como "jurisdicción común ordinaria").<sup>26</sup>

Es necesario explicar que de ninguna manera resuelve tal situación la reciente creación del Consejo de la Judicatura (órgano de autogobierno del Poder Judicial federal que ha de resolver de las adscripciones, remociones, licencias, establecer, por fin, la carrera judicial anhelada por el personal judicial federal, y esto para aligerar o descargar de esas funciones administrativas al Poder Judicial, y para trasparentar dichas decisiones de afamada corruptela *ab intra*; paradójicamente, dicho Consejo tampoco puede aliviar la carga de ese tipo de decisiones de la SCJN, por otra interpretación sesgada de la antigua Corte que prevalece en la actual, y que parece estacionaria.

b. Tampoco lo podrá hacer respecto de los asuntos de carácter electoral. La negativa a entrar en el delicado terreno de lo electoral, por cuanto acaparaba y lo sigue haciendo —la centralidad política del debate de los actores políticos del país— fue entendible en su momento como una excepción aceptable; luego, el Consejo de la CNDH resolvió mediante una interpretación razonable que, en tal caso, si la violación a los derechos cívico-políticos de un ciudadano ocurriera durante la celebración de la jornada electoral, la CNDH podría actuar de inmediato antes de que los órganos electorales resolvieran el asunto, para no contravenir a la taxativa constitucional; ahora que, como tendría que haber sido, la jurisdicción electoral pasará a manos del Poder Judicial federal,<sup>27</sup> tendrá que atenderse a la frontera que existe

26 Es decir, de la jurisdicción común ordinaria, excluyendo al amparo considerado como una de las vías de la jurisdicción constitucional, véase Rojano Esquivel, José Carlos, "Competencia de las Comisiones Locales, por actos administrativos de los órganos jurisdiccionales", *Gaceta*, CNDH, núm. 60, pp. 31-40. En resumen, la taxativa redacción del 102 "B", impide al *ombudsman* el eventual conocimiento de cualquier acto del Poder Judicial federal, inclusive los de carácter administrativo que conculcan derechos fundamentales. La muralla tiene fundamento jurídico, absurdo a todas luces, pero grabado con las letras del Constituyente, y por ende de obligatoria observancia. Pero en esa línea es contradictoria, pues obstruye la competencia general atribuida al *ombudsman* (CNDH), para la protección de los derechos humanos que reconoce el orden jurídico (se entienden incluidas las que contiene la primera parte de la Constitución), dentro de ellas la tutela judicial efectiva que establece el artículo 17 de la misma Constitución. A propósito, puede consultarse una interpretación extensiva de la tutela judicial efectiva en Gil-Robles, Álvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996 (Col. Cuadernos y Debates, núm. 62).

27 Se había ocupado de señalar esta cuestión —la jurisdicción de lo electoral en manos del Poder Judicial— como un aspecto necesario dentro de la amplia dedicatoria



en los actos ocurridos durante la celebración de la jornada electoral (que organiza una institución formalmente autónoma, el IFE).<sup>28</sup>

Y los que tengan el carácter de actos poselectorales de carácter procedimental electoral (impugnables ante los tribunales de lo electoral) a los que se extiende la negativa por las razones arriba expuestas.

c. No podrá conocer de las actuaciones de naturaleza jurisdiccional o de fondo de los tribunales de carácter federal (lo cual es absolutamente lógico, este y no otro es el sentido de la independencia judicial *ad intra* de las jerarquías o instancias de la pirámide judicial federal y *ad extra* de cualquiera de las otras funciones públicas del Estado). No obstante, su repercusión hizo peligrar la solución para el nivel de las entidades federativas; fue motivo de una voluntariosa interpretación por los tribunales del plano local que forzaron la reproducción de la negativa a las comisiones locales, en lo referente a los asuntos de carácter judicial en términos absolutos; asunto que se ha zanjado mediante una reinterpretación correcta del artículo 102 "B" y, actualmente, los tribunales superiores de justicia de los estados, han aceptado que sus actos de naturaleza administrativa sí pueden ser conocidos por las comisiones de derechos humanos estatales y la federal, vía recurso.

que hace a la concepción de la justicia federal, Moctezuma Barragán, J., *José María Iglesias y la Justicia Electoral*, UNAM, 1994; en similar sentido, Cárdenas Gracia, J., *Una Constitución para la democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

<sup>28</sup> La institución denominada IFE ha tenido una evolución paralela en el tiempo a la de la CNDH, y desde el punto de vista estrictamente técnico, son dos entidades públicas, de aquellas que según la doctrina (de Alessandro Pizzo-Ruso), forman parte del Estado en su conjunto, y que realizan una actividad técnica del Estado, que no estrictamente política (coadyuvar, vigilar, revisar a los órganos troncales del Estado, como lo recuerda García Pelayo, Manuel, en "El *status* del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales; Pizzo-Ruso, Alessandro, "Organizzazione de pubblici poteri", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1981, t. XXXI, pp. 153-155. La construcción del IFE y su nueva faceta—fruto del primer punto de la reforma del Estado— revela que el Constituyente revisor se inclinó por la tendencia de convertirlo en una entidad autónoma, siguiendo la amplísima dedicatoria que sobre el particular expone Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, pp. 248 y ss.

3. *Limitaciones a la administración de la justicia federal (formalmente administrativa, pero materialmente jurisdiccional)*

Dice el 102 "B": no podrá conocer de los asuntos laborales, en lo atinente a los asuntos de lo laboral (cabe distinguir la fase conciliatoria de dichos conflictos y la que procedimentalmente se sigue hasta la emisión de la resolución), dada la singularidad de la conformación de carácter tripartito de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que se debe a una concepción *sui generis* del significado de la justicia laboral, se ha llegado a decir que no podría la CNDH intervenir, dado que en tales supuestos (si el patrón es el Estado) se encuentra en un plano de igualdad con el ciudadano justiciable, por la presencia de la representación de los trabajadores y de los patronos al seno de la Junta; pero si se atiende a una exégesis estricta, dichas juntas son tribunales formalmente administrativos, aunque materialmente jurisdiccionales, y cabe la interpretación que con habilidad Fix-Zamudio comentaba "la negativa constitucional se refiere a aquellos actos de carácter jurisdiccional", por lo que deducimos que los actos administrativos de tales tribunales especializados deberían ser susceptibles de ser calibrados por el *ombudsman*.<sup>29</sup>

De cualquier modo, ha operado la reticencia de las Juntas por la ambigua redacción del 102 "B", que nos conduce a la semántica composición tripartita de aquéllas, que finalmente también suelen retrasar la justicia laboral, venderla o interrumpirla, etcétera (aspectos clasificables como de carácter administrativo de la disfunción de la justicia), sin que sea posible al *ombudsman* mexicano penetrar en ese dique, que desde luego, jamás intentaría calificar un laudo.

Con esta línea de interpretación, en cambio sobre los Tribunales Agrarios, el Consejo de la CNDH afirmó su competencia para fiscalizar la conducta de aquéllos, se entiende la de carácter administrativo (acuerdo núm. 3 de 1992), dado que su naturaleza es idéntica a la de los anteriores, formalmente administrativa y materialmente jurisdiccional, lo cual es muy grato apuntar para construir un campo menos estrecho al *ombudsman* mexicano.

<sup>29</sup> Véase la obra completa que cuidadosamente recoge las ponencias del encuentro internacional "El *Ombudsman* Judicial. Perspectivas Internacionales": *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, CNDH, 1993. Resulta prioritaria la consulta de la ponencia de Héctor Fix-Zamudio.

### *Limitación para acceder a la justicia constitucional*

No le fue concedida la legitimación procesal para ejercitar la acción de inconstitucionalidad que, por fin, tiene efectos *erga omnes* (novedosa entre nosotros y tardía). Está de más añadir que el *ombudsman* es un instrumento complementario de las técnicas de corte jurisdiccional constitucional (la acción de amparo y la acción de inconstitucionalidad), el *ombudsman* es un mecanismo que protege los derechos esenciales por otra vía, la extrajurisdiccional, sin pretender sustituir ni opacar a las otras, sino simplemente contribuyendo a cerrar en conjunto la bóveda omnicompreensiva del bien común de la justicia. Y para enfatizar el reclamo, en cambio, sí le fue concedida tal legitimación procesal al procurador general de la República, quien a su vez es el superior jerárquico del Ministerio Público Federal, que en algunas de sus facetas actúa como representante de la sociedad (aunque aún ligado al Ejecutivo).

Otra tendencia que en paralelo persiste, y al parecer se fortalece y tácitamente recorta el universo de actuación del sistema nacional del *ombudsman* en su competencia bifrontal, es la creación sucesiva de organismos de tipo sectorial, que en ningún caso constituyen un *ombudsman* en sí mismos, y de proseguir la dinámica podría devenir en una dispersión de entidades (de instituciones de autocontrol), por estar engarzados dentro de la galaxia de entidades de la administración pública que preside el Ejecutivo.

En realidad, se trata de instancias creadas para paliar deficiencias de gestión gubernamental ante ciertos colectivos de nuestra nutrida y variada sociedad, lo cual es atinado, pero su creación jurídica tampoco ha sido pareja ni su *status* como entidades públicas: en algunos casos, con previsión constitucional y, en otros, con base infraconstitucional.

Por ejemplo, así fue creada la Procuraduría Agraria, mediante reforma constitucional del artículo 27, fracción XIX; y después la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Desarrollo Social (Reglamento interior de 4 de junio de 1992), así como la Procuraduría de Asuntos Indígenas, como parte de la reforma del artículo 4o. de la Constitución. Recientemente, hay que lamentar la aparición de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, instancia creada por decreto del Ejecutivo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de junio de 1996, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud.

Afirmo: posiblemente es indeseable tal institución, si con ello se pretende cercenar (tácitamente) a la CNDH de conocimientos en primeros planos de las violaciones a los derechos humanos que se registren en esta materia, porque al observar las estadísticas de los primeros seis años de labor de la CNDH, salta a la vista la importante cifra que obtienen las quejas por negligencia médica o fallos graves, en general imputables a las instituciones encargadas de proporcionar la asistencia y el tratamiento de la salud pública, rama de la actividad del Estado que debe ser vista como un servicio público prioritario; lo preocupante del caso es que la CONAMED pudiera sugerir la falsa idea de crear una especie de *ombudsman* sectorial para esta rama de la administración pública, que procura la atención de valores irreparables como son la vida y la salud de los ciudadanos, y con ello a continuar este listado de entidades que no pueden sustituir al *ombudsman* nacional o estatal de su competencia. Si la CONAMED se mantiene como un simple autocontrol —por lo ineficaces que suelen serlo— tendrá la ocasión de demostrar su justificación, pero nunca podrá suplantar la competencia genérica de la CNDH sobre las quejas de esa actividad del Estado.

Acaso, como se ha venido construyendo de hecho y de derecho entre las entidades arriba señaladas y la CNDH, unas relaciones de colaboración institucional que, en su caso, permiten (o intentan) un tratamiento adecuado de la queja y la seguridad del bien jurídico lesionado o a tutelar.

Debe aclararse en otras palabras, que el *ombudsman* no puede sustituirlas, mucho menos si aquéllas emiten resoluciones coercitivas (algunas de ellas); pero sí debe ser competente para turnar la queja al organismo especializado y vigilar el seguimiento del asunto hasta su conclusión y, en su caso, emitir recomendación al mismo, lo que no deja de ser engañoso en algunos supuestos en los que dichas entidades serían incapaces de aplicar sanciones a la autoridad responsable (multas, etcétera), porque el sentido de la agilidad del servicio de un *ombudsman* y la elasticidad de su intervención prevista de un procedimiento flexible y rápido, se contrapondría con ir a revisar lo que una instancia sin *imperium* ha hecho antes que ella; para el ciudadano afectado se alargaría la obtención de su pretensión, perjudicándolo doblemente. Y esto especialmente en el caso del seudo *ombudsman* de la salud (CONAMED) que se aproxima sin éxito al *ombudsman* sectorial de Inglaterra.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Véase el capítulo de la obra de Gil Robles, Álvaro, en el que hace alusión al *ombudsman* sectorial: "El control parlamentario de la administración", *op. cit.*

Esta proliferación de entidades especializadas (autocontroles del propio Ejecutivo), que no son capaces de aplicar medidas por la vía de la fuerza pública o cualquier otra tipología de correctivos, etcétera, sólo genera una suerte de *ombudsmanía* previsiblemente condenada al fracaso.

Otro campo que cautelosamente el Constituyente Revisor de 1992, y el legislador del mismo año (en la CNDH) no menciona ni como limitación ni muy claramente por *sensu contrario*, como ámbito de supervisión de la CNDH, es el de incursionar por el terreno de la administración militar que también forma parte de la administración del Ejecutivo, aunque ha gozado siempre de una autonomía interna absoluta; sabido es que los únicos límites a la competencia de un *ombudsman* en el territorio militar son: los asuntos de estrategia, logística e inteligencia para fines de guerra, los referentes al código que preceptúa la jerarquía y el mando de las corporaciones y los relativos al adiestramiento y disciplina que, dado su cometido, suele ser enérgica y rígida, de alta moral patriótica, pero que con frecuencia llega a ser excesiva, al grado de poner en riesgo la salud y hasta la vida del "ciudadano en filas".<sup>31</sup>

Como la doctrina lo señala, estas anteriores restricciones a cualquier *ombudsman* frente al mundo castrense, no le impiden conocer por una razón a quienes tienen con el Estado una relación de sujeción especial ni mucho menos la supresión total de los derechos humanos del ciudadano en filas. El ciudadano que, independientemente al rango, sirve al Ejército, guarda con el Estado una relación "de sujeción especial"<sup>32</sup> (parecida aunque con sus variantes: al personal de las corporaciones policíacas, a los reclusos cumpliendo una sentencia, a los enfermos de un hospital psiquiátrico del Estado, etcétera).

Sobre las relaciones de sujeción especial, regresando al miembro del Ejército (como ejemplo), por su vocación castrense y su compromiso con la custodia de la soberanía, ocurre por su voluntad la

31 Frase de Napione, autor clásico del tema: *ombudsman* contemporáneo.

32 Sobre las relaciones de sujeción especial, véase la excelente tesis de López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas-Universidad de Córdoba, 1994.

modulación del ejercicio pleno de algunos de sus derechos esenciales, como la libertad (por jornadas prolongadas de guardia y orden de reclutamiento, etcétera), pero de ninguna manera se pueden comprometer valores irreparables como la salud o la vida en tiempos de paz, salvo en la desafortunada excepción, de que ello sea en el terreno de batalla (en la que ocurre la terrible sacralización de la pena de muerte por los bandos enfrentados, condición *sine quanon* de la guerra, sin importar la legitimidad de los unos frente a los otros).

Para cerrar este aspecto, se debe decir que no cabe duda que la CNDH es competente para emitir recomendaciones al Ejército por actos de sus miembros que lesionen derechos humanos de particulares, e inclusive la propia CNDH ha ido a petición del Ejército a proporcionar capacitación a los ciudadanos militares sobre el significado esencial de aquéllos y sus postulados más elementales, pero no queda claro que la CNDH pueda atender la posible queja que un miembro del ejército le dirija por abusos y tratos excesivos de sus superiores, que no encuentran sustento en la legislación vigente en esta zona amurallada del Estado, en la que rigen valores muy estrictos, a veces sin linderos entre lo rígido y lo que pueda quebrantar seriamente la dignidad del ciudadano en filas.

No es cuestión baladí los supuestos imaginables del temor que una queja de este sentido entrañaría por la repercusión que la misma causara al afectado, temor por parte de los familiares que se atrevieran a hacerlo, dirigiéndose al *ombudsman*, por ejemplo.

Los parientes de alguien que tiene una relación de sujeción especial con el Estado, de llegar a intentar denunciar un maltrato, lo hacen de forma anónima para evitar que repercuta en sentido inverso por el superior acusado en contra del afectado, ahí es donde encuentra su significado esencial la facultad discrecional del *ombudsman*, para abrir de oficio una investigación, presumiendo que el carácter anónimo de estas quejas (de personas en relación de sujeción especial) revelan el fundado temor de una reacción adversa para su familiar (que en síntesis explica la flexibilidad del *ombudsman* al proceder de ese modo). En suma, en tal caso, la supervisión del *ombudsman* sobre la administración militar equivaldría a una fiscalización desde afuera, como la ejerce el *ombudsman* contemporáneo, con la excepción del *ombudsman* para el Ejército de Alemania, y es posible que en México se genere algún día una instancia interna del propio Ejército para tales fines —es previsible de llegar a ocurrir— que se sumara a esta colección de entidades antes referidas. No obstante sería alentador se empezara a discutir el tema.

V. EL *OMBUDSMAN* MEXICANO Y LA REFORMA DEL ESTADO

Momento de discusión a tono de la por fin alcanzada reforma electoral constitucional —sin el perjuicio que genera su desarrollo legislativo— que ha conseguido el histórico consenso de los actores políticos para acordar las reglas acerca de cómo acceder al poder, es necesario que la reforma del Estado no se agote en esa primera fase de su temario pues queda mucho por hacer en el esquema sobre cómo ejercer el poder y con ello preparar el advenimiento de un nuevo tiempo nacional, uno en el que es indiscutible la importancia del *ombudsman* como una pieza del engranaje constitucional que contribuya a hacer efectiva, no predicable la garantía de legalidad.

Es saludable asentar que cabe una propuesta que revise el fundamento de la independencia orgánica funcional y de criterio de la institución, lo que se traduce en acentuar en un punto de referencia fundamental, el *ombudsman* tiene que ser un control externo de la administración que supervisa, con una mayor relación con el órgano legislativo para tres aspectos capitales: la elección del titular, la rendición del informe anual y la autonomía financiera de la institución, a lo que llamamos el taburete de la estabilidad institucional del *ombudsman* contemporáneo (independientemente del modelo al que pertenezca).

Y es de reconocer que surgen señales de positivos augurios encaminados a rectificar aspectos y modificar procedimientos en torno a estos temas para nuestro sistema nacional del *ombudsman*. Los cuales nos reclaman su valoración.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Esta iniciativa surgió del presidente de la CNDH (Jorge Madrazo) hace unos meses, en una propuesta para transformar algunos puntos del estatuto de la CNDH; sus argumentos descansaban en los siguientes planteamientos: en líneas generales, si bien reclama una mayor participación del Legislativo, se desprende que estima viable conservar el sistema mixto para el nombramiento del titular y de los miembros del Consejo Consultivo, y una mayor cercanía con el Legislativo: "es indispensable que los poderes legislativos, bien sea el federal o el de las entidades federativas, tomen un papel más activo y de apoyo a los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos. Por ello, propongo respetuosamente una reforma a las leyes orgánicas de los congresos y legislaturas, con el fin de que, con posterioridad a la presentación del informe anual del respectivo *ombudsman*, las comisiones parlamentarias corresponsables hagan comparecer a los destinatarios de aquellas recomendaciones que no fueran aceptadas o que se encuentren negligentemente incumplidas, con el fin de que expliquen a las representaciones populares, las razones para sostener tales conductas omisivas". El sistema de nombramiento, en síntesis, consistía en tres posibilidades: a) que la propuesta del Ejecutivo se hiciera en terna al Senado; b) "que la aprobación se transfiera de la Cámara de Senadores a la de Diputados. Para que la designación

Recientemente, la Federación Mexicana de Organismos Públicos para la Protección y Defensa de los Derechos Humanos turnó a las dos Cámaras del Legislativo y al Ejecutivo una propuesta de reforma al apartado "B" del artículo 102 constitucional, el cual me permito reproducir (por extenso que sea), y por que considero que aunque contiene una positiva redimensión del "sistema nacional del *ombudsman*", todavía genera dudas de signos que arrastra de la redacción vigente.

#### VI. PROPUESTA OFICIAL DE REFORMA AL ARTÍCULO 102 "B", SUS CONVENIENCIAS E INCONVENIENCIAS<sup>34</sup>

B. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos dotados de plena autonomía [se mantiene la previsión en sentido abstracto de las figuras —las comisiones de derechos humanos—, y otra vez se remite enteramente al Legislativo ordinario su creación mediante ley. No se avanza en la regulación de la CNDH como un órgano de relieve constitucional, después de que ha probado ser capaz, en la relatividad de sus competencias, de ser denominada por su nombre en el mismo texto de la Ley Suprema] encargados de velar por la protección de los derechos humanos establecidos por el orden jurídico mexicano, así como de las tareas correspondientes a su promoción, difusión, divulgación y capacitación [se eleva a rango constitucional la labor educativa y promotoria del significado de los derechos humanos, antes expuesta en la LCNDH].

[...] Estos organismos atenderán quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público que violen derechos humanos; formularán recomendaciones públicas no vinculatorias y presentarán denuncias ante las autoridades competentes [...] Estos organismos no serán competentes para conocer de quejas que se originen con motivo de acuerdos o decisiones de instancias electorales, ni tampoco tratándose de asuntos de naturaleza jurisdiccional. En este último supuesto, sí podrán conocer de asuntos de orden administrativo de los tribunales de los órganos de admi-

corresponda a un mayor número de legisladores; c) que se reglamenten los procedimientos de comparecencias ante el órgano legislativo [...] para que el debate [...] sea profundo e informado. *Op. cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>34</sup> Texto íntegro (los comentarios de los paréntesis son míos) de la propuesta de modificación al texto del artículo 102 "B", presentado por la Federación Mexicana de Organismos Públicos para la Defensa y Protección de Derechos Humanos.



nistración de justicia que transgredan derechos humanos [nótese tanto de carácter federal como estatal, la parte más feliz de la redacción de la propuesta, aunque de aplicación *mica salis* por la consabida resistencia de la renovada SCJN y las implicaciones fácticas a consentirlo].

[...] El titular del organismo protector de los derechos humanos establecido en el Congreso de la Unión, será designado por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Diputados a propuesta en terna que al efecto envíe el presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Los titulares de los organismos análogos de las entidades federativas serán designadas por las legislaturas correspondientes con el quórum de votación al que se refiere este párrafo, y con idéntica intervención de los ejecutivos estatales o del jefe del Distrito Federal, según corresponda [lo cual purgaría en parte el vicio de origen del sistema de nombramiento actual, prácticamente en manos del Ejecutivo, sin embargo no se resuelve totalmente el asunto porque no se constriñe al Ejecutivo a presentar la terna, asistido por la sugerente coincidencia —de los nombres a formarlas— del resultado de una consulta a los círculos académicos, a la judicatura y a la de una lista que le turne la propia Federación de Organismos Públicos para la Defensa y Protección de los Derechos Humanos; en cualquier caso, para este cargo nunca son demasiados los candidatos capaces de cumplir con solvencia el perfil idóneo; y facilitaría u obstaculizaría en el quórum exigido (el voto de las dos terceras partes de la Cámara de Diputados), cuestión que es, presumiblemente, una medida de evitar el candidato del partido en la responsabilidad de gobernar, sino obligando a los legisladores a elegir al adecuado tras una comparecencia de los aspirantes que les ofrezca la certidumbre de su voto. De otro lado, traslada la facultad de la propuesta en terna del titular del organismo para el Distrito Federal, que actualmente corresponde al Ejecutivo federal y al jefe del Distrito Federal].

[...] El procedimiento para la designación de quienes integren los Consejos de los organismos de protección a los derechos humanos, será el mismo que el utilizado para el nombramiento de sus respectivos titulares [lo que deja constancia que a pesar de intentar una mayor relación con el Legislativo, sigue siendo útil la pervivencia del Consejo Consultivo].

[...] Las leyes correspondientes de la Federación y de las entidades federativas, establecerán los mecanismos de consulta que los titulares de los órganos ejecutivos llevarán a cabo, para conocer las opiniones de las organizaciones sociales con el fin de designar a los titulares de los organismos de protección a los derechos humanos a que se refiere esta disposición [cuestión antes comentada, porque si se atiene a la tradición de nuestro derecho administrativo, la solución vendrá seguramente a dejar en la discrecionalidad del Ejecutivo el tomar en cuenta tales consultas, lo que en términos prácticos equivale a ningún cambio sustancial en el mecanismo de preselección del candidato].

[...] Una vez al año, el titular del organismo establecido por el Congreso de la Unión presentará ante las instancias correspondientes de las cámaras de diputados y senadores un informe sobre las labores realizadas durante el periodo. Dicho informe será también presentado al presidente de los Estados Unidos Mexicanos [en principio, se rectifica el actual sistema que simplemente hable de enviar al Ejecutivo y al Legislativo el referido informe, lo que en realidad se ha convertido en una tradición *extra-legem* que se ha cumplido de facto].

[...] En las entidades federativas se procederá de manera análoga. El presupuesto anual de gastos del organismo establecido por el Congreso de la Unión será directamente autorizado por la iniciativa que determine la Cámara de Diputados; esta misma Cámara, a través de los procedimientos que acuerde, recibirá del organismo la cuenta de erogaciones que corresponda. Para el caso de los organismos establecidos en las entidades federativas se procederá de manera análoga [feliz aspecto que comentaremos adelante].

El titular del organismo protector de los derechos humanos establecido por el Congreso de la Unión, bajo su estricta responsabilidad y con el acuerdo del Consejo de la institución, estará facultado para ejercitar la acción de inconstitucionalidad a que se refiere la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, exclusivamente cuando se trate de una posible contradicción entre una norma de carácter general y los derechos humanos establecidos en la Constitución General de la República [absolutamente importante esta legitimación activa para acceder a la justicia constitucional por la vía de la acción de inconstitucionalidad].

Con el objeto de reclamar los actos que en mi opinión constituyen el taburete de la estabilidad institucional del *ombudsman* mexicano (la independencia orgánico-funcional y de criterio, de la solución estilo *ombudsman*) volveremos brevemente a comentar los aspectos centrales, sin perjuicio de parecer reiterativos dada la trascendencia que representan.

### 1. *El nombramiento del titular (¿por elección o designación/ratificación?)*

La participación del Ejecutivo en el citado asunto, guarda una íntima relación con la tradición presidencialista que profesa nuestro sistema de gobierno, y se ha justificado considerando que dicho órgano participa en su carácter de jefe del Estado y no de jefe de Gobierno, calidades que recaen en la misma persona; aceptando *pri-*

*ma facie* una matización a la participación del Ejecutivo en este aspecto, cabe reflexionar algunas de sus consecuencias.<sup>35</sup>

Siendo el Ejecutivo quien escoge, es determinante que escoja bien y no a un sólo candidato, realmente nunca son muchas las personas ideales para el cargo, pero el Ejecutivo —asistido por consultas que efectúe— las puede proponer en terna o quinteto. Sinceramente, el esquema actual contempla una participación del Legislativo que se antoja insuficiente, pues sólo participa el Senado para aprobar el nombramiento efectuado por el Ejecutivo y por simple mayoría de los miembros de esa Cámara, que se encuentren presentes el día de la designación.

No se puede argüir que ese mecanismo es semejante al estatuido para los ministros de la Suprema Corte, porque para aquéllos —tras la reforma integral del Poder Judicial de 1994—, el órgano ejecutivo propone una lista de nombres que cumplen el perfil tasado por la Constitución, los que en calidad de candidatos al cargo comparecen al Senado y sostienen debate con los legisladores, del que resulta su aprobación o exclusión.

La designación de un cargo público tan importante como el *ombudsman*, institución completamente distinta a las restantes, no debería sujetarse a los métodos y parámetros ordinarios (por la antigua vía de simple mayoría del Senado), o en todo caso igualarla a las mejor concebidas, como la que surte efectos actualmente para los ministros de la SCJN. Es decir, que además del mecanismo de preselección vinculatoria para el titular sobre la terna de los nombres más señalados por los diversos círculos consultados, se requiere la comparecencia de estos —candidatos— ante el Ejecutivo.

Es preferible que haya un amplio consenso en favor del depositario de tan grande responsabilidad, es la base del respeto y atención a sus informes y denuncias, y cabría advertir que tratándose del *ombudsman*, por su función a desempeñar, la elección del titular debería trasladarse a la Cámara de Diputados, en cuanto al temor de que sea viciado el mecanismo del alto quórum para su aprobación, evitando el candidato de partido o el de pacto previo entre dos de los partidos con la votación necesaria para cumplir el requisito, es conveniente enfatizar que la previa comparecencia de los candidatos a exponer su visión de la problemática de los derechos humanos, y

<sup>35</sup> Cosa distinta ocurre con el *médiateur*, a cuyo titular lo designa el presidente de la República y no el primer ministro, y a propósito, gracias a la reciente inscripción constitucional de la figura en 1982, se robusteció notoriamente la solución estilo *ombudsman* de la Francia.

de los objetivos y problemas de la Institución, dará a los legisladores el juicio necesario para decantarse por el adecuado; así como en un consenso fácilmente alcanzable, si no se recurre a la táctica de forzar con calzador una candidatura poco sostenible por la trayectoria del candidato: vicio que ha ocurrido en los sistemas parlamentarios debido a la crisis de esa forma de gobierno llamada "partidocracia".

Y volviendo a la propuesta, habrá que aclarar que el ejercicio de comparecencia no ha de significar que los no elegidos no sean aptos, sino que simplemente se iniciaría a inculcar una práctica —entre nosotros inusual— que es la de competir abiertamente por la legítima aspiración de un cargo como éste, que tiene desde su cimiento un compromiso con la sociedad en general desde una perspectiva neutral, y el solo hecho de haber sido propuestos o incluidos en dicha terna o número determinado de candidatos, es, ya de sí, una distinción o constancia implícita de la valía del personaje que luego podrá resultar propuesto para otra misión de este carácter en los cargos de la actividad técnica del Estado.

Para reforzar aún más la vinculación con el Legislativo, sería conveniente que los cargos de los visitadores fueran propuestos por el candidato electo y éstos sí, simplemente ratificados por mayoría de la Cámara de Diputados.

Lo anterior, con el objeto de que sean partícipes de ese mandato popular que les permita cumplir algunas de las funciones, en la ausencia del titular, lo que evidentemente supondría una regulación del asunto en la LCNDH y en el Reglamento Interno.

En democracia, las aspiraciones tienen costes, y quienes con integridad aspiran a servir un mandato como éste, deben tener la suficiente templanza como para aceptar el resultado que venga; después de todo el oficio y la trayectoria, casi siempre tienen congruencia con el talante de quien aspira a fungir por las diversas sendas de la responsabilidad pública, en las que cada vez más se impone el sentido de la especialización y la compatibilidad de la experiencia acumulada.

De esa manera —volviendo a nuestra propuesta—, el Legislativo efectuaría formalmente el nombramiento mediante elección, y sería sólo asistido por el Ejecutivo en cuanto a la preselección de los nombres de personas que presumiblemente cumplen los requisitos básicos, y actuando como jefe del Estado. Sirva de ejemplo el caso del *ombudsman* capitalino (CDHDF) para el que se estableció un mejor sistema, que el de la CNDH, aunque el nombramiento lo realiza el titular del Poder Ejecutivo Federal, queda, dice la ley "[...] sujeto

a la aprobación en su caso, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal por las dos terceras partes de sus miembros presentes" (artículo 9o. de la LCDHDF). Nótese el aumento en el quórum, para su aprobación, como un avance en esta perspectiva.

Además, refiere el citado precepto, que para la formulación del mismo se estimará la opinión de asociaciones, colegios, entidades y personalidades que crea convenientes, sin quedar vinculado por aquéllos, pero sí advertido de opiniones autorizadas que lo asesoren a escoger a la persona adecuada.

## 2. *La rendición del informe anual*

Este es el segundo pilar de la independencia orgánico funcional y de criterio de la institución, para este acto la normativa vigente de la CNDH le da un tratamiento demasiado laxo, dice que el titular de la misma enviará (se entiende turnará por escrito) un informe al Ejecutivo y otro al Legislativo.

En la actualidad —de hecho— el asunto de la rendición se ha celebrado *extra legem* que no *contra legem* como un acto protocolario de mera información ante los poderes públicos ahí representados; ceremonia que se celebra en la sede del Poder Ejecutivo con la presencia de los titulares representantes de cada una de las dos Cámaras del Congreso de la Unión, algunos responsables de dependencias del Ejecutivo y el Consejo Consultivo de la CNDH.

Siguiendo el hilo argumental, esta cuestión debería ser reconsiderada, si bien es conveniente mantener la ceremonia para informar al Ejecutivo de las fallas y desviaciones que comete la administración a su cargo, en detrimento de los derechos humanos, pero habría que matizar que se efectúa como una práctica que se ha hecho costumbre y que dado el carácter del jefe del Estado, merece la cortesía institucional de ser informado directamente por el *ombudsman* de tales cuestiones, para que instruya a sus inferiores jerárquicos el cómo enmendarlas, toda vez que constituyen violaciones a derechos subjetivos públicos y con ello quebrantan el Estado de derecho.

Sin embargo, el acto central del informe anual lo debe efectuar el *ombudsman* ante el órgano legislativo (Cámara de Diputados) y no únicamente ante la Comisión respectiva (de derechos humanos) sino con las comisiones de dicha Cámara, involucradas en los ramos de la actividad pública citada como afectatoria a los derechos humanos; en una ceremonia de efectivo debate que seguramente suscitará que la opinión pública, a través de los medios de información, se percate

de cómo las fuerzas políticas responden y profundizan sobre el informe, y a su vez emprenden las investigaciones que desembocarán en responsabilidades políticas que algunos de esos actos reclaman conforme a derecho y/o en la revisión de la legislación obsoleta, en el universo del ordenamiento que permite o consiente tales disfunciones, etcétera.

### 3. *La autonomía financiera de la institución*

(¿Un ejercicio de trato directo con el Legislativo, en cuanto a la solicitud del anteproyecto de presupuesto como una asignación que en facultad administrativa del Legislativo determine por tratarse de una entidad de control externo de la administración a supervisar, o una sujeción a la secretaría del ramo del Ejecutivo, para que éste a su vez encuadre el anteproyecto que le turna la CNDH, en la propuesta general de la administración pública; y luego de aprobado por el Legislativo, el presupuesto finalmente otorgado, vuelve a manos del Ejecutivo, pues dicha Secretaría de Hacienda le establecerá las modalidades de la asignación de los montos y partidas?).

Esto cobra relevancia con la absurda leyenda de “la personalidad jurídica y el patrimonio propio” de los organismos descentralizados; primeramente, porque al tratarse de entidades del Estado (públicas), por ende poseen la citada personalidad jurídica; máxime cuando su creación atiende a la voluntad expresa del Constituyente (artículo 102) y lo del patrimonio propio de esas entidades públicas no deja de ser contradictorio, toda vez que al ser parte del Estado en su conjunto, sus instalaciones y enseres para el desarrollo de su función son un bien colectivo, no un bien propio de la citada institución. Cuestión diferente es que, como parte de la autonomía financiera, se pueda hacer el uso correcto de los bienes muebles e inmuebles de conformidad con las leyes de la materia.

### 4. *El Consejo Consultivo (una solución ad hoc y prescindible hacia el mañana)*

Queda claro que el Consejo ha jugado un papel de fiel de balanza de la trayectoria institucional, que como escudo la defiende de cualquier intromisión exterior y que impregna al organismo de una esencia de heterogeneidad social, en atención a la idea que sugiere la presencia de la sociedad “civil” en los entes públicos. Una, cuya interpretación nos puede llevar al absurdo de creer que el *ombudsman*

es un órgano de la sociedad, lo que hay que precisar; el *ombudsman* es un órgano del Estado al servicio de la población (protección y defensa de aquella), cuestión que es muy diferente, y que técnicamente se explica como un desdoblamiento del propio Estado que crea técnicas o mecanismos para corregir o señalar la actuación defectuosa de sus demás agentes (las administraciones públicas), máxime si lesionan derechos humanos.

Por ello existen las ONG con las que el *ombudsman* debe tener una estrecha vinculación, a éstas, en un régimen de libertades, corresponde alertar a la sociedad a través de los medios de comunicación, y presionar por la vía pública, si es preciso, alguna situación correspondiente con la violación de derechos humanos.<sup>36</sup>

Por su parte, el Consejo ha sido a la vez un valor compensatorio, llamado a sustituir una relación más intensa con la sociedad representada en el Legislativo, fincada en la solvencia moral e intelectual de algunos de sus integrantes.

De la operación del Consejo han emanado acuerdos de estimable utilidad, sería injusto negar lo evidente y aún es prematuro evaluar las consecuencias de su contribución hacia el futuro, y su permanencia si se consigue una relación más estrecha con el Poder Legislativo; al menos, en saludable temor teórico, habrá que advertir el riesgo que corre su composición, al adentrarse en su seno el soterrado ejercicio de cualquier militancia política, la que sería erosiva a la estabilidad interna del organismo y arma fulminante a la confianza ciudadana.<sup>37</sup>

36 Véase el interesante ensayo de Tapia Hernández, Silverio, "Las organizaciones no gubernamentales pro derechos humanos y su relación con los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos", *Derechos humanos. Reflexiones*, pp. 125-137.

37 En aquel tiempo se desechó construir una relación más completa del *ombudsman* con el Legislativo, huyendo resueltamente de hacer transitar a la CNDH en el resbaloso terreno pulimentado por la fricción de las fuerzas políticas, que se da en un clima deliberativo, propio de la misión de todo Parlamento que se precie de serlo, porque sólo así se atemperan y transforman las tensiones que genera la gobernación en una democracia. Sin embargo, se abrió la puerta a una solución igualmente proclive de engendrar tribulaciones a la serenidad interna, que reclama el organismo; la función esencial de todo *ombudsman*, es la de fungir como un instrumento técnico jurídico de control, convencido del deber que tiene de rechazar las provocaciones que, como redes tendidas a su integridad, siempre le pueden lanzar los partidos políticos, dispuestos a capitalizar como triunfos los resultados de sus intervenciones, procediendo con fundamento en el derecho, y dejando la presión política a las ONG, que para eso se han creado. La extrapolación del concepto de la pluralidad, tesis invocada para fundar el Consejo, ya dejó su huella en la Ley de la CEDHC. El *ombudsman* del Estado de Guerrero, según lo expresado por su presidente, considerado como una innovación dijo: "la integración plural del Consejo, con militantes de partidos políticos y partici-

Ciertamente, por aquellos días (1990) se empezaba a concebir y asimilar —no sin perplejidades— el novedoso fenómeno de la integración plural del Legislativo, integrado por la concurrencia de varios partidos políticos realmente competitivos, esto como una expectativa irreversible hacia el porvenir. Se inauguraba así el precedente de una era de consensos y disensos abordados al seno del poder, que aglutina a la más contundente expresión de la sociedad, trance vivido bajo la ebullición que un hecho de esa naturaleza siempre acarrea y al tenor de la siguiente tesis fue desestimada una relación más intensa entre ambas instituciones: “Cualquier adscripción tiene riesgos. La que se hiciera al Congreso correría el peligro de verse permeada por la relación parlamentaria entre los partidos, y por el significado político que tiene para éstos el manejo del sistema de quejas y denuncias en sus diversas modalidades. Reconocemos que pueden ser distintas las experiencias en cada país”.<sup>38</sup> Rescatando el enfoque, es sensato estimar inviable en aquél momento, el haber trabado una especie de ligamen entre las dos (Congreso de la Unión y CNDH); habría sido peligrosamente experimental, aunque nada parece cancelar la progresiva intensificación de la relación entre ambas, en previsión del mañana, al paralelo de los avances en la regularización del Estado de derecho que se objetive en un Poder Legislativo, responsable de su causa en función de la República.<sup>39</sup>

Lo cual no es lejano, un Poder Legislativo garante de serlo en todas sus atribuciones (no sólo la de legislar sino la de ejercer efectivos controles diversos a la actividad ejecutiva); así sería predecible una mayor relación con el *ombudsman*, para los efectos de recibir sus señalamientos, denuncias y darles el correcto cauce que merecen, y de este modo, al servir de un efectivo control de la actividad ejecutiva, será conveniente revisar las limitaciones, que no límites,

pación de la sociedad civil”. La reproducción textual es clara y nos ahorra comentarios. Alarcón Sánchez, J., “Ponencia correspondiente al Estado de Guerrero”, en varios, *Sistema de Protección no Jurisdiccional de los Derechos Humanos*, CNDH, pp. 85-91.

<sup>38</sup> García Ramírez, Sergio, “Ombudsman, amparo y otros medios tutelares de derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, 1991, p. 629.

<sup>39</sup> Véase el interesante estudio de Ernesto Garzón Valdez, en el que ofrece con datos estadísticos, la evolución de las propuestas legislativas enviadas por el Ejecutivo mexicano al Legislativo y su respetuosa transformación en términos de Ley, la evolución de esta tendencia desde la promulgación de la Constitución de 1917: “Las fuentes del derecho en América Latina”, en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 201-234; además de la multicitada obra de Cárdenas Gracia, J., *Transición política y reforma constitucional en México*, op. cit., pp. 79 y ss.



con que fue encorsetada la competencia de la CNDH, circunstancias propias de un momento específico, que por desgracia no se ha superado.

## VII. PROPUESTAS CONCRETAS A MODO DE CONCLUSIONES

Independientemente, el prestigio que la CNDH ha venido sumando hasta ahora, es un capital estimable para redundar en beneficio de la trayectoria de la institución hacia el porvenir, y este es un hecho incontrovertible. No obstante, es recomendable se calibre la conveniencia de conectar de una manera más clara la función controladora de la CNDH respecto de la administración pública, con un respaldo más firme por parte del legislativo, y distinguir que tratándose de violaciones a los derechos fundamentales, derechos urgentes e insustituibles, el control que ejerce la CNDH lo hace como órgano mediato de la Constitución. Sin negar que hubiera sido deseable que fuera un órgano directamente regulado por la carta magna.

Sin embargo, es necesario distinguir el doble efecto de intervención de la actuación del *ombudsman* mexicano, cuando se trata de derechos fundamentales, y cuando actúa en algunas áreas de la administración pública en que no se implique a los derechos fundamentales, sino otros, dentro de la constelación de los derechos humanos. En el primer supuesto, lo haría como órgano constitucional mediato y, en el otro, su labor fiscalizadora podría advertirse, actuando como un brazo técnico del control Legislativo sobre el Ejecutivo.

Aquí el problema lo agudiza la propia Constitución, cuando en su largo proceso de alteraciones continuado, ha colocado en plano de igualdad —de rango con protección jurisdiccional especial (la acción de amparo y la de inconstitucionalidad)— derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física y psíquica de la persona; la dignidad, la seguridad y la igualdad jurídica; la libertad de opinión, de oficio y de tránsito; la educación gratuita y otros de contenido económico y social,<sup>40</sup> como el derecho al trabajo y a una

<sup>40</sup> Los derechos de contenido económico y social son aquellas tareas que la Constitución le asigna al Estado, sin embargo, su cumplimiento es inexigible ante los tribunales toda vez que depende de variables macroeconómicas del desarrollo del país. Véase en extenso la obra colectiva: *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Universidad Carlos III de Madrid, 1993. Con relación a la importancia de esta clase de derechos, véase de Ruiz Giménez, Joaquín, "Prólogo", *Primer Informe del Defensor del Pueblo Español a las Cortes Generales*, 1983, p. 3.

vivienda digna, etcétera. Adentrarnos en este aspecto nos distraería del tema aquí tratado, por lo que me ceñiré a proponer cómo podría efectuarse una reforma al estatuto de la CNDH sin —por ahora— modificar el artículo 102 “B” de la Constitución, sino reinterpretándolo únicamente. Lo que equivale a no modificar el *status* de órgano mediato de la Constitución, sino solamente su regulación como entidad infraconstitucionalmente diseñada, la LCNDH.

A menos que la renovada Suprema Corte de Justicia de la Nación (1994-1995) haya mutado, por fin, su decidida obstrucción a la competencia supervisora de la CNDH sobre sus actos de carácter administrativo (postura que persiste y con mayor énfasis, por desgracia). Lo cual testimonia el *addendo* especialmente crítico a las comisiones de derechos humanos, recientemente publicado por uno de los ministros de la Suprema Corte.<sup>41</sup>

Para qué reformar otra vez la Constitución, si se puede, por lo pronto, resolver la cuestión rompiendo con la tendencia del reformismo legal (constitucional).

Y que se resolviera el traslado al Poder Judicial de los tribunales, formalmente administrativo y materialmente jurisdiccionales (con la excepción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo), y que se creara un auténtico tribunal constitucional en el sentido clásico del término, siguiendo la posición de Kelsen al respecto.<sup>42</sup> Entonces sí valdría la pena una reforma integral del 102 “B”.

Es decir, o se modifica la Constitución para realmente ampliar el campo competencial y el *status* del *ombudsman*, o simplemente podríamos avanzar, por lo pronto, en el aspecto de la independencia orgánica funcional y de criterio de la CNDH. En esto, los legisladores tienen la última palabra, haciendo uso de la deliberación que un tema de esta naturaleza importa a su función legislativa, e implícitamente daría constancia de su capacidad de evaluar la posibilidad de adquirir la corresponsabilidad de estrenar facultades de control, respecto del Ejecutivo, a través de una figura autónoma en sus decisiones técnicas

41 *Addendo* especialmente crítico a la existencia de las Comisiones de Derechos Humanos, publicado por Castro V., Juventino, “El *ombudsman* escandinavo y el sistema constitucional mexicano”, *Ensayos constitucionales*, Manuel Porrúa, 1977; 2a. ed., *addendo* 1995, p. 137.

42 Véase varios, *Ombudsman, democracia y derechos humanos. Capítulo boliviano del ombudsman*, La Paz, 1994. Y Gil-Robles, Álvaro, “El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina”, *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, Santafé de Bogotá, D. C., Colombia, núm. 3, 1994, pp. 131 y ss.; resulta aleccionadora la obra de Pérez Royo, Javier, *Tribunal constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988.

del mismo Legislativo, y hasta capaz de atacar —mediante la acción de inconstitucionalidad— los actos de ese mismo órgano que lo nombra (las leyes) si conculcan derechos humanos.

Siendo así la ostensible postura de la SCJN, no tiene caso retocar el 102 "B" sino reinterpretarlo, y renovar el marco legal de la CNDH para los efectos de adecuar estas sugerencias al requerimiento de la independencia funcional y de criterio de la institución federal, y en esa medida, inspirar ocurra lo propio en las de carácter local, aunque modificando el plano de subordinación que existe, sustituyéndolo por uno de suscripción de convenios del *ombudsman* federal con los de carácter local, para acordar la competencia subsidiaria de la federal, respecto de las estatales, en un tono de más autonomía de las últimas, rectificando el que se diseñó en el polémico artículo 102 "B" y su extraña redacción. Lo que de alguna manera se ha logrado con la Federación Mexicana de Organismos para la Protección y Defensa de los Derechos Humanos, que ha servido de instancia para orientar y reconducir la actuación de algunos *ombudsman* locales.

*La reinterpretación del artículo 102 "B" (en espera de una redimensión omnicompreensiva del Sistema Nacional de Mecanismos Jurisdiccionales y Extrajurisdiccionales de los Derechos Humanos)*

Cabe señalar que aunque entre nosotros, y precisamente en Venezuela,<sup>43</sup> se llevó a cabo una de las más tempranas inquietudes de sopesar la posibilidad de instaurar una figura estilo *ombudsman*, al ser la cuna de uno de los primeros congresos, para tal efecto no fue fácil su arraigo, paulatino no pocas veces a contra corriente. Ahora existe una estructura supranacional denominada Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo y Procuradores de los Derechos Humanos.<sup>44</sup>

43 Es el único de los países del entorno latinoamericano que se ha manifestado abiertamente (por su doctrina y sus gobiernos) contrario a la instauración de un *ombudsman* bajo el artificioso argumento de que vendría a duplicar la función del Ministerio Fiscal, que en ese país es independientemente del Ejecutivo, nombrando por elección en el seno del Legislativo. Tan radical objeción al *ombudsman* en Venezuela, parece una presunción *juris et de jure*, de aquellas que no admite prueba en contrario, aunque sea absolutamente insostenible.

44 Organismo que preside el doctor Jorge Madrazo Cuéllar, ha resultado del todo beneficioso para la difusión, impulso y arraigo del *ombudsman* en la región; se puede destacar como su antecedente La Declaración de San José, suscrita el 17 de junio de 1994, por los integrantes del Primer Taller de Defensores del Pueblo y Procuradores de Derechos Humanos, convocado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, Santafé de Bogotá, D. C., Colombia, núm. 3, 1994.

En México, la idea de instalar un *ombudsman* tropezaba desde siempre con la paradigmática elevación del juicio de amparo, como máximo instrumento de protección de las garantías individuales de la Constitución<sup>45</sup> (parte dogmática de la misma, artículos 1o. al 29).<sup>46</sup>

Al asentarse en la Constitución la previsión de su existencia, el Constituyente apuntó los lineamientos esenciales del órgano (su finalidad y límites a su competencia). A partir de ello, remitió enteramente al Poder Legislativo (federal y local) la elección del método para su configuración institucional, lo que es incontrovertible al decir: "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de derechos humanos".

Podrían trazarse al menos dos interpretaciones al sentido de esta disposición:

a) La exégesis restrictiva de tal encomienda (que finalmente prevaleció) consiste en entender que el respectivo órgano legislativo federal o estatal se limitaría a crear mediante ley tales instituciones. Y, claro está, en dicho instrumento completaría las especificidades de su cometido y las señas de identidad de la institución, y mediante

45 A estas alturas, el dogma del poderoso instrumento de garantías constitucionales (el juicio de amparo) ha venido a demostrar la hipérbole de tal consideración de la doctrina mexicana, a la fecha ha devenido en un conjunto de tecnicismos que, entre otras causas, acentúan y provocan lo prolongado y lo oneroso que suele convertirse la tramitación de un juicio de esta naturaleza en la vida real, y hasta se ha llegado a decir que dichos tecnicismos y excesivas formalidades "traicionan la verdadera esencia del amparo", frase de Azuela, Mariano, citado por Hidalgo Riestra, Carlos, *El procedimiento de amparo y el de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Jalisco*, 1995, pp. 1-13. En similar sentido, Aguinaco A., José Vicente, en su ponencia dirigida a los integrantes de la Comisión de Administración y los coordinadores de los grupos parlamentarios de la Cámara de Senadores (sesión pública extraordinaria, jueves 19 de enero de 1995), resulta primordial la consulta de la información estadística que refiere. Reproducción estenográfica de sus palabras.

46 Dicha parte dogmática de la Constitución vigente, a través del proceso intermitente de modificaciones y desde su promulgación, contiene una serie de "garantías institucionales" como facultades estatales que atienden a principios diversos como los monopolios del Estado (soberanía); la rectoría económica del Estado; la autonomía del Banco de México; la regulación de la propiedad bajo distintas modalidades, y hasta la propia suspensión de las garantías individuales (por la "alteración grave de la paz pública") algunos de estos aspectos entendibles bajo la configuración de una Constitución forjada al estilo liberal decimonónico, y que con sus adiciones ha llegado a convertirse en un código farragoso e inconexo, es decir, carente de la concepción contemporánea de una Constitución armoniosamente estructurada, como valientemente lo dice Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia*, op. cit., y especialmente sobre el carácter pragmático de "las pomposamente llamadas garantías individuales" véase a propósito de Silva Nava, Carlos, "El *ombudsman*, las garantías individuales y el juicio de amparo", *Los abogados mexicanos y el ombudsman. Memoria*, CNDH, 1992, pp. 25-30.

ley introducir orgánicamente a la CNDH, por su diseño institucional (de organismo descentralizado desregulado de la Legislación corriente de las entidades paraestatales), pero ubicado en la periferia de las entidades que dependen del Ejecutivo; el *ombudsman* nacional viene a ser una suerte de heterocontrol, que goza de independencia de criterio respecto de su titular y el respaldo del Consejo Consultivo (lo cual hay que subrayar), pero no de diseño externo de la administración (*strictu sensu*), autonomía financiera ni de un *status* de órgano directamente regulado por la Constitución.

b) La interpretación extensiva (hipotética, pero posible) se podría haber planteado en un doble efecto, además de otorgarle un marco regulatorio a la institución (su estatuto legal), se podría haber articulado una vinculación formal hacia el mismo Legislativo federal o local. Una relación que respetara, mediante ley, la autonomía orgánica y funcional de la CNDH; que garantizara la libre conducción de sus atributos técnicos jurídicos, y que se fincara en tres actos decisivos, el nombramiento en elección, no designación, y el de la rendición de informes anuales y especiales en sesión pública, de auténtico y participativo debate, y en la asignación directa por parte del Legislativo de su presupuesto anual.

De esta manera, la CNDH conservaría, por lo pronto, la leyenda de su personalidad jurídica y patrimonio propio, o mejor dicho los medios que actualmente posee para desarrollar su cometido, y con ello la facultad de turnar directamente al Legislativo su anteproyecto de presupuesto anual y, claro está, además se tendría que modificar la Ley y el Reglamento que regula la actividad del Congreso (básicamente de la Cámara de Diputados) para adecuar tales competencias —de intensa relación, en algunos casos, con la exclusiva Comisión de Derechos Humanos, y en otros con las comisiones que se estime pertinentes, según el contenido del informe de la CNDH. Estableciendo una relación muy cuidadosa del ligamen del *ombudsman* con el Legislativo, sin temor que el Legislativo pretenda eclipsar la autonomía técnico jurídica del proceder de la CNDH.

Como bien se ha escrito sobre los entes públicos, no todo está dicho en la norma que los contempla<sup>47</sup> ahí apenas están esbozados los rasgos definitorios de su fisonomía, luego la marcha diaria permite, al paso del tiempo, meditar con mayores alcances las facetas que siempre les concede el impacto con la aleccionadora realidad.

47 Cascajo Castro, José Luis, "Los defensores del pueblo en el estado social y democrático de derecho: Una perspectiva teórica", *RVAP*, núm. 24, 1989, pp. 43-53.

Por eso es que ya se puede evaluar y predecir una nueva era para el *ombudsman* mexicano, y es posible si se insiste y se avanza por la senda de la congruencia y de la rectificación de nuestro aún semántico Estado de derecho.

Francisco Javier ACUÑA LLAMAS