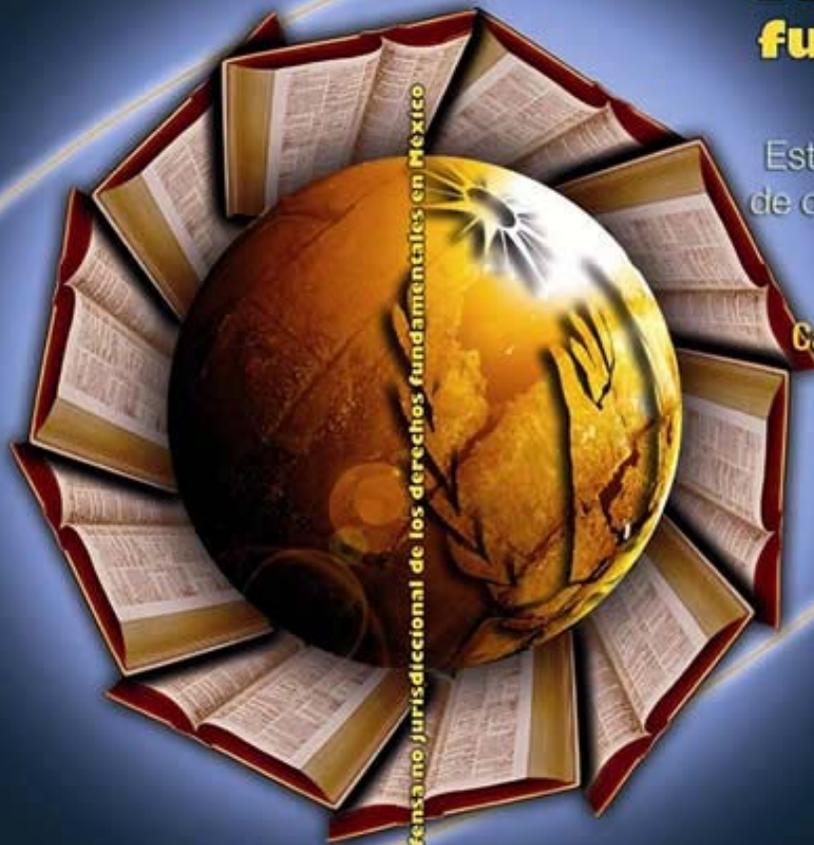




La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México

Estudio del sistema nacional
de organismos de protección
de derechos humanos

Carlos F. Natarén Nandayapa



La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O

LA DEFENSA NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN MÉXICO
Estudio del sistema nacional de organismos de protección
de derechos humanos

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Edición y formación en computadora: Karla B. Templos Nuñez

CARLOS F. NATARÉN NANDAYAPA

LA DEFENSA
NO JURISDICCIONAL
DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES
EN MÉXICO

ESTUDIO DEL SISTEMA NACIONAL
DE ORGANISMOS DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
MÉXICO, 2005

Primera edición: 2005

DR © 2005. Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Periférico Sur 3469
Colonia San Jerónimo Lídice
Delegación Magdalena Contreras, 10200, México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN

CONTENIDO

Introducción	1
------------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

El modelo del *ombudsman* criollo para la defensa y promoción de los derechos humanos. Naturaleza jurídica y evolución histórica

I. Consideraciones preliminares	9
1. Constitución, derechos fundamentales y derechos humanos	9
2. Heterogeneidad del ámbito de protección de los derechos humanos	14
II. Tres modelos de <i>ombudsman</i> . Planteamiento preliminar	19
III. El modelo clásico del <i>ombudsman</i>	26
1. Origen histórico	26
2. La extensión del <i>ombudsman</i> en la península escandinava	38
3. El <i>ombudsman</i> en el resto de Europa	47
4. Concepto y elementos del modelo clásico del <i>ombudsman</i>	48
IV. La tutela de los derechos humanos: el <i>ombudsman</i> ibérico	52

1. El promotor de la justicia de Portugal	52
2. El defensor del pueblo en España	53
3. El <i>ombudsman</i> ibérico. Concepto y elementos esenciales	53
V. La defensa y promoción de los derechos humanos en nuestra región: los retos del <i>ombudsman</i> criollo .	55
1. La extensión en América Latina del <i>ombudsman</i> .	55
2. Concepto de <i>ombudsman</i> criollo	64
VI. El movimiento de las instituciones nacionales: los principios de París	66

CAPÍTULO SEGUNDO

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el sistema nacional de organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos

I. Introducción	75
II. Antecedentes	76
1. Consideraciones sobre algunas instituciones citadas erróneamente como antecedentes	77
2. La Defensoría de los Derechos Universitarios del 29 de mayo de 1985	80
3. La Procuraduría para la Defensa del Indígena de Oaxaca de 1986	83
4. La Procuraduría Social de la Montaña de Guerrero de 1987	84
5. La Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes de 1988	85
III. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos .	86
1. La creación: el acuerdo presidencial del 5 de junio de 1990	86

2. La autonomía de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. La creación del apartado B del artículo 102 constitucional del 27 de enero de 1992	96
3. La segunda fase de la regulación constitucional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. La reforma constitucional del 30 de noviembre de 1999	107
IV. El sistema nacional de organismos no jurisdiccionales	112

CAPÍTULO TERCERO

Organización y funcionamiento de los órganos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos en México

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Organización y funciones	115
1. Las facultades de promoción, estudio, capacitación y divulgación de los derechos humanos	117
2. La actuación ante las violaciones de derechos humanos. El procedimiento ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos	120
3. La naturaleza jurídica de las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos	135
4. Las recomendaciones generales	143

CAPÍTULO CUARTO

Retos y perspectivas del *ombudsman* en México

I. El impacto de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en la realidad mexicana	145
1. Los efectos en el proceso penal. La lucha contra la tortura	147

2. La nueva cultura de los derechos humanos en México	151
II. La necesidad de un referente con <i>auctoritas</i> en la transición actual del Estado mexicano	152
III. La ampliación de competencias	154
1. Cuestiones administrativas del Poder Judicial federal	154
2. Hacia un control más amplio de la administración pública: la participación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el procedimiento para determinar la responsabilidad objetiva y directa del Estado	155
3. La legitimación procesal en materia de justicia constitucional	158
IV. La relación con las organizaciones no gubernamentales	163

INTRODUCCIÓN

Al día de hoy existen pocas instituciones de vocación tan universal como el *ombudsman*. En efecto, esta institución de origen escandinavo, que tiene sus raíces en un pasado remoto, se puede encontrar en los cinco continentes en donde invariablemente ha ganado reconocimiento. Así pues, en el actual Estado democrático de derecho la institución del *ombudsman* es un instrumento esencial al servicio de los gobernados, creado para establecer un cauce alternativo de protección de los derechos fundamentales; para reducir la distancia entre los gobernantes y los gobernados; para abrir las actividades del gobierno a la mirada ciudadana y, en general, para mejorar la calidad de la administración pública.

Sin embargo, se puede afirmar que en nuestro país, a diferencia de otros procesos de creación de esta institución, el proceso de introducción de esta figura y la creación de un sistema nacional de tutela no jurisdiccional de los derechos humanos estuvo en sus inicios bajo sospecha. En un principio se afirmó que el *ombudsman* se convertiría en un placebo para el ciudadano, una institución que sería utilizada de coartada para tranquilizar o acallar las críticas contra la actividad gubernamental con un costo mínimo —en términos políticos y económicos— pero sin que en realidad ocurriera o fuera necesario realizar ningún cambio en lo esencial.

Posteriormente, salvadas las objeciones iniciales, la crítica a la actividad del *ombudsman* se ha llevado a ca-

bo, aunque de manera no siempre congruente, desde dos posiciones: por un lado, la que sostiene que esta institución debería intentar algo más que mediar entre los ciudadanos y los órganos de la administración, que debería ejercer una labor de censura continua de la actividad del gobierno, en particular, y de la administración, en general, de una manera que llevara a la pérdida de su legitimidad. Desde otra posición, el cuestionamiento a esta institución afirma que la actividad de estos órganos es, en realidad, innecesaria, ya que duplica funciones y finalidades a cargo de otras instituciones u órganos dentro del Estado.

El presente trabajo de investigación pretende acercarse al sistema de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos en México desde la premisa de que los órganos que integran el sistema, la gran mayoría, son auténticos *ombudsman*, lo que se traduce en un reconocimiento de los límites y naturaleza de sus actividades, así como la complementariedad de éstos respecto a otros órganos. Sin embargo, se destaca que la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos en México ha desarrollado sus actividades dentro de una tradición de autoritarismo —que tiene como vicios arraigados la arbitrariedad, la impunidad, la violencia y la falta de respeto a la ley— lo que ha determinado que el *ombudsman* en México haya asumido como principal finalidad la remoción de los obstáculos al pleno establecimiento de una cultura de aceptación, promoción y respeto a los derechos humanos en nuestro país.

En efecto, como fue señalado al acuñarse el término de *ombudsman criollo*, en México —como en el resto de países de nuestro entorno— la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos ha debido establecerse y desarrollarse en un medio que no lo favorece, que, incluso, lo ha señalado como protectora de la delincuencia y, en

consecuencia, de promotora de la inseguridad pública. Por lo anterior, la actividad de los órganos miembros de este sistema de tutela de derechos han debido ser más proactivos que reactivos, han buscado remover los obstáculos que impiden su adecuada actuación, han debido hacer un esfuerzo por ser accesibles a toda persona, han intentado difundir su actuación y buscado alcanzar a los grupos e individuos que dentro de la sociedad se encuentran en desventaja o marginados.

A pesar de estas dificultades, el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos ha logrado establecerse en nuestro país, y se puede afirmar que, en buena medida, se ha convertido en una fuerza influyente para la maquinaria del gobierno; un factor que promueve un mejor ejercicio del poder público, una administración más eficaz y una humanización en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. En efecto, el *ombudsman* criollo, obligado como está a buscar la forma de llenar los vacíos en la protección de los derechos humanos, se ha establecido como un órgano políticamente imparcial e independiente que busca realizar una función técnica más que política. De hecho, la existencia de un *ombudsman* dentro del Estado denota una clara indicación de que se reconocen que los funcionarios públicos tienen obligaciones y derechos frente a los administrados, por lo que se convierte en un elemento importante en la transformación actual de nuestro país

Así, el presente trabajo busca acercarse al estudio del sistema no jurisdiccional de organismos de protección de derechos humanos desde una perspectiva que destaque su actividad, su dinámica. De esta forma, en el primero de los cuatro capítulos se ofrece una visión panorámica de la institución del *ombudsman*, destacando lo que se puede considerar como un modelo general orientado fundamentalmente al control de la legalidad en la actuación

de la administración, enumerando sus características esenciales y su implementación en algunos países europeos. Inmediatamente después se señala las características propias de la instauración del *ombudsman* en América Latina, ya que, como es sabido, la historia reciente de regímenes autoritarios o simplemente dictatoriales provocó que sea la protección de los derechos humanos su principal finalidad. Así pues, el *ombudsman* en esta región ha debido modificar su naturaleza, y ampliar de manera significativa sus actividades para establecer lo que, en afortunada expresión, fue bautizado como el *ombudsman criollo*. En este sentido, además de describir a la institución, se hace un breve repaso a la situación del *ombudsman* en los países de nuestro entorno que lo han establecido.

En el segundo capítulo se estudia el sistema nacional de organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, pues como se ha puesto de relieve por la mejor doctrina, el sistema mexicano, conformado por treinta y tres instituciones —la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y las comisiones estatales de derechos humanos—, es uno de los más grandes y más completos del mundo. Así pues, en un primer término se abordan los antecedentes de este sistema, destacando por un lado el error en que se incurre al señalar algunas instituciones como antecedentes remotos del *ombudsman* en México —lo que es ya un lugar común en el caso de la Procuraduría de Pobres de San Luis Potosí de 1847— y los elementos que, desde nuestra perspectiva, convierten a algunas instituciones como a la Defensoría de los Derechos Universitarios en verdaderos antecedentes del sistema actual.

A continuación se destaca el proceso de creación de la CNDH, partiendo del acuerdo presidencial del 5 de ju-

nio de 1990.¹ De igual forma, en este capítulo se detalla el proceso por el cual se eleva a la Comisión a rango constitucional, destacando los principales elementos de la reforma constitucional que adicionó el apartado *B* del artículo 102 constitucional, así como la reforma del 13 de septiembre de 1999 que implicó la independencia, respecto del Ejecutivo, del *ombudsman* mexicano. Finalmente se aborda el análisis de la creación del *ombudsman* en las entidades de la Federación, a partir del decreto del 28 de enero de 1992 que estableció un plazo para su creación en sus respectivos ámbitos de competencia. En este mismo epígrafe se da cuenta de la evolución que han sufrido la situación de estas comisiones estatales de derechos humanos, con especial énfasis en los obstáculos a su independencia derivadas del sistema político mexicano.

El capítulo tercero aborda la organización y funcionamiento de los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos en México. En primer término, se detalla sus facultades de promoción, estudio, capacitación y divulgación de los derechos humanos, así como la actuación ante las violaciones de derechos humanos. De esta manera se estudia el procedimiento ante la CNDH; los principios rectores de la tramitación; las reglas de su competencia; los sujetos legitimados.

De especial relevancia resulta el análisis de la naturaleza jurídica de las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos. En efecto, el origen de muchas de las críticas a la actuación de estos organismos puede, sin lugar a dudas, encontrarse en la incomprensión de la institución y de la necesaria naturaleza no vinculatoria de sus recomendaciones. En este mismo epígrafe co-

¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio del mismo año.

mentamos las objeciones realizadas por miembros del Poder Judicial de la Federación a los organismos de defensa no jurisdiccional de derechos humanos. Finalmente, en este capítulo se aborda de forma breve la actuación de las diversas comisiones estatales de derechos humanos, poniendo énfasis en la diversidad de sus actuaciones y en la dificultad de encontrar indicadores precisos para determinar la eficiencia en el desarrollo de sus funciones.

En el cuarto capítulo se pretende acercarse a los retos y perspectivas de la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos en nuestro país. Así, en primer término se hace mención a los efectos de la introducción de la institución del *ombudsman* en el ordenamiento mexicano, en consecuencia se comentan los hitos de su labor, como son la lucha contra la tortura y, en general, la búsqueda de una nueva cultura de los derechos humanos en México. En segundo término se hace referencia al papel que, desde nuestra perspectiva, debe jugar el *ombudsman* criollo: el de un referente con *auctoritas* dentro de la transición actual del Estado mexicano. En nuestra opinión, la situación en que se encuentra el Estado mexicano requiere de una auténtica magistratura de opinión, ámbito al cual está llamada la CNDH.

Por otra parte, se abordan temas pendientes en la agenda de reforma de estos órganos, así como propuestas para la ampliación de competencias. En este sentido, se analiza la posibilidad de que las comisiones de derechos humanos sean competentes para conocer de las cuestiones administrativas del Poder Judicial federal; su participación en el procedimiento para determinar la responsabilidad objetiva y directa del Estado, en los términos de la ley recientemente aprobada, y su deseable legitimación procesal en materia de justicia constitucional, específicamente para interponer amparos en los

asuntos relativos a la protección de intereses difusos y colectivos, así como la posibilidad de que, a través de las acciones de inconstitucionalidad, se impugnen las leyes que infrinjan derechos humanos. Por último, se señalan algunos elementos de la relación, no siempre fructífera, de estos órganos con las organizaciones no gubernamentales de promoción y protección de derechos humanos.

Debo expresar que durante el proceso de elaboración del presente trabajo tuve la fortuna de contar con el apoyo de varios de mis compañeros del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Deseo hacer expreso mi especial agradecimiento a José Antonio Caballero Juárez, a Jorge Ulises Carmona Tinoco, a Carlos de la Torre Martínez, a Adriana Yolanda Flores Castillo y a Antonio Rodrigo Mortera Domínguez. De igual forma quiero agradecer el apoyo de Víctor Manuel Rojas Ruiz quien aportó una perspectiva interna del funcionamiento de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Finalmente deseo aprovechar esta oportunidad para hacer expreso mi profundo agradecimiento al doctor José Luis Soberanes por el apoyo en la elaboración de esta investigación, así como para expresar mi admiración para mi maestro, el doctor Fix-Zamudio, a quien va dedicada la presente obra como humilde homenaje a sus años de esfuerzo empeñados en la difusión y correcto entendimiento del *ombudsman* en México. Sin lugar a dudas, Fix-Zamudio, además de ser el jurista mexicano más importante, más citado y reconocido dentro y fuera de México, es también, como se hace evidente de su labor alrededor de la figura del *ombudsman*, un universitario comprometido con la construcción de un país más justo y, podemos agregar, un ser humano excepcional.

CAPÍTULO PRIMERO

EL MODELO DEL *OMBUDSMAN CRIOLLO* PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA JURÍDICA Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. *Constitución, derechos fundamentales y derechos humanos*

Uno de los elementos esenciales del Estado constitucional de derecho es, indudablemente, el reconocimiento de la existencia de un conjunto de derechos básicos de los ciudadanos, a los que se suele denominar “derechos humanos” o “derechos fundamentales”.² El elenco de estos

² Ha de quedar claro, desde un inicio, que las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” no son equivalentes en sentido propio. En efecto, como punto de partida ha de tomarse la consideración de que los “derechos humanos” son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad inherentes a la persona, al ser humano. Los “derechos fundamentales”, de modo más concreto, constituyen un conjunto de estos derechos humanos que son positivizados por un ordenamiento jurídico, generalmente a través de su inclusión en la Constitución, normalmente acompañada de un conjunto de garantías para su tutela. En consecuencia, y desde una perspectiva parcialmente distinta, el concepto que subyace a la expresión “derechos humanos” puede ser coincidente con el que se refleja al hablar de “derechos funda-

derechos fundamentales se suele incorporar al rango normativo superior del ordenamiento jurídico, conformando la que tradicionalmente es denominada “parte dogmática” de la Constitución. La proclamación constitucional de este conjunto de derechos tiene como finalidad la de garantizar, frente a todo el ordenamiento —y frente a la actuación de cualquier sujeto que pretenda ampararse en el ordenamiento—, el respeto a un *status* jurídico esencial de los ciudadanos.³ De esta forma, se

mentales”, aunque mientras el primero puede pertenecer a una categoría axiológica, el segundo, en cambio, viene a expresar un concepto técnico jurídico. Ésta es la acepción que puede encontrarse en los documentos internacionales de protección de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que se recoge en la jurisprudencia y por la doctrina; en este sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional español 175/2001, 26 de julio —especialmente el voto particular del magistrado Jiménez de Parga—; en la doctrina española *cfr.*, por todos, Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 46 y 47.

³ Esta afirmación es realizada por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 25/1981 (Pleno), del 14 julio, f.j. 5o. Posteriormente esta expresión ha sido recogida por la mayoría de la doctrina en este sentido *cfr.* Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 7a. reimp., Barcelona, Ariel, 1999, p. 28. En general, cuando se habla de derechos fundamentales se hace en el sentido tradicional de la teoría de los derechos públicos subjetivos. Siguiendo la explicación de Alexy, encontramos que para Jellinek la personalidad es “una relación con el Estado que califica al individuo. Por lo que jurídicamente es una situación, un *status*”. De esta forma, la personalidad al corresponder a una “situación” se distingue de un derecho. Esto es así porque tiene como contenido el “ser” jurídico y no el “tener” jurídico de una persona. La diferencia entre “ser” y “tener” para Jellinek se observa de uno de sus ejemplos. Así, al dotar a una persona del derecho de sufragio y del derecho de adquirir libremente la propiedad, se modifica su *status* y con ello su ser, mientras que la adquisición de un determinado inmueble sólo afecta a su tener. *Cfr.*

acepta pacíficamente la premisa de que los derechos fundamentales son derechos subjetivos constitucionalizados, con los que cada constituyente busca asegurar el ámbito mínimo de libertad necesario para la vigencia de la dignidad humana.

De igual forma se señala la existencia de un contenido esencial en la categoría jurídica del derecho fundamental. Este contenido esencial, que caracteriza a todo derecho fundamental, tiene, de acuerdo con un sector de la doctrina, dos vertientes, la primera de naturaleza material y la segunda de naturaleza formal. De acuerdo con la primera, los derechos fundamentales son aquellos que así se consideran en la conciencia y en la cultura jurídica en que se inserta el Estado constitucional. Por su parte, la vertiente formal del contenido esencial de los derechos fundamentales tiene, a su vez, dos elementos: la existencia de una tutela judicial y, en segundo término, la vinculación del legislador a su contenido.⁴

En el caso del Estado mexicano hablar de derechos fundamentales se trata de un concepto que es ajeno a la regulación vigente, tanto en el ámbito constitucional co-

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. reimp., Madrid, CEPC, 2001, p. 248.

⁴ Esta opinión también puede verse en otro trabajo de Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, *X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, p. 161. Sin embargo, debe señalarse que sobre el elemento formal del contenido esencial no existe unanimidad en la doctrina, ya que se ha cuestionado la idea de que la tutela judicial o judiciabilidad directa sea un elemento configurador de la categoría de derecho fundamental; en este sentido, Jiménez Campo señala que la judiciabilidad inmediata de un derecho fundamental lo convierte efectivamente en un "derecho", pero en sí no le otorga la categoría de fundamental (*cfr. Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25).

mo en el legal. Esta situación tiene varias explicaciones: por una parte estamos frente a la permanencia del concepto de *garantías individuales* que se introduce y mantiene vigente en nuestro país desde el siglo XIX y, más específicamente, desde el Constituyente de 1847 y la carta fundamental del siguiente año. Puede reconocerse, en el establecimiento de estos términos, la idea ilustrada que los derechos del hombre no necesitaban otra garantía para su plena vigencia que su reconocimiento a nivel constitucional.⁵

Por otra parte, la existencia de una arraigada corriente doctrinal ha sido otro factor que no ha permitido la evolución de este concepto.⁶ De hecho, hasta hace muy poco tiempo no ha existido en el ámbito mexicano una obra que aborde con rigor y seriedad este tema desde una perspectiva moderna.⁷ De la misma manera, existen proyectos de reforma constitucional que consideran la incorporación del concepto de derechos fundamentales a nuestra Constitución. Otro factor que ha venido impulsando la modernización de la conceptualización en México es la

⁵ Al respecto puede verse el reciente trabajo de Moreno-Bonett, Margarita, *Los derechos humanos en perspectiva histórica. De los derechos individuales a los derechos sociales, 1857-1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, especialmente el capítulo I de la segunda parte.

⁶ Esta corriente se ve reflejada, tanto en los planes de estudios de las facultades de derecho como en el gran número de obras dirigidas a las garantías individuales.

⁷ Nos referimos a la obra de Miguel Carbonel publicada bajo el auspicio de la CNDH, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004, de la que ya existe una reimpresión por la editorial Porrúa.

difusión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la doctrina derivada de ella.⁸

Sin embargo, dado que desde una perspectiva estricta el concepto de derechos fundamentales continua siendo ajeno a nuestra cultura jurídica, en el presente trabajo hablaremos de *derechos humanos y derechos fundamentales* como sinónimos, en tanto se trate de derechos subjetivos públicos que, puestos al servicio del ciudadano, pretenden garantizar tanto un espacio de libertad como la existencia de prestaciones por parte del Estado. Junto a esta función, en el Estado democrático los derechos humanos representan un conjunto de valores que trasciende a todo el ordenamiento jurídico.

Los derechos humanos, así entendidos como derechos fundamentales, representan un conjunto de normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal.⁹ En este sentido, se puede afirmar que son un elemento configurador de Estado constitucional de derecho.¹⁰

⁸ Cfr. Cruz Villalón, P., participación en la ponencia “Sobre el legislador de los derechos fundamentales”, en López Pina, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Facultad Derecho Madrid, UCM, 1991, p. 127. Sobre la cultura constitucional europea puede verse Habermas, J., “El Estado constitucional europeo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 4, enero-junio de 2001, p. 147.

⁹ Cfr. Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J.L. Requejo Pagés, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 104 y ss.

¹⁰ En este sentido pueden verse Díez-Picazo, L., participación en la ponencia “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales”, en López Pina, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, cit., nota 8, p. 293; Gómez Montoro, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia

De esta forma, y partiendo de dos postulados concretos que subyacen en todos los derechos fundamentales, se pueden dejar sentadas dos ideas básicas. En primer término, ha de insistirse en que estos derechos son emanaciones de la dignidad humana: constituyen así facultades cuya falta de reconocimiento o respeto supone un atentado contra la dignidad del individuo. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, el reconocimiento y respeto de los derechos humanos constituye un elemento de legitimación del poder político, dado que la forma de organización política de una sociedad no puede considerarse legítima si no reconoce y respeta los derechos que se derivan de la dignidad humana. Se puede entonces concluir que los derechos humanos, al mismo tiempo que son límites al ejercicio del poder público, se constituyen en origen de la legitimidad del Estado constitucional.¹¹

2. Heterogeneidad del ámbito de protección de los derechos humanos

Según se deduce de lo anterior, los derechos humanos han de ser entendidos como auténticos derechos subjetivos, que configuran una verdadera y propia situación de poder jurídico que, a su vez, engendra un deber correlativo en otro sujeto. Ahora bien, a partir de esta esencia común, lo cierto es que no existe una homogeneidad en su contenido material; antes bien, la

del Tribunal Constitucional español”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 24 y 25.

¹¹ Al respecto puede verse el trabajo de Díez-Picazo Giménez, I., “Comentario al artículo 24”, en Alzaga Villamil, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, t. III, p. 22.

naturaleza de los derechos humanos es evidentemente heterogénea.

Esta heterogeneidad en las diversas parcelas de la dignidad humana que protegen los diversos derechos humanos da pie para marcar muchas diferencias y, sobre todo, para efectuar numerosas clasificaciones.¹²

Una distinción tradicional es la que considera dos tipos de derechos: derechos de libertad y derechos de prestación. Los derechos de libertad se caracterizan porque su definición supone una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, es decir, el derecho fundamental se considera como un límite que impone una actitud de abstención por parte del poder público. Este género de derechos se puede identificar con las “libertades públicas” garantizadas por el Estado liberal de las primeras etapas del constitucionalismo: *v. gr.*, la libertad personal o las libertades de asociación, de expresión o de reunión.

La segunda categoría corresponde a los derechos de prestación. Estos derechos, al contrario de los derechos de libertad, presuponen una actividad por parte del poder público dirigida a asegurar su efectividad. Se puede mencionar como ejemplo el derecho a la educación, que

¹² Bidart Campos señala que las clasificaciones de estos derechos son difíciles, subjetivas y dependientes de criterios variables y de las posiciones *ius* filosóficas que tengan sus autores, *cfr. Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989, p. 172. Para ilustrar la diversidad de clasificaciones existentes puede mencionarse la síntesis realizada por Nogueira Alcalá. De acuerdo con este autor se ha clasificado a los derechos de las siguiente maneras: según el objeto y finalidad de los derechos; según el bien jurídico protegido; según su forma de ejercicio; según el tipo de relación jurídica que suponen; según las diferencias de *status* de las personas; según la estructura de los derechos; según los valores inherentes a los derechos y según a los pactos internacionales *cfr. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, pp. 59-68.

requiere de la existencia de centros y medios de enseñanza.

Sin embargo, la anterior distinción conceptual mencionada no significa una disociación absoluta entre los dos tipos de derechos. Esto se hace evidente si consideramos que, aunque en un derecho sea más evidente el elemento de abstención o de acción del poder público, siempre se encuentra también la necesidad del otro elemento. Así pues, se habla de una “continuidad”¹³ entre derechos de libertad y derechos de prestación. Esto se observa si recordamos que un derecho de libertad no sólo exige la abstención del poder público, sino que a menudo requiere prestaciones complementarias para asegurar su ejercicio. En el caso de los derechos de prestación, es evidente que una vez otorgadas las condiciones para su goce, el poder público ha de permitir su libre disfrute.

Desde un punto de vista ideológico y conceptual, tampoco es posible separar los dos tipos de derechos. Ambos no representan más que manifestaciones básicas del desarrollo del Estado de derecho, ya que del Estado liberal con un carácter abstencionista se ha transitado a un Estado social que busca con su actividad satisfacer otras necesidades del individuo, como por ejemplo la salud, la educación y la cultura.¹⁴

Otro criterio con el que se puede distinguir entre los derechos humanos es en razón de su contenido material. Esta clasificación tiene sus orígenes en la distinción entre las distintas fases en que se fueron afirmando los derechos públicos subjetivos formulada por Jellinek. La pri-

¹³ Pérez Tremps, P., “Los derechos fundamentales”, *Derecho constitucional*, vol. I: *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 140.

¹⁴ Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., nota 3, p. 107.

mera fase es aquella donde el individuo abandona el *status subjectionis*, es decir, su condición de “súbdito”, de sujeto pasivo de las decisiones del poder, para obtener el *status libertatis*, que le proporciona un ámbito de libertad inmune a la acción del poder público;¹⁵ los derechos que se vinculan a esta situación son los derechos que permiten al individuo su configuración como tal, *v. gr.* el derecho a la vida, a la libertad personal o a la intimidad.

Al segundo estadio, el *status civitatis*, se accede cuando el individuo tiene capacidad para exigir del Estado el respeto a sus derechos como ciudadano.¹⁶ En esta etapa se configuran los derechos civiles, entre los que se destacan los de naturaleza procesal.

En una tercera fase de evolución, el ciudadano no sólo tiene un ámbito de acción vedado al Estado y puede exigir de él su cumplimiento, sino que se hace partícipe de la actuación del Estado. Así pues, el reconocimiento de este *status activae civitatis* conlleva, a su vez, el de los llamados derechos políticos, integrados, evidentemente, por los derechos de participación en general y de sufragio, activo y pasivo, en particular.¹⁷

¹⁵ “Al miembro del Estado le corresponde pues un *status* en el cual es señor, una esfera libre del Estado, que niega el *Imperium*. Es el de la esfera de libertad del *status negativo* del *status libertatis* en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo” (Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 87, citado por Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 3, p. 251).

¹⁶ En este *status* es colocado el individuo a quien el Estado “le reconoce la capacidad jurídica para reclamar para sí el poder estatal para utilizar las instituciones estatales, es decir, otorga al individuo pretensiones positivas” (Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 87, citado por Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 3, p. 256).

¹⁷ Alexy señala que este *status* se puede reconstruir con la noción de competencia, pero aclara que sólo se refieren a este *status* las

Finalmente, y dentro ya del Estado social de derecho, se habla de una cuarta fase que se ha dado en llamar *status positivus socialis*, que tiene su reflejo en la proclamación y satisfacción de los derechos de contenido económico, social y cultural.¹⁸

Por otro lado, los derechos humanos difieren en cuanto a sus titulares ya que de algunos derechos sólo pueden serlo las personas físicas, mientras que otros también admiten como titulares a las personas jurídicas o morales.¹⁹ Otro aspecto importante respecto a la titularidad es la distinción entre derechos humanos que son exclusivamente para los nacionales, frente a derechos extensivos a los extranjeros;²⁰ y también puede diferenciarse entre los derechos de los mayores de edad, frente a los derechos de todas las personas.

Los derechos humanos también tienen diferencias en cuanto al sujeto sobre el que recae el deber correlativo. Algunos derechos pueden tener como sujeto pasivo a otro particular: se entra entonces en el terreno de lo que la doctrina alemana denomina *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales. En algunos casos esta eficacia entre particulares se limita al ámbito laboral, y en otros casos se puede hacer extensiva al del derecho civil.

Existen otros derechos que se configuran como genuinos derechos públicos subjetivos, es decir, que sólo pue-

competencias que tienen por objeto una participación en el Estado, que sirven para la formación de la voluntad estatal (*Teoría de los derechos fundamentales, cit.*, nota 3, p. 260).

¹⁸ En este sentido, Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales, cit.*, nota 2, p. 24.

¹⁹ Al respecto puede verse Gómez Montoro, A. J., *op. cit.*, nota 10, pp. 23-71.

²⁰ Reconocimiento que se ha hecho especialmente acuciante en muchos países de Europa, ante la llegada masiva de emigrantes.

de ejercerse frente a los órganos del Estado. Precisamente dentro de estos derechos eficaces ante el poder público encontramos los que se dirigen contra actos de la administración.

II. TRES MODELOS DE OMBUDSMAN. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

La institución del *ombudsman* ha demostrado ser extremadamente adaptable y flexible, pues al día de hoy se encuentra difundida a tal punto que puede llamársele, sin temor a equivocarnos, una institución de carácter universal.²¹ En efecto, la gran difusión de esta institución hace posible encontrar al *ombudsman* en países desarrollados y en países en vías de desarrollo, en países que tienen una forma federal de Estado y en los que son de tipo unitario; de igual forma, el *ombudsman* existe en Estados con un fuerte sistema de derecho administrativo como en países donde este sistema es casi inexistente; existe en países de corte presidencialista junto a los que existen en regímenes parlamentarios.²²

²¹ Es evidente que la trascendencia de esta institución se ha hecho más importante en las últimas décadas, sin embargo, desde la década de los setenta se ha venido señalando su amplia difusión; en este sentido puede recordarse que cuando el maestro Fix-Zamudio realizó su trabajo *Posibilidad de un ombudsman en el derecho constitucional Latinoamericano* ya señalaba la universalidad de esta institución, para, de esta forma, destacar que nuestra región llegaba tarde al análisis, discusión e implementación de esta importante institución jurídica. Véase este ensayo en la obra *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, CNDH, 2001, pp. 403-422.

²² Cfr. Caiden, Gerald E. (ed.), *Internacional Handbook of the Ombudsman*, Londres, Greenwood Press, 1981, 2 vols. De acuerdo con el Instituto Internacional del Ombudsman en el año de 2004, era

En consecuencia, el *ombudsman* ha conocido muchas configuraciones distintas, dependiendo de las distintas funciones a las que se ha dirigido, por lo que resulta complicado intentar una conceptualización general. Sin embargo, para el análisis de esta figura tomaremos como premisa el planteamiento del maestro Fix-Zamudio, quien señala que en la evolución de esta institución pueden reconocerse tres modelos:²³ en primer término, el denominado modelo clásico; en segundo lugar, el *ombudsman* ibérico; y, finalmente, el modelo del *ombudsman* criollo.²⁴ Debe

posible encontrar esta institución en aproximadamente ciento veinte países del mundo. En los cuales el *ombudsman* puede ser de naturaleza regional, provincial, estatal y municipal, e incluso en varios de estos países, el *ombudsman* se encuentra en varios de estos ámbitos, como sucede en el caso de Australia o México. *Cfr.* Los datos de la página web del IIO: <http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/eng/history.html>.

²³ Consideramos que el análisis desde esta perspectiva, que tiene como base la función que realiza, permitirá un mejor acercamiento a la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos en México, objeto del presente trabajo. Sin embargo, resulta evidente que la clasificación de los distintos *ombudsman* puede ser completamente diferente, al respecto pueden verse las diversas tipologías basadas en: la autoridad que realiza el nombramiento del titular de esta institución; en la materia de competencia; o en el ámbito territorial de su competencia, sobre este punto en la doctrina mexicana puede véase a Islas Colín, A. y Vázquez Alfaro, José Luis, “Estudio comparado de la Comisión Nacional de Derechos Humanos con los *ombudsmen* de 11 países de Europa del oeste y Australia”, *Revista Iuris Tantum*, año X, núm 7, otoño-invierno de 1996. Respecto del planteamiento que tomaremos como premisa *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “Intervención del doctor Héctor Fix-Zamudio, investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México”, *Memoria del Quinto Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsman*, México, CNDH, 2001, pp. 160 y 161.

²⁴ La expresión de *ombudsman* criollo, que a nuestro juicio resulta muy afortunada, fue acuñada por Jorge Madrazo al señalar que en Latinoamérica esta institución registra una paternidad sueca y

señalarse que cada uno de estos modelos de *ombudsman* toma como punto de partida el paradigma escandinavo, por lo que esta palabra ha adquirido carta de naturalización en prácticamente cualquier sistema jurídico del mundo.²⁵

En lo que respecta a la institución clásica, se puede señalar que esta es un organismo general o mayoritariamente dependiente, aunque no de manera jerárquica, del Parlamento; es un comisionado parlamentario para la fiscalización de la administración con relación a la legalidad de la conducta de las autoridades administrativas.²⁶ No debe perderse de vista que el *ombudsman* que sigue este modelo ha sido creado para vigilar la legalidad administrativa en una forma mucho más amplia, es decir, no sólo el principio de la legalidad en sentido es-

una maternidad española, aunque los problemas a los que se enfrenta son muy diversos de los que se presentan en los entornos de los países señalados. *Cfr.* Madrazo, Jorge, *El ombudsman criollo*, México, CNDH–Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1996, p. 10.

²⁵ Para el maestro Fix-Zamudio este término puede decirse que se ha incorporado al acervo jurídico universal de la misma forma que lo ha sido el término *hábeas corpus*. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *Memoria del Quinto Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen*, *cit.*, nota 23, p. 160.

²⁶ En este sentido puede verse la definición del ombudsman de tipo “clásico” propuesta por la American Bar Association: “Ombuds receive complaints and questions from individuals concerning people within an entity or the functioning of an entity. They work for the resolution of particular issues and, where appropriate, make recommendations for the improvement of the general administration of the entities they serve. Ombuds protect: the legitimate interests and rights of individuals with respect to each other; individual rights against the excesses of public and private bureaucracies; and those who are affected by and those who work within these organizations”. *Cfr.* ABA, Standards for the establishment and operation of ombuds offices, revised february, 2004, <http://www.abanet.org/adminlaw/ombuds/115.pdf>.

tricto, sino la justicia, la equidad, la razonabilidad en las resoluciones o en los actos de la autoridad administrativa.²⁷

El segundo modelo es el que se puede identificar a partir de las características de la introducción de esta institución en Portugal y en España. Este modelo ha sido denominado por el maestro Fix-Zamudio el *ombudsman* ibérico. Este modelo tiene como característica esencial que el *ombudsman* se constituye en un órgano para proteger los derechos fundamentales. En efecto, estos países volvieron a la senda democrática después de superar dictaduras de muchos años —con la natural actividad restrictiva y en ocasiones violatoria de los derechos de las personas por parte de la administración que conlleva todo gobierno dictatorial—, por lo que en el diseño del nuevo Estado de derecho se tomó la idea del

²⁷ En este sentido puede verse el listado, que la American Bar Association, elaboró de tipos de acción o inacción que procede en las quejas: 1. Injustice; 2. Failure to carry out legislative intent; 3. Unreasonable delay; 4. Administrative error; 5. Abuse of discretion; 6. Lack of courtesy; 7. Simple clerical error; 8. Oppression; 9. Oversight; 10. Negligence; 11. Inadequate investigation; 12. Unfair policy; 13. Partiality; 14. Failure to communicate; 15. Rudeness; 16. Maladministration; 17. Unfairness; 18. Unreasonableness; 19. Arbitrariness; 20. Arrogance; 21. Inefficiency; 22. Violation of law or regulations; 23. Abuse of authority; 24. Discrimination; 25. Disability to act; 26. Errors, mistakes, carelessness; 27. Disagreement with discretionary decisions; 28. Inconsistent with general course of an agency's function; 29. Mistakes in law or arbitrary in ascertainments of facts; 30. Based on irrelevant consideration; 31. Unclear or inadequately explained when reason should have been revealed; 32. Inefficiently performed; 33. All other acts of injustice that frequently the governors inflict upon the governed, intentionally or unintentionally. *Cfr.* Resolution dealing with the establishment of an ombudsman adopted by the American Bar Association at the Midyear Meeting of the House of Delegates in 1969. Appendix A; American Bar Association, Administrative Law Section, ombudsman Committee.

ombudsman de origen escandinavo, pero se le adicionó, además de la función de fiscalizar la legalidad de las conductas de carácter administrativo, la preocupación esencial por la tutela de los derechos fundamentales.²⁸ En este sentido la Constitución española de 1978 considera al comisionado parlamentario el defensor del pueblo, como un órgano o una garantía de los derechos fundamentales,²⁹ tanto los enumerados en la Constitución española como los que derivan de los instrumentos de carácter internacional.

El tercer modelo se desarrolla en Latinoamérica, donde, debido a su especial situación, al contexto histórico

²⁸ De hecho la doctrina española ha señalado que las facultades de supervisión de la administración pública otorgadas a esta institución en la ley orgánica 3/1981 del Defensor del Pueblo son en realidad instrumentales para la protección de los derechos fundamentales, lo que se constituiría en su auténtico fin. Al respecto véase Fernández Segado, Francisco, “El estatuto jurídico constitucional del defensor del pueblo”, en su recopilación *Estudios jurídico constitucionales*, México, UNAM, 2003, pp. 153-224; de igual manera en América Latina se ha subrayado esta vinculación de la institución a la protección de los derechos fundamentales, *cfr.* Santistevan de Noriega, Jorge, “El defensor del pueblo en Iberoamérica”, *Retos actuales de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos. A diez años de la aprobación de los Principios de París*, México, CNDH, 2004, p. 31.

²⁹ La Constitución española del 6 de diciembre de 1978 establece en su artículo 54: “Una ley orgánica regulará la institución del defensor del pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas *para la defensa de los derechos comprendidos en este Título*, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales” (las cursivas son nuestras). El citado precepto integra (junto con el artículo 53 que, entre otras importantes cuestiones, establece el recurso constitucional de amparo) el capítulo cuarto: *De las garantías de las libertades y derechos fundamentales* del importante título I: *De los derechos y deberes fundamentales* de esa carta fundamental.

del continente y a que la institución del ombudsman es de reciente creación,³⁰ el modelo a seguir fue el ibérico —como lo demuestra el hecho de que el nombre defensor del pueblo es el que tiene una mayor recepción entre las designaciones de esta figura en la región—. Sin embargo, existe un conjunto de elementos que distinguen a la figura latinoamericana respecto a la ibérica. En efecto, en esta región, el *ombudsman*, además de dedicarse fundamentalmente a la protección de los derechos humanos —sin que ello implique tampoco abandonar el control de la legalidad administrativa—, incorpora a sus finalidades principales la búsqueda de establecer una cultura de respecto a los derechos humanos.³¹ De esta forma, es-

³⁰ La generalización de la institución del *ombudsman* en los países de nuestro entorno en los últimos años contrasta con el desconocimiento que imperó sobre la misma durante las pasadas décadas. En nuestro país puede señalarse que el estudio y análisis del *ombudsman* ha tenido como principal impulsor a Héctor Fix-Zamudio; para conocer las primeras etapas en la evolución de la doctrina mexicana y latinoamericana que se ha dedicado a ella, puede verse el ensayo “Posibilidad del *Ombudsman* en el derecho constitucional latinoamericano” en su obra *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed. aumentada, México, CNDH, 2003, en especial el § “II Doctrina latinoamericana sobre la institución”, pp. 405 y ss.

³¹ Por todo ello, creo firmemente que América Latina ha sido el campo propicio para el desarrollo de una etapa muy singular en la evolución de esta institución. Para fundar esta afirmación, me baso en las siguientes razones: *a*) es definida la tendencia a la constitucionalización de la figura. La mayoría de los países de América Latina que la han incorporado, lo han conformado como una institución del Estado, no del gobierno; *b*) la independencia funcional que le confieren esas cartas magnas impide, por lo menos desde el plano normativo, que esas instituciones se conviertan en apéndice de intereses partidarios o amortiguador de disputas políticas; *c*) a diferencia de lo que aconteció en el resto del mundo, no fue la necesidad de controlar las meras disfuncionalidades administrativas, la causa inmediata

te modelo tiene grandes tareas adicionales, consistentes, básicamente, en la promoción, difusión y enseñanza

que movilizo su interés; *d*) a esos efectos, y partiendo de la base del esquema clásico del *ombudsman* parlamentario, se adaptaron las experiencias ajenas y se conformó este *ombudsman* criollo con funciones de defensa y protección de los derechos humanos y de control del ejercicio del poder en sus facetas pública y privada; *e*) por la necesidad de asegurar el ejercicio pleno de esas funciones, algunas normas constitucionales les han asignado legitimación procesal amplia superando incluso la del Defensor del Pueblo de España; ello implica la posibilidad de impugnar judicialmente comportamientos estatales y aún, actos de particulares que violaren derechos fundamentales; *f*) si bien fueron los derechos individuales los que motivaron inicialmente su difusión, en consonancia con la tendencia que predica que los derechos humanos se van reconociendo y defendiendo progresivamente, sus competencias han aumentado también al amparo de las crecientes necesidades sociales, es decir, en el marco de los derechos económicos y sociales. En el ámbito de estos derechos, el defensor del pueblo debe obrar con singular prudencia y gradualmente, ya que en estos aspectos, los derechos sociales se irán defendiendo mejor en cuanto un país tenga los recursos económicos para ello. Pero, dentro de esa prudencia, debe actuar con firmeza ante los actos u omisiones del poder público; *g*) recientemente se ha ido perfilando una nueva y trascendente función de algunos *ombudsman* latinoamericanos; me refiero a la custodia de los intereses colectivos o difusos o, como los denomina la Constitución argentina, “derechos de incidencia colectiva” (artículos 43 y 86). Niño, usuario, anciano, trabajador, jubilado, aborigen, enfermo, etcétera); *h*) consecuente con la característica de “promotora del cambio” que es propia de la figura, el defensor del pueblo latinoamericano ha asumido un papel relevante en los procesos de promoción y difusión de los derechos humanos; *i*) su creciente protagonismo como interprete de las demandas de la sociedad civil está determinando el reconocimiento por parte del sistema interamericano, de su derecho a recurrir ante la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cfr.* Maiorano, Jorge Luis, “El defensor del pueblo en América Latina: la necesidad de fortalecerlo”, segunda parte, *Política y actualidad*, 8 de enero de 2001, puede también verse en http://www.politicayactualidad.com/textos.asp?Id_texto=195&id_seccion=6.

de los derechos humanos. En efecto, derivado de que nuestro continente vivió una época en la que predominaron los gobiernos autoritarios, cuando no dictaduras militares, no existieron las condiciones para que en nuestros países se estableciera y se desarrollara una cultura de respecto a los derechos humanos, con el consiguiente deterioro en su vigencia. En México, aunque no ha habido un régimen militar de esa naturaleza, puede señalarse que tampoco existió una preocupación por la defensa de estos derechos de una manera adecuada. En tal virtud, ante la ausencia de un entorno que favorezca el respeto a los derechos humanos, además de las funciones de un *ombudsman* basado en los modelos escandinavo e ibérico, el *ombudsman* criollo o latinoamericano tiene funciones de promoción, difusión, enseñanza y estudio de los derechos humanos, tarea reciente, pero intensa que, en buena medida, ha determinado la organización y funciones de esta institución.

Dada la importancia de la transformación, que hasta este punto hemos esbozado, en las finalidades del *ombudsman* abordaremos en detalle el contenido de cada uno de los modelos, su evolución histórica y las notas que le son características.

III. EL MODELO CLÁSICO DEL OMBUDSMAN

1. *Origen histórico*

El surgimiento y posterior evolución de la institución en Suecia

Las raíces de la institución sueca pueden rastrearse en las luchas entre el rey y parlamento que dominó su historia por más de cuatrocientos años. En el año de 1713, cuando el rey Carlos XII se encontraba prisionero

en Turquía,³² después de la derrota en Poltava frente a Rusia en 1709, conoció la institución turca del jefe de justicia para asegurar que los funcionarios siguieran la ley islámica.³³ Esto llevó a Carlos XII a establecer, de acuerdo con el decreto del 26 de octubre de 1713, una institución denominada “ombudsman superior” (*Konungens Högste Ombudsmannen*), para controlar durante su ausencia a los funcionarios del gobierno sueco; en otras palabras, desarrolló una función de supervisión general a fin de asegurar que las leyes y reglamentos fuesen cumplidos por los servidores públicos.

La denominación genérica del *ombudsman* proviene de las tribus germanas medievales quienes lo aplicaban a un tercero ajeno a un conflicto quien tenía como labor recibir las sanciones de la familia culpable y, arrepentida de un conflicto, dárselo a la familia de la víctima. Con el tiempo el termino se aplicó a una especie de representante,³⁴ de ahí pasa al derecho constitucional sueco, la cual significa, representante, comisionado, protector, mandatario, comisionado o representante del Parlamento y, en consecuencia, protector de los derechos de los ciudadanos.³⁵ La muerte de Carlos XII en 1718 marcó el fin del absolutismo y dio paso a una nueva carta constitucional de 1719, en donde se estableció

³² Ehnbon de Palmquist, Karim, “El *ombudsman* sueco. Origen, desarrollo y cooperación internacional. Discurso de Ingreso de la embajadora de Suecia en la Academia Mexicana de Derecho Internacional”, *Gaceta de la Comisión Estatal de Derechos Humanos*, Chiapas, 2a. época, año 11, septiembre-diciembre de 1999, p. 63.

³³ Cfr. Caiden, Gerald, E. *et al.*, “The Institution of Ombudsman”, en la obra colectiva Caiden, Gerald, E. (ed.), *Internacional Handbook of the Ombudsman*, *cit.*, nota 22, vol. 1, p. 9.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Cfr. Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano (ombudsman)*, México, UNAM-CNDH, 1991.

un parlamentarismo ilustrado. Se cambió su denominación a *justitie-kansler* (canciller de justicia), dotado con amplias facultades para intervenir sobre la administración real y de justicia³⁶ y se le obliga en 1739 en rendir cuentas al parlamento.

En esta primera etapa, destacada la característica del *justitie-kansler*, es que su labor de inspección, que podía conducir no sólo a una información rigurosa al rey, sino también a una persecución de tipo penal sobre aquellos funcionarios que se hicieran acreedores a la misma.³⁷

En 1766 el Parlamento decide que el *justitie-kansler* ya no será nombrado por el rey, sino por los Estamentos y por un periodo de tiempo que comprendía hasta la siguiente reunión de la Cámara. Como no dependía del rey y no acudía al Parlamento con frecuencia para denunciar las irregularidades que descubriera, el *ombudsman* tuvo la necesidad de buscar apoyo en la opinión pública a través de la publicidad de sus investigaciones.

En 1772 ocurre un golpe de Estado absolutista por Gustavo III, quien dicta una nueva ley, en la que el *justitie-kansler* pasa nuevamente a depender del rey. Suecia no se libera del absolutismo real hasta la nueva derrota sueca frente a Rusia en 1809,³⁸ momento en que el Parlamento recobra sus plenos poderes y se promulga la nueva Constitución, en la que institucionalizó la figura del *justitie-ombudsman*, que lo transforma en un órgano nombrado por el Parlamento con una doble finalidad que aún conserva:

Supervisar el funcionamiento de la administración.

³⁶ Venegas Álvarez, Sonia, *Origen y devenir del ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988, p. 28.

³⁷ Cfr. Aguilar Cuevas, Magdalena, *op. cit.*, nota 35.

³⁸ Cfr. Caiden, Gerald E. *et al.*, *op. cit.*, nota 22, p. 11.

Defender los derechos públicos subjetivos y legítimos intereses públicos de la ciudadanía frente a la administración.

De esta forma, a partir de 1809 quedan perfectamente delimitadas y diferenciadas las dos instituciones que realizan la labor de control de la administración:

El canciller de justicia (funcionario al servicio del rey) que desempeña la función de controlar la administración del Estado desde el punto de vista legal, asesor legal del gobierno y representante jurídico de la corona.

El *justitie-ombudsman*, organismo independiente del gobierno para la protección de los ciudadanos contra actos negativos de la administración pública.³⁹

El *ombudsman* no tenía ninguna relación con el rey, su desconexión era radical, y era el Parlamento el órgano con quien mantenía una relación cercana, de hecho es éste quien lo designa, en nombre de quién actúa y ante quién es responsable. La elección del *justitie-ombudsman* se realiza indirectamente por el *riksdag*, a través de una comisión constituida al efecto. Sin embargo, el Parlamento sólo puede darle directivas generales pero no instrucciones específicas.

El ejercicio de su encargo es totalmente independiente. Dicha dependencia se haya garantizada por el hecho de ser él mismo jefe de su personal, nombrándolo o despidiéndolo según considere necesario.

Tiene como obligación presentar un informe anual ante el Parlamento, sobre su actividad fiscalizadora sobre su administración y justicia.

³⁹ Cfr. Aguilar Cuevas, Magdalena, *op. cit.*, nota 35.

Es designado por un periodo de cuatro años y sólo puede ser destituido a petición de la comisión parlamentaria encargada de examinar su actividad, forma de actuar e informes que presenta.

El *ombudsman*, no puede ocupar ningún otro cargo, durante el desempeño de sus funciones.

Al principio el *justitie-ombudsman* era un órgano unipersonal. Con el incremento de la actividad administrativa y un mayor conocimiento de la institución, tuvo un efecto proporcional, al aumentar el número de quejas. En 1915 aparece el *militieombudsman*, que tenía como misión principal controlar la administración militar e investigar todas las quejas, de soldados y oficiales que tuvieron en relación con su servicio en el ejército.

Con la ley del 29 de diciembre de 1967, desaparece con la reorganización de la institución la figura del *militieombudsman*, creando una institución colegiada de tres *ombudsman* de igual categoría, los cuales deberían distribuirse internamente los asuntos materia de la institución, incluyendo los de carácter militar.

En mayo de 1976 se modificó una vez más la institución:⁴⁰ suprimiéndose así a los asistentes y se establecie-

⁴⁰ Artículo 6o. El *Riksdag* debe elegir uno o más *ombudsmän*, a efecto de supervisar, según las instrucciones formuladas por aquél, la aplicación de las leyes y otras normas a los servidores públicos. Un *ombudsman* puede iniciar procedimientos legales en los casos señalados en sus instrucciones.

Un *ombudsman* puede hallarse presente en las deliberaciones de un tribunal o autoridad administrativa y debe tener acceso a las minutas y otros documentos de cualquier tribunal o autoridad. Cualquier tribunal o autoridad administrativa, así como cualquier funcionario civil del Estado o de una municipalidad, debe suministrar al *ombudsman* aquella información o informes que aquél les pida (a tal efecto, también incumbe una obligación para cualquier persona que se halle bajo la autoridad supervisora del *ombudsman*. Cualquier miembro del Ministerio Público debe asistir al *ombudsman* si lo requiere.

ron cuatro *ombudsman*, uno de los cuales actúa como presidente, dirige las labores administrativas del organismo y coordina las actividades de los otros tres.

En la actualidad la oficina del *ombudsman* parlamentario sueco consta de cuatro *ombudsman*.

Cada uno de los cuatro tiene esferas separadas de supervisión establecidas en el Reglamento Interno de la institución que son:

El *chief ombudsman* (coordina la parte administrativa) está encargado de los asuntos relacionados con la administración central que no corresponden a los *ombudsman*.

El encargado de investigar las quejas contra tribunales, ministerio público, policía, prisiones.

El que ve todo lo relacionado a las fuerzas armadas y supervisa actos de las autoridades locales.

El que investiga las denuncias de educación y bienestar social. Sin embargo, sólo el primero está autorizado para firmar las decisiones finales.

Artículo 8o. Los procesos penales por un acto criminal cometido en el ejercicio de sus funciones por un miembro del Tribunal Supremo o del Tribunal Supremo Administrativo deben ser llevados ante el Tribunal Supremo por un ombudsman del Parlamento o por el Procurador General.

El Tribunal Supremo, debe, asimismo, examinar si un miembro de su propio Tribunal o del Tribunal Supremo Administrativo, de acuerdo con las normas previstas al respecto, debe ser removido de su cargo o suspendido en el ejercicio de sus funciones o ser obligado a someterse a examen médico.

Los procedimientos para estos efectos deben ser iniciados por un ombudsman del Parlamento o por el Procurador General.

En Suecia existe una clara separación entre gobierno y administración. El rey como jefe de Estado, queda por completo al margen de cualquier tipo de fiscalización, por parte del *ombudsman*, así como los ministros en el desarrollo de su labor política.

El deber primordial del *ombudsman* consiste en vigilar el modo en que los tribunales y organismos administrativos observan y aplican las leyes del país, en particular las que tocan a la garantía de la libertad, la seguridad y la propiedad de los ciudadanos. Recibe notificaciones de abusos cometidos por cualquier persona que ejerza funciones ejecutivas públicas. Supervisa la actuación de prácticamente todas las autoridades estatales y municipales: civiles, militares, policiales e inclusive de empresas paraestatales que no son órganos de gobierno, sin embargo, realizan funciones ejecutivas públicas, así como a sus funcionarios. Carece de funciones para supervisar a los miembros del Parlamento, al canciller de justicia, a los miembros de la Mesa Directiva del Banco Central.

El *ombudsman* no sólo controla las relaciones administrado-funcionario, sino también las quejas de éste en su relación interna con la administración; con el tiempo, su ámbito de competencia originalmente reducido a la administración central y sus funcionarios, se amplió a los funcionarios de la administración local, entre ellos los agentes de las colectividades territoriales, miembros municipales y comisiones departamentales (1966), excepto los miembros de los consejos municipales. Su ámbito de aplicación se extiende a los jueces, tribunales e iglesia.

En la práctica se ocupa casi exclusivamente de cuestiones de naturaleza formal, tales como retardo en las diligencias, comportamiento impropio, y que los procesos se lleven a cabo en un tiempo razonable.

En cuanto al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo Supremo, el control es más sutil y limitado, por cuanto el *ombudsman* no podrá hacerlo objeto de crítica más que en sus actos jurisdiccionales y siempre que de “forma manifiesta” dicten una sentencia “injusta y contraria a las leyes formales” y la evidencia de los hechos debidamente establecidos. Prácticamente controla toda la administración de justicia.

En cuanto a la Iglesia oficial del Estado, que es la luterana, considerada como un auténtico servicio público, por cuanto recibe fondos del Estado, se encuentra vigilada por el *ombudsman*, salvo aquellas materias consideradas como doctrina.

El *ombudsman* no puede anular o corregir la decisión del funcionario público, sino simplemente recomienda que la decisión sea ratificada en uno u otro sentido, o bien, que los procedimientos administrativos sean modificados, inclusive sugiere reformas a la legislación, cuya principal arma es su poder para criticar la actividad o negligencia, forma en que los servidores públicos resolvieron.

Las características generales más importantes del *ombudsman* en Suecia son:

Es una institución colegiada formada por cuatro funcionarios (*ombudsman*).

Los elige el Parlamento por votación abierta para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos. Deben ser jurisconsultos de probada ciencia y de integridad particular.

No pueden desempeñar ningún cargo público ni privado.

Son independientes del rey y del gobierno.

Son destituidos por el Parlamento cuando pierden la confianza de éste, lo que se logra con mayoría simple.

Su conducta es vigilada por un comité “legal” integrado por miembros del Parlamento.

Supervisa a todas las dependencias y organismos estatales y municipales, y al personal que los integra.

Puede actuar de oficio o a petición de parte.

El *ombudsman* dedica treinta días al año para realizar inspecciones, las cuales pueden ser delegadas a personas de la oficina, para llevarlas a cabo en tribunales, prisiones, dependencias de la administración central, regional o local, a autoridades militares, hospitales, escuelas y demás organismos públicos.

Cualquier persona que se vea afectada en su derecho por una actuación administrativa, o tenga una reclamación contra ésta como consecuencia de su actuación o como decida simplemente actuar en razón del “interés general” puede dirigirse al *ombudsman* en demanda de ayuda. El gobierno tiene acceso directo y personal, pero se exige que la acción sea individual y no colectiva.

Para los casos en que el individuo se encuentre privado de su libertad, presenta su reclamación por escrito y en sobre cerrado, también tienen acceso menores y mujeres afectados por la acción administrativa.

No se requieren de formalismos, sólo debe contener nombre y dirección del demandante y estar firmada por éste. La mayoría de los *ombudsman* respetan la regla de confidencialidad. De acuerdo con la Constitución no tienen que presentar pruebas que apoyen la denuncia, sin embargo, en términos generales, suele solicitarse el mayor número posible de documentos o datos que ayuden a determinar el alcance y veracidad de la denuncia.

No todas las denuncias son aceptadas, es necesario que se hayan agotado todos los recursos; en este caso se le hace saber al denunciante.

El *ombudsman* goza de discrecionalidad para aceptar las reclamaciones y las acciones que habrán de seguirse (autonomía de la acción).

Considerada fundada la queja, si la confrontación del expediente y las aplicaciones del administrado no bastan, el *justitie-ombudsman* realiza una investigación, tiene plenos poderes para examinar los expedientes y documentos oficiales y para interpelar a los funcionarios vinculados con la investigación, en todo caso, si hubiere superior jerárquico, de la autoridad respectiva, debe ser informado del inicio del procedimiento de la investigación.

Todos los documentos oficiales y archivos administrativos pueden ser puestos a disposición del *justitie-ombudsman*, no puede ser opuesta la excepción del secreto administrativo u oficial, salvo en el caso de que afecte a la seguridad nacional.

Finalizada la investigación, el *ombudsman* debe resolver sobre la queja y sólo puede hacerlo de dos formas: dándole la razón al órgano administrativo inspeccionado, o bien al denunciante quien tenía la razón al presentar su queja. En este último caso, puede desde acusar y perseguir al funcionario ante un Tribunal de Justicia o enviarle una amonestación por su proceder incorrecto.

La actuación del *ombudsman* se rige por la Ley de Instrucciones que dicta el Parlamento. Tiene el *status* de un magistrado de la Suprema Corte de Justicia.

En relación con las sugerencias hechas al gobierno, respecto de variaciones o modificaciones a la legislación vigente, puede entenderse por el hecho de que el *justitie-ombudsman* en el proceso de determinación de si hay lugar a las quejas o no, debe estudiar las normas aplicables al caso, además de proponer las reformas que crea oportunas para un mayor perfeccionamiento del orden jurídico.

Variantes suecas de la institución del *ombudsman*

1) El *ombudsman* ejecutivo

Son aquellas personas que desarrollan la función de *ombudsman*, pero que no son nombrados por el Parlamento, de la misma manera llevan acabo funciones de protección al ciudadano pero en campos diferentes y con características propias. Ejemplo: las uniones de comerciantes tienen un *ombudsman* para la libertad de empresa.

2) *Ombudsman* de los consumidores

Es designado por el gobierno. Entró en funciones por primera vez en 1971, con el propósito de garantizar dos leyes: Prácticas Comerciales y la Ley contra Términos Contractuales Impropios. Su principal misión es controlar las formas de publicidad, proteger y defender al consumidor frente a prácticas abusivas y engañosas. Las quejas pueden presentarse por escrito, oralmente o por teléfono. Actúa a petición de parte o de oficio. En ocasiones puede someter el caso ante el Tribunal de Mercado, según lo amerite el asunto de que se trate, cuyas sanciones son inapelables y que generalmente van acompañadas de sanciones económicas muy onerosas.

3) *Ombudsman* de la libertad económica

Creado en el año de 1954, interprete de la ley *anti-trust*, el cual regula el libre juego de la oferta y la demanda, el "buen juego" del tráfico comercial y el respeto de las reglas que lo rigen en el sistema socioeconómico de Suecia. Es designado por el gobierno, puede actuar a petición de parte o de oficio. Su actividad tiene principalmente a la negociación con la parte infractora al realizar

una recomendación y que de no atenderla se adoptarían otras medidas, entre las cuales se encuentra la posibilidad de transferir el asunto al Tribunal de Mercado.

Las prácticas comerciales prohibidas y de mayor vigilancia por el *ombudsman* son: los precios impuestos y las ofertas de precios a no ser que estas últimas beneficien al consumidor.

4) *Ombudsman* de la prensa

Es nombrado por las organizaciones de prensa, aunque no por ello deje de ser enteramente libre e independiente de ellas.

Es una especie de “*ombudsman* privado” de grupo o de sector, ejemplo: *ombudsman* del grupo Xerox. El *ombudsman* de la prensa sueco tiene como misión principal controlar la deontología del periodismo, vigilando las reglas de la moralidad profesional y la no intromisión en la vida privada de las personas.

5) *Ombudsman* para la igualdad de sexo

Creado en julio de 1980 para asegurar el cumplimiento de la Ley para la Igualdad de Sexo en las Relaciones Laborales, que tiene como fin promover la igualdad de los derechos entre el hombre y la mujer en el trabajo. El *ombudsman* debe tratar que los empresarios cumplan voluntariamente con la ley y persuadirlos en la adopción de medidas para el fomento de la igualdad, si no se consigue un arreglo en caso de discriminación, se puede llevarlo ante el Tribunal de la Magistratura del Trabajo, y solicitar un requerimiento, apremiando a la empresa para que tome las medidas indicadas.

2. *La extensión del ombudsman en la península escandinava*

A. *Finlandia*

La historia jurídica y constitucional de Finlandia se encuentra sujeta a dos influencias plenamente identificadas, las cuales a su vez están determinadas por su anexión al reino de Suecia primero, y su posterior dominación por la Rusia zarista, a consecuencia de la paz de Friedric Shamm (1809), Finlandia pasó a manos de Rusia como gran ducado, autónomo y constitucional. Acontecimientos que surten efectos en la actual protección de los derechos del ciudadano frente a la administración, es decir, en la configuración del moderno *ombudsman* finés.

A mediados del siglo XVIII se modifica la posición del *justitie-kansler* y de ser designado por el rey y ser un agente del ejecutivo, pasa a detentar un puesto de confianza de los cuatro Estamentos cuyos cuerpos representativos son los que lo designan, periodo en el cual, el *justitie-ombudsman* se convierte en auténtico defensor del ciudadano, asimismo adquiere gran popularidad y prestigio.

En el periodo de la dominación rusa el *justitie-kansler* era designado por el gobernador general, nombrado a su vez por el zar, con la misión de controlar la actividad del gobierno y administración, bajo la denominación de *prokurator*, al cual se le confería competencia para controlar a los tribunales, administración, la situación de los presos y detenidos, así como para asistir a las reuniones del Senado. Denunciar, ante el zar, las irregularidades de la administración del gran ducado, incluso al gobernador general, era uno de los diversos poderes de los procuradores, logrando un continuo enfrentamiento, a grado

tal, que se tuvo la necesidad de designar a ciudadanos rusos para ocupar el puesto.

A los dos años de la independencia de Finlandia, en su bien intencionada pretensión de otorgar una mayor protección a sus ciudadanos, se introdujo en su Constitución de 1919 la institución del *ombudsman* finlandés, según el modelo sueco. De origen un tanto complicado, figurando algunas propuestas para su desaparición, hasta su consolidación en 1933 a la fecha.

En sus primeros años se desarrollaba en una confusión de competencias con el canciller de Justicia, además de una escasez en la presentación de quejas, lo mismo que la duración en el cargo (un año, a diferencia del *justitie kansler*, quien tenía cargo vitalicio), hacían de su actuación una actividad limitada. En 1933 se aumentó el periodo de vigencia de mandato del *justitie-ombudsman* a tres años, en 1950 se aumentó el plazo parlamentario a cuatro años y se fijó el mismo para el *ombudsman*, al mismo tiempo se delimitaron las competencias del canciller de Justicia y del *ombudsman*.

Siguiendo el principio del doble control y de igualdad entre ambas instituciones se permitió, de acuerdo con la ley 275, que el canciller de Justicia remitiera al *ombudsman* parte de las quejas que recibía. En el transcurso del tiempo ha tomado importancia, la que se traduce en su papel de “jurista de la corona”.

Similares son las disposiciones que lo rigen con relación al *ombudsman* sueco, salvo las siguientes excepciones:

El *ombudsman* es elegido por el Parlamento por la mayoría de los votos de sus miembros. Se integra por un solo funcionario. En reforma constitucional de 1971, se

creó la figura de *ombudsman* adjunto (*assustant ombudsman*).⁴¹

La duración en el cargo es de cuatro años y no puede ser removido, salvo comisión de falta grave.

Su competencia comprende a la fiscalización de la administración (central local y municipal), la Iglesia luterana, los tribunales de Justicia y las fuerzas armadas.

Tiene asiento en el Parlamento y puede asistir a los Consejos de Ministros, lo mismo que oponerse e interviene en problemas políticos-administrativos.

El procedimiento ante el *ombudsman* es muy similar al sueco, cuya característica es que carece de plazo preclusivo alguno.

Las quejas deben ser presentadas por escrito, o bien, oralmente en la oficina del *ombudsman*, por correo o por teléfono, la que se deberá ratificar compareciendo ante el *ombudsman*.

⁴¹ Constitución promulgada el 17 de julio de 1919 con la enmienda introducida el 15 de enero de 1971.

Artículo 49. Sección I. En cada periodo regular de sesiones del Parlamento y de acuerdo con el procedimiento previsto para la elección del presidente mismo, se elegirá por el plazo de 4 años a una persona conocida como eminente experta en las leyes, a efecto de supervisar, como ombudsman del Parlamento, de acuerdo con las instrucciones que éste le dé, difunda dichas leyes en el fundamento de los tribunales y de otra autoridad.

Si el ombudsman falleciere o siguiere en su cargo antes del final del plazo de duración del mismo, el Parlamento podrá elegir un nuevo ombudsman para que sirva por el resto del plazo.

De acuerdo con el mismo procedimiento y por el mismo plazo, deberá ser elegido un ombudsman y, si fuere necesario, lo sustituirá, y un diputado que, si fuere necesario, asumirá las obligaciones del ombudsman asistente; si éste se hallare impedido de hacerlo.

El ombudsman debe presentar un informe anual al Parlamento sobre el desempeño de su cargo sobre el estado de aplicación de las leyes y sobre los efectos que haya encontrado en la legislación.

El *ombudsman* finés realiza inspecciones a instituciones penitenciarias, comisarías de policía, campos de trabajo, fuerzas armadas, tribunales, autoridades municipales, gobierno local, hospitales, para efectuar esporádicamente verificaciones destinadas a evitar errores.

Los informes anuales contienen: estadísticas, generalidades de su actividad inspectora, ejemplos de quejas y medidas que se adoptaron, como cambios en la legislación, sugerencias que se hicieron a la administración, reapertura de procesos ante tribunales o correcciones administrativas, qué cargos se hicieron, contra cuales funcionarios se realizaron y algunos casos de interés en los cuales se interesó el *ombudsman*. Dicho informe comprende un anexo en el que se presenta al Parlamento una relación de acuerdos adoptados por el órgano legislativo, y que nunca fueron llevados a cabo por el gobierno, así como de los que si lo fueron.

B. Dinamarca

Después de la Segunda Guerra Mundial aumentaron las funciones de las autoridades administrativas, situación en la que muchas de las veces se transgredían los derechos de los ciudadanos, por errores, arbitrariedades o abusos de poder. Por lo que en 1946 el Comité Parlamentario establecido para el estudio de las enmiendas a la Constitución, propuso el establecimiento de un *ombudsman* siguiendo el modelo sueco. Se planteó el problema de la configuración del *ombudsman* al sistema constitucional danés. Por lo que el artículo 55 constitucional de junio de 1953 determina: “Una Ley dispondrá que el *Folketing* (Parlamento) designe una o dos personas, que no serán miembros del mismo para vigilar la administración civil y militar del Estado”.

La ley del *ombudsman* fue expedida el 11 de septiembre de 1954, complementada por las Instrucciones de la Asamblea Legislativa del 22 de marzo de 1956, y que fueron sustituidas por las que expidió el Parlamento en 1962.

La elección se hace después de cada elección legislativa que se efectúa aproximadamente cada cuatro años. No es jurídicamente responsable ante el Parlamento, aunque posee un cierto derecho de vigilancia sobre su gestión.

Existe una comisión parlamentaria que vigila la independencia del *ombudsman* en el ejercicio de sus funciones. Esta comisión es la que determina las reglas para el cumplimiento de su gestión y que recibe el informe anual, así como sus dictámenes y los comunica al Parlamento, el número de integrantes, injerencia y competencia son menores con relación al del modelo sueco; ya que su control solo alcanza a la administración civil y militar y no a la administración de justicia.

A partir de 1962 no puede controlar los actos administrativos de los ministros, pero si considerase que debe proceder una acción en contra de un ministro; lo puede hacer a través del Comité para el Ombudsman del Parlamento. Lo que queda fuera de su competencia son las deliberaciones del Consejo, que son secretos tanto para el *ombudsman* como para el Parlamento, lo mismo que las deliberaciones del Consejo Municipal, del jefe de Estado y de los tribunales de Justicia.

A diferencia del régimen sueco, en que la responsabilidad del funcionario judicial o administrativo alcanza la patrimonial y aun la penal, el *ombudsman* danés buscará excepcionalmente la reparación del daño, es decir, ejerce un control preventivo y no represivo. Si el perjuicio no ha ejercido todos sus efectos, recomienda reconsiderar el acto administrativo, y de no ser posible sugiere

no volver a realizar la irregularidad y en su caso considera la posibilidad de indemnizar. Lo cual se señala en el informe anual, lo mismo que las lagunas legales y reglamentarias.

El *ombudsman* actúa de oficio o a petición de parte, puede hacerlo por escrito o de forma oral, solo se exige la firma del actor y de la aportación de cuantos datos sean posibles para la investigación. Realiza un informe anual, el cual es publicado y dado a conocer a todos los medios de comunicación social, además la ley prevé que el *ombudsman* puede dirigir al *Folketing* (Parlamento) o a los ministros informes especiales, en caso de que tenga conocimiento de faltas o negligencias graves u observe lagunas legislativas importantes.

El *ombudsman* dispone de un presupuesto para los gastos de oficina aprobado por el Parlamento expresamente. Tiene categoría de magistrado del Tribunal Supremo y goza de una pensión especial al momento de su retiro.

Diferencias con el modelo sueco: quedan fuera de su ámbito de competencia tanto el jefe de Estado, como los tribunales de Justicia (Poder Judicial). Pero los tribunales administrativos quedan bajo su jurisdicción.

Los ministros de Estado quedan bajo su supervisión y vigilancia, excepto la responsabilidad política de los citados funcionarios ante el Parlamento.

Interviene en el sector paraestatal, incluyéndose en él todos aquellos servicios que se otorgan y subsidian, algunos de los miembros del clero, desde 1962, las autoridades locales. Conoce de actos administrativos realizados en función de la discrecionalidad administrativa.

Es requisito previo e imprescindible para la aceptación de la queja el que no haya transcurrido un año desde que se emitió la resolución o acto objeto de la misma, o desde que ocurrió la última actuación administrativa al respec-

to. Si el que inicia la investigación es el propio *ombudsman* no le es oponible el transcurso de plazo alguno.

La actuación de la autoridad superior interrumpe el plazo de prescripción de los doce meses, que vuelve a iniciarse desde el momento en que aquella responde al actor. Las quejas que atacan decisiones que pueden ser objeto de un recurso ante una autoridad administrativa superior no pueden ser sometidas al *ombudsman* mientras aquéllas no se hubiesen pronunciado.

Los documentos administrativos objeto de la queja no pueden ser puestos en conocimiento de la parte afectada, este “secreto de expediente” se considera una traba que no existe en el modelo original ni en el finlandés.

La actuación sufre de grandes limitaciones en su acción fiscalizadora sobre los funcionarios, en el caso de una investigación a un funcionario, el *ombudsman* tiene la obligación de informar al superior jerárquico, pudiendo optar por una investigación interna de la administración, en cuyo caso el *ombudsman* paralizará sus actuaciones hasta que recaiga resolución al caso tramitado internamente.

C. Noruega

Después de Suecia y Finlandia tuvo la necesidad de estructurar una nueva vía en el control de los poderes de la administración contemporánea.

En 1946 el *Tillitomanskomité* hace estudios preliminares y con la Ley del 21 de abril de 1952 el Parlamento noruego (*Storting*) instituyó un *ombudsman* militar (*Forsvaret*), en 1962 se instituyó un *ombudsman* civil (*sivil ombudsman for Forvaltningen*) de acuerdo con la Ley del 22 de junio y las instrucciones del mismo año.

El *ombudsman* militar esta formado por un Comité intergrado por siete miembros, uno de los cuales es el

presidente, denominado *ombudsman*, las solicitudes se dirigen por los oficiales y demás funcionarios de la Defensa al Comité, pasan al *ombudsman*, quien realiza las tareas de instrucción, recepción de audiencias, etcétera, para después dar cuenta al cuerpo colegiado e reunión plenaria.

La misión principal del *ombudsman* es la de contribuir a salvaguardar los derechos del personal de las Fuerzas Armadas y se esforzará también en acrecentar la eficiencia de las Fuerzas Armadas. Se ocupa de los aspectos militares, de carácter fundamental y de interés público.

Puede actuar de oficio, tanto el *ombudsman* como sus auxiliares, envía un informe anual al órgano legislativo y al Ministerio de la Defensa, además resuelve las consultas que le presenta la Comisión Militar Parlamentaria, el ministro de la Defensa y el comité del comandante en servicio.

El *civil ombudsman* es elegido por el *storting* por un periodo de cuatro años, debe ser jurista de reconocido prestigio, sin relación alguna con partido político, cuyo deber es asegurar que la administración pública no cometa injusticias contra los ciudadanos y que las decisiones de los funcionarios y órganos del Estado no dañen a los ciudadanos ni cometan error.

Su ámbito de competencia se extiende a la administración central y a la local, al igual que la Iglesia (pero no en asuntos doctrinales), está excluido de investigar a los órganos judiciales y los actos del rey en Consejo.

Los ministros, en cuanto jefes administrativos de su departamento, se encuentran sometidos a la posible fiscalización del *ombudsman* aunque no puede éste actuar sobre los acuerdos del Consejo de Ministros, por ser labor del Parlamento.

Rige el principio de definitividad.

A diferencia de los regímenes ya examinados, los denunciantes no pueden dirigirse al *ombudsman* civil, deben hacerlo a los integrantes del *storting*, el cual decide si el asunto contenido en la denuncia debe ser investigado o no por el *ombudsman*. La competencia del *ombudsman* noruego es más limitada que la sueca y aun que la danesa, su actuación es preventiva.

Se exige cierto interés como condición para que se atienda la queja. El plazo para presentar la queja es de doce meses, contados a partir de la fecha en que se produjo o notificó el acto de la misma. Se requiere de igual forma que se hayan agotado todos los recursos que en la vía jerárquica interna de la administración puedan interponerse, en casos excepcionales el *ombudsman* puede acudir en ayuda de una persona a la que se le hayan vencido los plazos. Los requisitos tratan de eludir los formalismos excesivos, de esta forma, sólo se necesita la firma del quejoso y que se aporten el mayor número de pruebas posibles. En el supuesto de que tenga conocimiento de que un asunto que se tramite ante este órgano, se encuentra, al mismo tiempo, en trámite ante un Tribunal, paralizará sus actuaciones y esperará el resultado la sentencia.

Puede actuar de oficio o a petición de parte, a partir de informaciones aparecidas en los periódicos y que considere deben ser investigados, o bien, como resultado de sus diversas giras de inspección.

No posee el poder de sancionar ni de perseguir penalmente a los funcionarios, ni siquiera el de solicitar que una autoridad competente lo haga. Debe limitarse a expresar su opinión sobre los hechos objeto de su competencia, acto que realiza principalmente en su informe anual al Parlamento, para su publicación.

Existe desde 1973, un *ombudsman* del consumidor con funciones similares al sueco, denominado *Torbruke-*

ombudsman designado por el gobierno, su misión se basa en la Ley de Control de Mercado, del 1o. de enero de 1973, controla las normas de mercado, la publicidad y la protección al consumidor.

3. *El ombudsman en el resto de Europa*

A. *El parliamentary commissioner en Inglaterra*

En el Reino Unido se creó con el nombre de *parliamentary commissioner for administration*, en la ley que entró en vigor el 1o. de abril de 1967 en Inglaterra, Gales y Escocia, pero con la característica de que, a diferencia del paradigma escandinavo, los afectados no pueden acudir directamente ante ese organismo sino que la reclamación debe presentarse previamente a un miembro de la Cámara de los Comunes, para que éste la turne, si lo considera conveniente, al citado comisionado. De acuerdo con las leyes de servicios de salud de 1972 y 1973, se otorgaron facultades al mismo comisionado para investigar la prestación de servicios de seguridad social, pero en esta materia existe acceso directo de los interesados. Además, de acuerdo con la Ley de Reforma del Gobierno Local de 1974, se crearon cinco comisionados para fiscalizar los servicios públicos de carácter local, tres de los cuales actúan en Inglaterra y los otros dos en Gales y Escocia. Cuando Irlanda del Norte gozaba de autonomía legislativa antes de asumirse el gobierno directo por Inglaterra, con motivo de la guerra civil que ha azotado dicha región, se crearon los comisionados del parlamento autónomo con atribuciones similares a las de los organismos británicos.

B. *El médiateur de la République francesa*

Uno de los *ombudsman* de mayor trascendencia en el desarrollo de la institución en los ordenamientos continentales europeos se creó en Francia con el hombre de *mediateur*, por la ley del 3 de junio de 1973, el que fue recibido con escepticismo debido al funcionamiento del Consejo de Estado como organismo judicial protector efectivo de los derechos de los administrados frente a las autoridades administrativas. Sin embargo, el *médiateur* se ha desarrollado de manera notable por medio de una labor fructífera, por la cual resuelve con rapidez y sin un procedimiento formal un número considerable de conflictos, con lo que ha auxiliado de esta manera al referido Consejo de Estado. Por otra parte, su titular es designado por el gobierno, pero no puede ser destituido por éste sin causa justificada calificada por el propio Consejo de Estado, y además el acceso de los afectados no es directo sino que, de acuerdo con el ejemplo británico, deben acudir previamente ante algún miembro de la Asamblea Nacional o del Senado. Esta institución ha tenido un éxito considerable en el ámbito nacional y por ello se introdujo un *médiateur* exclusivo para la ciudad de París.

4. *Concepto y elementos del modelo clásico del ombudsman*

Desde una perspectiva tradicional o clásica el *ombudsman* es un comisionado parlamentario para la fiscalización de la administración con relación a la legalidad de la conducta de las autoridades administrativas, o, como se ha señalado por la doctrina, el *ombudsman* es un organismo autónomo cuyo titular, designado por el

Poder Legislativo o el Ejecutivo —o por ambos—, tiene como función esencial la vigilancia de la actividad de la administración, la recepción de quejas de los administrados en contra del funcionamiento de algunos servicios administrativos; la intervención para resolver las controversias en plazos más breves, la investigación respecto de la lesión a los derechos de los administrados y en vista de los resultados de la investigación dirige recomendaciones a las autoridades a efecto de restablecer las prerrogativas que hayan sido vulnerados a los ciudadanos.⁴²

Las funciones que debe desarrollar un *ombudsman* en el modelo clásico son básicamente recibir e investigar quejas. Las características mínimas de un *ombudsman* son:

Independencia.
Imparcialidad.
Credibilidad en el proceso de revisión.
Confidencialidad.

Cada una de estas características contiene un número de elementos que les son esenciales por lo que deben ser establecidos en las leyes que establecen al *ombudsman*.

A. *Independencia*

La institución del *ombudsman* deberá ser creada en la Constitución o en una ley orgánica para asegurar su permanencia. En este sentido, entre más difícil sea cambiar el fundamento legal del *ombudsman* más probable será que se establezca de manera permanente. Su permanencia crea estabilidad para la institución y credibi-

⁴² Cfr. Islas Colín, A. y Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, nota 23, p. 180.

lidad entre el público. De igual forma, el *ombudsman* será libre de realizar críticas sin temer que la institución será abolida o innecesariamente restringida.

El *ombudsman* actúa como funcionario de un cuerpo legislativo o en representación de un cuerpo legislativo y es independiente de las organizaciones que supervisa. El *ombudsman* deberá ser, además, libre o autónomo de cualquier control funcional por el cuerpo legislativo.

El *ombudsman* deberá ser nombrado o ratificado, preferentemente por una mayoría calificada de un cuerpo legislativo a través de un proceso que sea diseñado para evitar nombramientos de tipo político.

El *ombudsman* tendrá su nombramiento por un periodo de tiempo amplio establecido y podrá ser reelecto.

La remoción del *ombudsman* solo podrá ser por causas de responsabilidad y por medio de una mayoría calificada de la misma naturaleza que la requerida para su nombramiento.

El *ombudsman* tendrá un salario establecido y alto. Su pago deberá ser proporcional a la alta responsabilidad que tiene, por lo que debe ser homologado con los jueces de más alto rango del país.

La institución deberá tener un presupuesto en un nivel suficiente para desarrollar los propósitos que le son establecidos por la ley. Su presupuesto de egresos deberá ser independiente de cualquier autoridad supervisora y deberá dirigirse directamente al cuerpo legislativo.

El titular del *ombudsman* deberá tener las facultades exclusivas de nombrar y remover a los miembros de la institución.

Siempre deberá haber alguien capaz de ejercer todas las facultades del *ombudsman*. Debido a que una institución estará paralizada sino existe alguien que pueda ejercer las facultades, el *ombudsman* deberá tener la

autoridad para nombrar encargados de la oficina cuando se ausente del país.

El *ombudsman* deberá tener inmunidad frente a responsabilidad civil o penal por actos realizados bajo la ley.

Los actos del *ombudsman* no deben ser revisados por los tribunales salvo para determinar su jurisdicción.

El *ombudsman* deberá estar facultado para acudir a los tribunales para proteger las facultades legales.

B. *Imparcialidad*

Una alta cualificación deberá requerida para garantizar la selección de un *ombudsman* ampliamente respetado entre los diferentes grupos políticos como imparcial y justo.

Una mayoría calificada deberá ser requerida para el nombramiento del *ombudsman*.

Estarán restringidas las actividades políticas y existirá incompatibilidad con cualquier otra actividad remunerada con el fin de garantizar su ausencia de la arena política y que sea accesible a las quejas de cualquier grupo sin importar su orientación.

La legislación establecerá los procedimientos para aquellos supuestos en los que exista un conflicto de interés. El procedimiento de queja deberá ser directo y gratuito ante el *ombudsman*.

El *ombudsman* no es un abogado de algún individuo o grupo; sin embargo, después de una investigación, el *ombudsman* podrá emitir recomendaciones que beneficien a un quejoso.

C. *Credibilidad en el proceso de quejas*

El *ombudsman* tendrá competencia para investigar cualquier área del gobierno, sin que pueda ser restringi-

da a un tipo particular de afectación. El *ombudsman* podrá investigar quejas contra cualquier área o departamento del gobierno

El *ombudsman* podrá iniciar investigaciones de oficio.

Después de la investigación, el *ombudsman* tiene la responsabilidad de señalar sus conclusiones y recomendaciones. Las conclusiones no son revisables; el *ombudsman* no emite resoluciones vinculatorias.

D. *Confidencialidad*

El *ombudsman* deberá mantener la confidencialidad; no podrá ser forzado a testificar o a entregar información.

IV. LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL OMBUDSMAN IBÉRICO

1. *El promotor de la justicia de Portugal*

Muy brevemente se puede señalar que esta institución se introdujo con motivo de la revolución de 1974, que terminó con la dictadura salazarista, con el nombre de “promotor de la justicia” (proveedor de justicia), en el decreto-ley del 21 de abril de 1975, y se elevó a rango constitucional en el artículo 24 de la carta de 1976 (reformada en 1982)⁴³ y reglamentado por las leyes del 22

⁴³ Artículo 23 (proveedor de justicia):

1. Los ciudadanos podrán formular quejas por acción u omisión de los poderes públicos al Proveedor de Justicia, quien las apreciará sin poder decisorio, dirigiendo, a los órganos competentes, las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias.

2. La actividad del Proveedor de Justicia será independiente de los medios graciables y contenciosos previstos en la Constitución y en las leyes.

de noviembre de 1977, 2 de marzo de 1978 y 9 de abril de 1991.

2. *El defensor del pueblo en España*

De igual forma, es muy conocido el hecho de que la Constitución española de diciembre de 1978 creó un comisionado de las Cortes Generales, con la denominación de “defensor del pueblo”, regulado por su ley orgánica del 7 de mayo de 1981 y con la posibilidad de establecer organismos semejantes en los estatutos regionales, lo que ya ha ocurrido, pues la mayoría de las regiones autónomas han creado, con diversos nombres, instituciones equivalentes.

3. *El ombudsman ibérico. Concepto y elementos esenciales*

Este modelo tiene como característica esencial que el *ombudsman* se constituye en un órgano para proteger los derechos fundamentales. En efecto, como es sabido, tanto España como Portugal volvieron a la senda democrática después de superar dictaduras de muchos años, por lo que fue necesario que en el diseño del nuevo Estado de derecho se modificara la idea del *ombudsman* adicionándole, a la función de fiscalizar la legalidad de las conductas de carácter administrativo, la preocupación esencial por la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido la Constitución española (CE) de 1978 regula esta institución en su artículo 54, lo que como se ha señalado tiene varias implicaciones, en primer término

3. El Proveedor de la Justicia será designado por la Asamblea de la República.

ubica definitivamente a la institución en el rango constitucional, estableciendo la creación de un órgano autónomo de la mayor jerarquía cuya reglamentación delega a una ley orgánica, con la mayoría calificada que conlleva para su aprobación y eventual modificación. En segundo lugar, establece al defensor del pueblo dentro de la defensa de los derechos comprendidos en el ámbito de lo que la carta fundamental española denomina *garantías de las libertades y derechos fundamentales*. Adicionalmente se mantiene la facultad constitucional de supervisar la gestión de la administración estatal con el propósito de velar por el respeto de tales garantías y derechos. De especial importancia resulta también el artículo 162 de la misma CE, que consagra la legitimación del defensor del pueblo para interponer, ante el Tribunal Constitucional, los recursos de inconstitucionalidad (inciso *a*) y de amparo (inciso *b*), lo que lo convierte en un órgano de protección de la Constitución.

Recapitulando, el modelo del *ombudsman* ibérico constituye un desarrollo del modelo clásico de la institución, de la que conservará todas sus características esenciales. Sin embargo, el elemento que determina su diferencia esencial es la nueva función de protección de derechos humanos. Como esto no se quiere decir que el modelo tradicional del *ombudsman* no proteja derechos humanos sino que quiere destacar que el tipo de derechos que se van a proteger son de diferente naturaleza. En efecto, nos parece evidente la diferencia entre los derechos que son afectados por una administración pública con prácticas defectuosas frente a los derechos amenazados por un Estado autoritario. La intensidad de la vulneración es, evidentemente, mucho mayor en los casos de una detención arbitraria en comparación con las vulneraciones derivadas de dilaciones indebidas. De esta forma, con el establecimiento del modelo del *ombuds-*

man ibérico el ámbito de protección de los derechos humanos se amplía de forma notable.

V. LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN NUESTRA REGIÓN: LOS RETOS DEL OMBUDSMAN CRIOLLO

1. *La extensión en América Latina del ombudsman*

A. *El procurador de los derechos humanos de la Constitución guatemalteca, del 31 de mayo de 1985*

El primer *ombudsman* en Latinoamérica en estricto sentido ha sido el procurador de los derechos humanos de Guatemala, establecido en los artículos 273-275 de la Constitución guatemalteca, expedida el 31 de mayo de 1985, y reglamentados por la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del procurador de los derechos humanos, del 10. de octubre de 1986, reformada posteriormente por decreto legislativo del 27 de mayo de 1987.⁴⁴

⁴⁴ Título VI. Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, capítulo V: Comisión y procurador de derechos humanos

Artículo 273. Comisión de Derechos Humanos y Procurador de la Comisión. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado por el correspondiente periodo. Esta Comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un procurador, el cual deberá reunir las cualidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y gozará de las inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo.

Artículo 274. Procurador de los Derechos Humanos. El procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la Re-

*B. El defensor del pueblo colombiano
de la Constitución del 7 de julio de 1991*

En Colombia, después de algunos ensayos durante la vigencia de la Constitución anterior de 1886, la nueva carta fundamental, del 7 de julio de 1991, introdujo al defensor del pueblo en sus artículos 281 a 283, como parte del Ministerio Público, ya que ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del procurador general de la República. Dicho funcionario es elegido por la Cámara de Representantes por un periodo de cuatro años, con base en una terna elaborada por el presidente de la Re-

pública para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración, ejercerá su cargo por un periodo de cinco años y rendirá informe anual al pleno del congreso, con el que se relacionará a través de la comisión de Derechos Humanos.

Artículo 275. Atribuciones del Procurador de los Derechos Humanos. El Procurador de Derechos Humanos tiene las siguientes atribuciones:

- a) Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de Derechos Humanos;
- b) Investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas;
- c) Investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los Derechos Humanos;
- d) Recomendar privada o públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado;
- e) Emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales;
- f) Promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente, y
- g) Las otras funciones y atribuciones que le asigne la ley.

El procurador de los Derechos Humanos, de oficio o a instancia de parte, actuará con la debida diligencia para que durante el régimen de excepción, se garanticen a plenitud los derechos fundamentales cuya vigencia no hubiere sido expresamente restringida. Para el cumplimiento de sus funciones todos los días y horas son hábiles

pública. Estos preceptos fueron desarrollados por la Ley 24, del 15 de diciembre de 1992, que establece la organización y funcionamiento de la defensoría del pueblo.

C. La Constitución peruana de septiembre de 1993

En esta Constitución que fue aprobada en referéndum en el mes de octubre del siguiente año, se creó, en los artículos 161 y 162, la defensoría del pueblo, con las funciones que la carta anterior confirió al fiscal de la nación con escasos resultados prácticos. Su titular, es decir, el defensor del pueblo, es electo por el Congreso con el voto de dos tercios del número legal de sus miembros. Su cargo dura cinco años y no está sujeto a mandato imperativo. La defensoría está regulada por la Ley 26,520, Orgánica de la Defensoría del Pueblo, del 8 de agosto de 1995.

D. El defensor del pueblo en Bolivia de la reforma constitucional del 12 de julio de 1994

La carta fundamental de Bolivia fue reformada sustancialmente el 12 de julio de 1994. De acuerdo con el nuevo texto de los artículos 127 a 131, el defensor del pueblo vela por la vigencia y el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas con relación a la actividad administrativa de todo el sector público, así como por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos. Es elegido por un periodo de cinco años y puede ser reelecto sólo una vez por dos tercios de votos de los miembros presentes del Congreso Nacional. Se otorgó a dicho defensor la facultad de interponer los recursos de inconstitucionalidad, directo de nulidad, amparo y *habeas corpus* sin necesidad de mandato.

*E. El defensor del pueblo de Ecuador
en la reforma de 1998*

También se creó el defensor del pueblo en el artículo 29 de la Constitución de Ecuador de 1978, reformada en enero de 1996, y cuyo texto codificado por el Congreso Nacional fue publicado el 18 de junio de ese año. Dicha carta fundamental fue reformada de nuevo esencialmente en 1998, y de acuerdo con el artículo 96 actualmente en vigor, dicho defensor tiene jurisdicción nacional para promover o patrocinar los recursos de *habeas corpus* y de amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos humanos que dicha carta garantiza, pero además, observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las funciones que le asigne la ley.

El propio defensor, que deberá reunir los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de la Suprema Corte de Justicia, será elegido por el Congreso Nacional fuera de su seno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, luego de haber escuchado las organizaciones de derechos humanos, por un periodo de cinco años con una sola reelección y rendirá informe anual de labores al propio Congreso Nacional. El citado defensor gozará de autonomía política, económica, administrativa y de fuero e inmunidad en los términos que señale la ley. Según la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada el 20 de febrero de 1997, sus atribuciones de promoción incluyen también el recurso de *habeas data* y de tutela, no sólo de los derechos individuales y colectivos establecidos en la carta fundamental, sino también en cuanto a aquellos consagrados en convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador (artículo 1o., incisos *a* y *b* de dicha Ley Orgánica).

F. *El procurador para la defensa de los derechos humanos de El Salvadorde, la reforma constitucional de 1991*

También en los países centroamericanos se ha establecido de manera paulatina esta institución. En efecto, con apoyo en los Acuerdos de Paz suscritos en la ciudad de México entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí el 27 de abril de 1991, se reformó el artículo 194 de la Constitución de El Salvador de 1983, por decreto del 31 de octubre de 1991, con el objeto de establecer un procurador para la defensa de los derechos humanos. Este precepto fundamental fue desarrollado por la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos promulgada el 20 de febrero de 1992.

G. *La Ley del defensor de los habitantes de Costa Rica, publicada el 10 de diciembre de 1992*

Respecto de los *ombudsman* establecidos no en un ámbito constitucional sino en la normatividad ordinaria, debe mencionarse la Ley del Defensor de los Habitantes de Costa Rica, publicada el 10 de diciembre de 1992. Según este ordenamiento, el citado defensor será nombrado por la Asamblea Legislativa por un periodo de cuatro años, mediante mayoría absoluta de los diputados presentes y sólo podrá ser reelegido por un nuevo periodo (artículo 1o.).

H. *El comisionado de los derechos humanos de Honduras de 1995*

El artículo 59 de la Constitución de la República de Honduras de 1962, reformado por decretos del 27 de di-

ciembre de 1994 y 7 de febrero de 1995, introdujo la institución del comisionado de los derechos humanos, con el objeto de garantizar los derechos y libertades reconocidos por dicha carta fundamental. La organización, prerrogativas y atribuciones del citado comisionado se dejaron a la ley reglamentaria respectiva. Este ordenamiento, con el título de Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos fue promulgada el 10 de noviembre de 1995.

I. El procurador para la defensa de los derechos humanos de Nicaragua de 1995

Por lo que respecta a Nicaragua, en las reformas constitucionales del 10. de febrero de 1995, se modificó el artículo 138, inciso 30, para atribuir a la Asamblea Nacional la facultad de nombrar al procurador y al subprocurador para la defensa de los derechos humanos, y confió a la ley respectiva las características de la institución (actualmente artículo 138, incisos 9 y 29). Dicho ordenamiento fue expedido por la propia Asamblea Nacional con el título de Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, y publicado el 10 de enero de 1996. El artículo 3o. de dicha Ley dispone que el procurador es un comisionado de la Asamblea Nacional, electo por ésta, para la promoción, defensa y tutela de las garantías constitucionales de los ciudadanos y sus derechos humanos, a cuyo efecto podrá vigilar y controlar la actividad de la administración pública, dando cuenta a la mencionada Asamblea. Dicho procurador y el subprocurador serán electos para un periodo de cinco años, por el voto favorable del 60% de los miembros de la Asamblea Nacional, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes, y de listas propuestas por los diputados (artículo 8o. de la ley).

J. *El sistema argentino de protección no jurisdiccional de derechos humanos*

En Argentina se advierte un amplio desarrollo de esta institución protectora, que se consagró primero en el ámbito local para después llegar a la esfera nacional. En efecto, son varias las Constituciones de las provincias argentinas que han regulado la institución. Entre ellas podemos mencionar las provincias de Córdoba (26 de abril de 1987), artículo 124;⁴⁵ La Rioja (14 de agosto de 1986), artículo 144;⁴⁶ Salta (16 de junio de 1986), artículo 124,

⁴⁵ Capítulo VII. Defensor del Pueblo y Consejo Económico Social. Defensor del Pueblo.

Artículo 124. La legislatura, con el voto de los dos tercios de sus miembros reunidos en Asamblea, designa al Defensor del Pueblo, como comisionado para la defensa de los derechos colectivos o difusos; la supervisión sobre la eficacia en la prestación de los servicios públicos, y la aplicación en la administración de las leyes y demás disposiciones de acuerdo con lo que determine la ley. Éste goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores y dura cinco años en sus funciones, de las que no puede ser separado sino por las causales y el procedimiento establecido respecto del juicio político.

⁴⁶ Maiorano L., Jorge, *El ombudsman defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Argentina, Ediciones Macchi, 1987.

Capítulo IX. Órganos de fiscalización y asesoramiento.

Defensor del Pueblo. Artículo 144. *Funciones*. Créase en jurisdicción de la Cámara de Diputados la Defensoría del Pueblo, cuyo objetivo fundamental será proteger los derechos e intereses públicos de los ciudadanos y de la comunidad, sin recibir instrucciones de autoridad alguna, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública provincial o sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones. Las actuaciones serán gratuitas para el administrado. La ley establecerá su forma de designación, requisitos, funciones, competencias, organización, duración, remoción y procedimientos de actuación.

fracción V;⁴⁷ San Juan (23 de abril de 1986), artículo 150, inciso 21;⁴⁸ y San Luis (14 de marzo de 1987), artículo 235. Todos estos ordenamientos fundamentales crearon un comisionado parlamentario con el nombre de defensor o Defensoría del Pueblo y se han expedido varias leyes reglamentarias, entre las que destacan las de San Juan, del 23 de abril de 1986; Salta, del 6 de junio de 1986, y de Santa Fe, del 23 de noviembre de 1989.

Por lo que respecta al nivel municipal, tenemos conocimiento de dos instituciones similares. En primer lugar, la Ordenanza número 3,947, expedida por el Consejo Deliberante de la ciudad de Salta, de la provincia del mismo nombre, el 23 de octubre de 1984 y promulgada el 9 de noviembre siguiente, por la cual se creó el cargo de defensor del pueblo; en segundo lugar, en la Ordenanza número 40,831 del 17 de octubre de 1985, publicada el 17 de noviembre del mismo año, expedida por el Consejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires y que introdujo la Contraloría General Comunal.

⁴⁷ Capítulo V. Atribuciones y deberes del Poder Legislativo.

Artículo 124. *Competencias*. Corresponde al Poder Legislativo:

15. Crear y reglamentar facultativamente la organización y funcionamiento de un cargo comisionado legislativo, que tendrá como función hacer peticiones ante la Administración en interés de los habitantes de la Provincia, en representación del Poder Legislativo.

⁴⁸ Capítulo III. Atribuciones de la Cámara de Diputados. Atribuciones.

Artículo 150. Son atribuciones de la Cámara de Diputados:

21. Crear la institución del defensor del pueblo, el que será designado para la defensa de los derechos comprendidos en la sección I de esta Constitución y en aquellos cuyo ejercicio, por tratarse de intereses difusos o derechos colectivos, no pueda ser promovido por persona o grupo de personas en forma individual. En el ejercicio de la acción de amparo por amenazas o violación de tales derechos o intereses, tienen participación necesaria y la representación conjunta con los interesados.

En el ámbito nacional argentino la implantación fue paulatina. Aun cuando se habían presentado varios proyectos para establecer un comisionado parlamentario de acuerdo con el modelo escandinavo, dichas iniciativas no tuvieron éxito. Por este motivo, primero se estableció el defensor del pueblo en la esfera del Poder Ejecutivo, por decreto presidencial del 26 de agosto de 1993, de forma similar a lo que ocurrió en el ordenamiento mexicano en el mes de junio de 1990. El citado defensor era designado por el presidente de la República en acuerdo general de ministros, por un periodo de cinco años con posibilidad de una reelección por un lapso igual.

Esta evolución culminó con la reforma constitucional del 22 de agosto de 1994 a la citada Constitución argentina, que elevó a rango fundamental a este organismo protector. El artículo 86 establece que el defensor del pueblo es un organismo independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, designado y removido por el citado Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Dura en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

Paraguay ha regulado el *ombudsman* exclusivamente a nivel constitucional, pues todavía no han expedido las leyes orgánicas o reglamentarias respectivas, pero lo han hecho en varios preceptos que establecen de forma precisa la estructura y funciones de la institución. Así, en los artículos 276 a 280 de la Constitución de Paraguay del 20 de junio de 1992, se dispone que el defensor del pueblo es un comisionado parlamentario, cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. Dicho defensor gozará de autonomía e inamovilidad y es nombrado por la mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados a partir de una

terna propuesta por el Senado y durará cinco años en sus funciones, y podrá ser reelecto.

2. *Concepto de ombudsman criollo*

Se puede describir al *ombudsman* como la institución encabezada por un alto funcionario público, designado por el órgano parlamentario, por el Ejecutivo o por ambos; competente para recibir las reclamaciones de vulneraciones a los derechos humanos de los gobernados, cometidos por autoridades administrativas en los supuestos de actuaciones al margen de la legalidad, o resoluciones injustas, arbitrarias, o con dilaciones evidentes. Como complemento lógico de la competencia para recibir las quejas por vulneraciones a los derechos humanos, se encuentra la facultad de proponer, sin ningún efecto vinculante, las soluciones que considere adecuadas para evitar o sanar las mencionadas violaciones. Asimismo, es competente para presentar informes periódicos a los máximos órganos de gobierno o legislativos o a ambos, con la posibilidad de sugerir los medios necesarios para el mejoramiento de su respectivo servicio público.⁴⁹

⁴⁹ Fix-Zamudio, Héctor, "Ombudsman", *Estratto dal volumen XXI della Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990; también puede verse Caiden, Gerald E. *et al.*, "The Institution of Ombudsman" en la obra Caiden, Gerald E. (ed.), *International Handbook of the Ombudsman. Evolution and Present Function*, *cit.*, nota 22, pp. 13 y 14; Owen, Stephen, "The Ombudsman: Essential Elements and Common Challenges", en Reif, Linda *et al.*, (eds.), *The Ombudsman: Diversity and Development*, Edmonton, Alberta, International Ombudsman Institute, 1993.

Se puede señalar que hay varias formas de organizar la institución del *ombudsman* pero siempre conservará como características esenciales la independencia, la imparcialidad en el desarrollo de sus investigaciones, la confidencialidad⁵⁰ y la facultad de emitir recomendaciones. En consecuencia el rol tradicional del *ombudsman* se podría resumir como la de una autoridad imparcial que investiga un caso y hace recomendaciones para resolver las quejas que resulten fundadas.⁵¹

Debe destacarse que la principal fuente de poder del *ombudsman* será la habilidad para desarrollar sus investigaciones, su capacidad de persuasión⁵² y la capaci-

⁵⁰ Estos tres elementos son señalados como esenciales por la American Bar Association en sus Standards approved by the ABA House of Delegates at the 2004 Midyear Meeting. Cfr. [Http://www.abanet.org/adminlaw/ombuds/115.pdf](http://www.abanet.org/adminlaw/ombuds/115.pdf).

⁵¹ Acuña Llamas, Francisco Javier, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Una institución a medio camino*, México, Miguel Ángel Porrúa-Universidad Anáhuac del Sur, 2003.

⁵² Lo importante consiste en rescatar la función de tutela y promoción de los derechos. Se trata de una institución, cuya defensa de los derechos humanos y control de la administración estatal, se realiza mediante la recomendación, la pedagogía y la sugerencia de modificación de conductas. De ahí que tradicionalmente la Defensoría del Pueblo haya sido concebida como una magistratura de simple persuasión, cuyas decisiones son respetadas por la elevada y reconocida autoridad moral de la institución. Pèrgola, A. la, "Ombudsman y defensor del pueblo: apuntes para una investigación comparada", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, 1977, p. 75.

La Defensoría del Pueblo, por lo tanto, es una institución pública que no emplea directamente la coercitividad para el cumplimiento de sus recomendaciones, pues por su propia esencia y naturaleza, es una instancia que carece de atribuciones coercitivas o sancionadoras. Debido principalmente a una tradición política común en toda la región y a la inexistencia anterior de instituciones similares, se suele pensar que los órganos sin poder de coerción no pueden realmente cumplir un papel importante en el campo de la protección de los derechos de la persona frente a los abusos que en el ejercicio de sus funciones pudieran cometer los entes públicos. Sin embargo, este ini-

dad para hacer públicas sus actuaciones. De igual forma, para asegurar su eficacia, el *ombudsman* deberá tener la estabilidad en el cargo que asegure su independencia.

VI. EL MOVIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES: LOS PRINCIPIOS DE PARÍS

Finalmente, una vez destacado que el *ombudsman* en América Latina tiene como finalidad esencial la protección y promoción de los derechos humanos, nos parece adecuado dar cuenta en este apartado la forma en que estas finalidades —que como se ha señalado fueron asumidas debido al contexto particular de nuestra región— permiten que estas instituciones formen parte, de manera natural, del movimiento de instituciones nacionales de protección de derechos humanos que es auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En este sentido, la preocupación de la ONU por la vigencia de los derechos humanos justifica el impulso a este movimiento. Se parte de tres premisas expresamente señaladas: en primer término, que debe darse prioridad a la elaboración de arreglos adecuados en el plano nacional para garantizar la aplicación efectiva de las normas internacionales en materia de derechos humanos. En segundo lugar, son las instituciones naciona-

cial escepticismo respecto a la labor de la Defensoría del Pueblo suele disminuir conforme la institución va demostrando con sus actividades que es posible corregir los abusos de autoridad a través de la persuasión.

Villalba Benítez, Laura, *La tutela de los derechos fundamentales y el defensor del pueblo. Estudio comparativo de la institución del defensor del pueblo en España y Paraguay*, Alcalá de Henares, UAH, 2003, p. 11.

les las que pueden desempeñar en el plano nacional el papel más importante en lo que respecta a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y a la formación e intensificación de la conciencia pública respecto de esos derechos y libertades. Es en este punto donde se puede descubrir que en América Latina es el *ombudsman* criollo el que desempeña estas funciones. Finalmente, la tercera de las premisas señala que las Naciones Unidas pueden desempeñar una función catalizadora que contribuya al establecimiento de instituciones nacionales, en su calidad de centro de intercambio de información y experiencia.

Así pues, del 7 al 9 de octubre de 1991 se llevó a cabo en París una reunión técnica internacional denominada *First International Workshop on National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights* a fin de examinar y actualizar la información relativa a las instituciones nacionales de derechos humanos existentes. A la reunión asistieron representantes de instituciones nacionales, Estados, las Naciones Unidas, sus organismos especializados, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales.

Además de intercambiar puntos de vista sobre las disposiciones vigentes, los participantes formularon un amplio conjunto de recomendaciones sobre la función y la composición, así como sobre el estatuto y las funciones de las instituciones nacionales de derechos humanos. Estas conclusiones, conocidas como principios de París, fueron adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos en marzo de 1992, en su resolución 1992/54 y posteriormente por la Asamblea General de las Nacio-

nes Unidas en su resolución 48/134 del 4 de marzo de 1993.⁵³

⁵³ Dada la importancia de estos principios se realiza su transcripción:

A. Competencias y atribuciones

1. La institución nacional será competente en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos.

2. La institución nacional dispondrá del mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia.

3. La institución nacional tendrá, en particular, las siguientes atribuciones:

A) presentar, a título consultivo, al gobierno, al Parlamento y a cualquier otro órgano pertinente, a instancia de las autoridades interesadas o en ejercicio de su facultad de autosumisión, dictámenes, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos; la institución nacional podrá decidir hacerlos públicos; los dictámenes, las recomendaciones, las proposiciones y los informes, así como cualquier prerrogativa de la institución nacional, abarcarán las siguientes esferas:

I) todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos y proposiciones de ley y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación;

II) toda situación de violación de los derechos humanos de la cual decida ocuparse;

III) la elaboración de informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas;

IV) señalar a la atención del Gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos en cualquier parte del país, proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones y, en su caso, emitir un dictamen sobre la posición y reacción del gobierno;

B) promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacio-

Con base en estos principios se constituyó la Red de Instituciones Nacionales Promotoras y Defensoras de los Derechos Humanos del Continente Americano. Esta Red

nales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva;

C) alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a esos textos y asegurar su aplicación;

D) contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de tratados y, en su caso, emitir un dictamen a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia;

E) cooperar con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos;

F) colaborar a la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos y participar en su aplicación en el ámbito escolar, universitario y profesional;

G) dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, en particular la discriminación racial, sensibilizando a la opinión pública, en particular mediante la información y la enseñanza, recurriendo para ello a todos los medios de comunicación.

B. Composición y garantías de independencia y pluralismo

1. La composición de la institución nacional y el nombramiento de sus miembros, por vía de elección o de otro modo, deberán ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos, en particular mediante facultades que permitan lograr la cooperación eficaz o la participación de los representantes de:

— 1 las organizaciones no gubernamentales competentes en la esfera de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación racial, los sindicatos, las organizaciones socioprofesionales interesadas, en particular juristas, médicos, periodistas y personalidades científicas;

— las corrientes de pensamiento filosófico y religioso;

— los universitarios y especialistas calificados;

— el Parlamento;

— las administraciones (de incluirse, los representantes de las administraciones sólo participarán en los debates a título consultivo).

ha desarrollado una intensa actividad celebrando hasta esta fecha tres Asambleas Generales. La primera de

2. La institución nacional dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de créditos suficientes. Esos créditos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de lograr la autonomía respecto del Estado y no estar sujeta a controles financieros que podrían limitar su independencia.

3. En el interés de la estabilidad del mandato de los miembros de la institución nacional, sin la cual no habrá una verdadera independencia, su nombramiento se hará mediante acto oficial en el que se señale un plazo determinado de duración del mandato. Este podrá prorrogarse bajo reserva de que se siga garantizado el pluralismo de la composición.

C. Modalidades de funcionamiento

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

1. Examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia, que le sean sometidas por el gobierno o que decida conocer en virtud de sus atribuciones, a propuesta de sus miembros o de cualquier solicitante;

2. Recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia;

3. Dirigirse a la opinión pública, directamente o por intermedio de cualquier órgano de comunicación, especialmente para dar a conocer sus opiniones y recomendaciones;

4. Reunirse de manera regular y cada vez que sea necesario, en presencia de todos sus miembros, debidamente convocados;

5. Establecer grupos de trabajo integrados por sus miembros, cada vez que sea necesario, así como secciones locales o regionales para facilitar el desempeño de sus funciones;

6. Mantener la coordinación con los demás órganos de carácter jurisdiccional o de otra índole encargados de la promoción y protección de los derechos humanos (en particular, ombudsman, mediadores u otras instituciones similares);

7. Establecer relaciones con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de la promoción y protección de los derechos humanos, el desarrollo económico y social, la lucha contra el racismo, la protección de los grupos especialmente vulnerables (en particular, niños, trabajadores migratorios, refugiados, incapacitados físicos y mentales) o de otras esferas especializadas, habida cuenta de la importan-

ellas en Kingston (marzo de 2002), donde las instituciones presentes llegaron a las siguientes conclusiones:

Establecer, mantener y promover una cultura de respeto a los derechos humanos en la región.
Implementar los principios relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos (o Principios de París).
Promover el reconocimiento y la aplicación de los convenios, recomendaciones y, cuando procedan, las sentencias del sistema interamericano e internacio-

cia fundamental de la labor de esas organizaciones para ampliar la acción de las instituciones nacionales.

D. Principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasi jurisdiccional

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

1. Tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial;

2. Informar al autor de la demanda acerca de sus derechos, en particular de los recursos de que dispone, y facilitarle el acceso a esos recursos;

3. Conocer de todas las denuncias o demandas o transmitir las a cualquier otra autoridad competente, dentro de los límites establecidos por ley;

4. Formular recomendaciones a las autoridades competentes, en particular proponer modificaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, especialmente cuando ellas sean la fuente de las dificultades encontradas por los demandantes para hacer valer sus derechos.

Cfr. [Http://www.nhri.net/pdf/parisprinciples.spanish.pdf](http://www.nhri.net/pdf/parisprinciples.spanish.pdf)

nal en materia de derechos humanos por parte de los gobiernos de los Estados.

Fortalecer de manera individual y colectiva a las Instituciones Nacionales del Continente Americano y apoyar el desarrollo de las Instituciones emergentes de todos los países de la región.

Incrementar la cooperación con las organizaciones no gubernamentales dedicadas a promover y proteger las libertades fundamentales y los derechos humanos.

La Segunda Asamblea de la Red de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección des los Derechos Humanos del Continente Americano se llevó a cabo en San José, Costa Rica, los días 26 y 27 de marzo de 2003. En dicha reunión —que se llevó a cabo con presencia de los representantes de la UNESCO, de la Asociación de ombudsman de los Estados Unidos de América (USOA), del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y de la Asociación de Ombudsman del Caribe (CAROA)—, se incorporaron a la Red, como miembros de pleno derecho, la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá y la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela. De importancia también resultó la decisión de ofrecer apoyo y cooperación a las instituciones nacionales que en esa fecha no cumplían con los *Principios de París*, para que obtengan el reconocimiento de autonomía e independencia en sus países y al mismo tiempo se realizó una exhortación para los Estados que no contaban con una institución nacional.

De la tercera Asamblea, llevada a cabo en Argentina en junio de 2004, nos parece especialmente destacable la presentación de un Plan de Acción para impulsar la creación de instituciones nacionales de derechos huma-

nos en Chile, Brasil, Uruguay y República Dominicana, a cargo del equipo de instituciones nacionales de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de la oficina para las Américas de la OACNUDH.

De igual forma nos parece especialmente importante la práctica de la organización de un seminario temático antes o después de cada reunión de la Asamblea General de la Red. En este sentido, resulta crucial que se ponga sobre la mesa de discusión en estas Asambleas de la Red la cuestión de cuál es el papel que juegan las instituciones nacionales para prevenir la tortura o apoyar al Estado y a la sociedad civil en este reto. En este sentido, dentro de las sesiones de la Asamblea se señaló que son las instituciones nacionales, por la misma naturaleza de sus mandatos y funciones, quienes están llamadas a la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esto debido a que estas instituciones nacionales tienen la competencia y responsabilidad de promover y proteger los derechos humanos; pueden presentar opiniones, recomendaciones, propuestas o informes al gobierno, parlamento y otros órganos y pueden decidir de hacerlos públicos en caso de violaciones de derechos humanos; pueden brindar a la atención del gobierno cualquiera violación y formular recomendaciones para acabar con ellas; pueden promover la armonización de la legislación nacional con los estándares internacionales; pueden animar a los gobiernos a que ratifiquen la Convención y el Protocolo Adicional contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, pueden considerar cualquier cuestión de su competencia y escuchar personas sobre cuestiones o situa-

ciones que les interesan, y algunas instituciones pueden recibir y considerar quejas individuales.⁵⁴

De igual manera puede señalarse que la Red resulta de gran trascendencia en la discusión de otros temas de especial importancia para la causa de los derechos humanos como son el racismo y discriminación; temas de discapacidad; derechos de las minorías; pueblos indígenas; contra el terrorismo; migración y, finalmente, prevención de tortura. Respecto de estas cuestiones nos remitimos a lo señalado en el capítulo cuarto.

⁵⁴ Mensaje de abertura del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en funciones Bertrand Ramcharan a la Asamblea General de la Red de las Instituciones Nacionales de las Américas, Buenos Aires, Argentina, 9-11 de junio de 2004. *Cfr.* [http://www.nhri.net/pdf/Network%20Americas%20NI%20-AHC%20Speech\(SP\).pdf](http://www.nhri.net/pdf/Network%20Americas%20NI%20-AHC%20Speech(SP).pdf).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ORGANISMOS NO JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. INTRODUCCIÓN

Los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos que, como se ha dicho en el capítulo anterior, partiendo de la institución del *ombudsman* de origen escandinavo se pueden adscribir al modelo del *ombudsman* criollo, son muy recientes en el ordenamiento mexicano, lo que no ha sido obstáculo para que, conjuntamente con el juicio de amparo, hayan sido las garantías constitucionales con mayor eficacia para la tutela de los derechos fundamentales.

De hecho puede afirmarse que la tutela de los derechos humanos en nuestro país fue complementada con la creación de los nuevos instrumentos establecidos en las reformas constitucionales y legales de 1994 y 1995; pero en el ámbito de las garantías constitucionales dirigidas al ciudadano, es decir, donde exista legitimación activa a favor del individuo, indudablemente estos organismos de tutela no jurisdiccional desempeñan una función que a nuestros días puede calificarse como indispensable.

II. ANTECEDENTES

Como se ha destacado, en el ordenamiento mexicano, la creación del *ombudsman* ha sido reciente pero se ha desarrollado con inusitada rapidez. En efecto, hasta principios de la década de los ochenta,⁵⁵ la institución era prácticamente desconocida en nuestro país, pero durante dicha década se realizaron varios ensayos para establecer organismos similares, aun cuando sin una comprensión muy estricta de la organización y funciones de la institución. Dentro de estos intentos, que no tuvieron eficacia en la práctica, podemos mencionar la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos del estado de Nuevo León, establecida por una ley del Congreso local del 3 de enero de 1979; el procurador de vecinos, creado por acuerdo del ayuntamiento de la ciudad de Colima el 21 de noviembre de 1983, y que se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del Estado de Colima, publicada el 8 de diciembre de 1984.⁵⁶

El primer organismo que ha funcionado en la realidad, aun cuando con una competencia restringida, ha sido la Defensoría de los Derechos Universitarios, cuyo

⁵⁵ En este sentido, aun reconociendo que fue Lucio Cabrera quien realizó el primer trabajo de difusión de esta institución en nuestro país ("Una forma política de control constitucional. El comisionado parlamentario de Escandinavia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de México*, núm 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580) debe señalarse que fue el maestro Fix-Zamudio quien ha desempeñado un papel trascendental en la difusión de esta institución, mediante la elaboración trabajos como impulsando y dirigiendo investigaciones sobre la materia. Al respecto puede verse como punto de partida el ya citado "Posibilidad de un ombudsman en el derecho constitucional Latinoamericano", *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos, cit.*, nota 21, pp. 403-422.

⁵⁶ *Cfr.* Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano* (ombudsman), *cit.*, nota 35, pp. 113-138.

estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM, el 29 de mayo de 1985.⁵⁷ Siguieron varias instituciones a nivel estatal y municipal, tales como la Procuraduría para la Defensa del Indígena del estado de Oaxaca (1986); la Procuraduría Social de la Montaña del Estado de Guerrero (1987); la Procuraduría de Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes (1988), y la Defensoría de los Derechos de los Vecinos de la ciudad de Querétaro (1988).⁵⁸

1. *Consideraciones sobre algunas instituciones citadas erróneamente como antecedentes*

A. *La Ley de Procuradurías de Pobres de San Luis Potosí de 1847*

La Ley de Procuradurías de Pobres de San Luis Potosí de 1847, es considerado, de una manera que se puede considerar ya un tópico, como el antecedente mexicano más distante de la protección de derechos humanos en nuestro país.⁵⁹

La ley estableció tres procuradores que reparaban cualquier exceso, agravio, vejación, maltrato o tropelía

⁵⁷ Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La Defensoría de los Derechos Universitarios: análisis legal", *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, pp. 23-32; Carreras Maldonado, María *et al.*, *Defensoría de los Derechos Universitarios (ombudsman de la UNAM)*, México, UNAM, Cuadernos de Legislación Univesitaria, 1993, y Carreras Maldonado, María *et al.*, *Concordancias y comentarios del Estatuto y del Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios*, México, UNAM, 1992.

⁵⁸ Cfr. Madrazo, Jorge, *Derechos humanos. El nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 50 y 51.

⁵⁹ Fue promovido por Ponciano Arriaga en esa entidad federativa. Cfr. Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano (ombudsman)*, *cit.*, nota 35, p. 135.

cometida por una autoridad o funcionario público del ámbito judicial, político o militar. Averiguaban “los hechos y decretaban la reparación de la injuria o la inculpabilidad de la autoridad, teniendo a su disposición la imprenta del Estado para dar a conocer a la opinión pública el nombre de las autoridades que no cumplían con sus recomendaciones...”⁶⁰

Otra de las atribuciones de los procuradores de pobres, era visitar los juzgados, oficinas públicas, cárceles y lugares análogos para formular de oficio las quejas o pedir datos e información a todas las oficinas del Estado.

Sin embargo, aunque se han venido subrayando aquellas características que pueden recordarnos a la figura del *ombudsman* moderna, en realidad los procuradores de pobres carecían de la independencia y autonomía que les son esenciales a esta institución por lo que en nuestra opinión la cita constante de la Procuraduría de Pobres como el primer antecedente del *ombudsman* en México responde al prurito de buscar antecedentes remotos a las instituciones actuales.⁶¹

B. *La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor*

A partir de que se promulga la Ley Federal de Protección al Consumidor, 5 de febrero de 1976, se pueden proteger los derechos del consumidor consistentes en seguridad, información, elección, audiencia, reclamación y

⁶⁰ Por otro lado, si el hecho merecía pena de gravedad, ponían al presunto responsable a la disposición del juez competente. *Cfr., idem.*

⁶¹ En este mismo sentido *cfr.* Carpizo, Jorge, “Algunas semejanzas entre el ombudsman español y el mexicano”, *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales*, Lima.

educación recogidos por la Organización Internacional de Uniones de Consumidores.⁶²

Para hacer viable en la práctica los derechos y postulados contenidos en la Ley Federal de Protección al Consumidor, se creó la Procuraduría Federal del Consumidor,⁶³ con el objetivo defender los derechos, dignidad y patrimonio de los ciudadanos.⁶⁴

La Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado, con funciones de autoridad, personalidad jurídica y patrimonios propios y, por tanto, una institución que se aproxima a la figura del *ombudsman*. A pesar de que no tiene obligación de rendir informes específicos anuales, que es una forma muy importante y efectiva de ejercer presión moral para señalar errores y corregir deficiencias.⁶⁵

Entre las atribuciones que le confiere la Ley a la Procuraduría, destacan la de representar individual y colectivamente a los consumidores ante proveedores de bienes y servicios y toda clase de autoridades, estudiar y proponer medidas encaminadas a su protección, proporcionándoles asesoría gratuita, conciliar en definitiva sus controversias, excitar la participación de otras autorida-

⁶² Además, se crearon mecanismos administrativos para impartir justicia, capacitar, organizar y orientar a los ciudadanos en su carácter de consumidores. *Cfr.* Lares, Víctor Hugo, "El consumidor y un marco periódico", *Alegatos*, México, núm. 1, septiembre-diciembre de 1985, pp. 42-44.

⁶³ Este fungía como un órgano de ejecución y como difusor de los postulados del Instituto Nacional del Consumidor.

⁶⁴ Fix-Zamudio, Héctor, "La solución escandinava; *el ombudsman*", *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, capítulo VI, pp. 341-343.

⁶⁵ *Idem.*

des y, en general, velar en la esfera administrativa la observancia y aplicación de la Ley.⁶⁶

Recapitulando, aunque debe reconocerse que este organismo tiene algunos elementos en común con la institución del *ombudsman* sobre todo en lo que respeta a su activa participación en la defensa de una categoría de derechos del ciudadano (cuando actúa como consumidor o usuario de bienes y servicios) y claramente no representa ninguna instancia jurisdiccional; sin embargo, no se puede considerar como un antecedente de la implantación del *ombudsman* en nuestro país. En efecto, si consideramos que su actividad no va dirigida al control de la actividad del Estado; que carece de autonomía en el desempeño de sus funciones y, por lo tanto, también de la independencia que es el elemento esencial a la institución es evidente que, siendo muy meritoria y útil la labor que realiza, no se puede considerar que se acerque al ideal de magistratura de opinión que inspira la implantación del sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos.

2. *La Defensoría de los Derechos Universitarios del 29 de mayo de 1985*

El primer antecedente se encuentra en la Defensoría de los Derechos Universitarios del 29 de mayo de 1985, planteada por el entonces rector de la UNAM, Jorge Carpizo.⁶⁷ Órgano independiente de las autoridades de

⁶⁶ Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano* (ombudsman), *cit.*, nota 35, p. 117.

⁶⁷ La creación de la institución del ombudsman, no sólo había tenido un gran éxito en el ámbito administrativo, sino en el campo universitario ya que se había implantado en diversas universidades de Canadá, Inglaterra, Alemania y Estados Unidos de Norteamérica.

la UNAM, creado por el Consejo Universitario e integrado por un defensor, dos adjuntos y el personal auxiliar.⁶⁸

La finalidad de su establecimiento fue colmar los vacíos o lagunas que existían en la legislación de la UNAM, respecto a la protección para los estudiantes y los miembros del personal académico ante los actos de las autoridades universitarias. Así, este órgano colmó un espacio que otros medios y mecanismos no pueden cubrir adecuadamente para asegurar el cumplimiento de los derechos universitarios, y ofreció los canales para que tal protección se realice a través de instancias institucionales.⁶⁹

La Defensoría vigila el cumplimiento del orden jurídico universitario y tramita las quejas que por violación de derechos individuales universitarios presenta el personal académico y alumnos de la UNAM, porque se consideran afectados por algún acto u omisión de las autoridades universitarias.⁷⁰ Un vez que tiene conocimiento

Por ejemplo, en abril de 1971, se constituyó esta institución la Universidad de Alberta, cuyas funciones fueron oír, investigar y tramitar las quejas de los estudiantes y del personal de la Universidad que se haya visto afectado por los procedimientos, prácticas y reclamaciones, o dependientes de carácter académico y administrativo de las autoridades de la Universidad. *Cfr., ibidem*, p. 120.

⁶⁸ Señalado por el licenciado Jorge Barrera Graf, en su toma de posesión como defensor de los derechos universitarios. *Cfr., UNAM, Gaceta*, vol. 1, núm. 30, 8 de agosto de 1985. *Revista Proceso*, núm. 458 del 12 de agosto de 1985.

⁶⁹ Exposición de motivos del “Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios”, presentada el 24 de abril de 1985 por el rector de la UNAM ante el Consejo Universitario.

⁷⁰ Cabe señalar que no conoce de afectaciones de derechos de carácter colectivo, de naturaleza laboral, de resoluciones disciplinarias dictadas por autoridades, de resoluciones académicas de profesores, comisiones dictaminadoras o consejos internos o técnicos; así como de violaciones que puedan impugnarse por otras vías establecidas por la legislación universitaria. *Cfr., artículo 7o.* del Estatuto de la

de la queja o reclamación, debe buscar una amigable composición; es decir, una conciliación entre el quejoso y la autoridad que emitió el acto. Para lograr lo anterior, el Estatuto establece un:

...procedimiento breve y expedito, a través de una regulación flexible que, no obstante, haga respetar las garantías de los que participen en el procedimiento, conduzca a la propuesta de soluciones, así como teniendo una visión global de la administración universitaria, proponga los cambios que considere necesarios a la Legislación Universitaria.⁷¹

Deben destacarse algunas cuestiones respecto a esta institución:

Puede actuar a petición de parte o investigar de oficio las quejas que se publiquen en los periódicos y, principalmente, en *Gaceta UNAM*.

Debe presentar un informe al H. Consejo Universitario que debe ser ampliamente divulgado.⁷²

La Defensoría emite recomendaciones.

Por anterior, se puede sustenta que la Defensoría de los Derechos Universitarios del 29 de mayo de 1985, es un antecedente del sistema nacional de organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos.

Defensoría de los Derechos Universitarios publicado en *Gaceta UNAM*, el 11 de agosto de 1986.

⁷¹ Aguilar Cuevas, Magdalena, *op. cit.*, nota 35, p. 122.

⁷² En el informe se señalarán los asuntos planteados, los admitidos, las investigaciones realizadas y los resultados obtenidos. *Cfr.*, Artículo 10 del estatuto y ver el Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios publicado en *Gaceta UNAM*, el 11 de agosto de 1986.

3. *La Procuraduría para la Defensa del Indígena de Oaxaca de 1986*

Otro de los antecedentes es la Procuraduría para la Defensa Indígena del Estado de Oaxaca de 1986, como organismo dependiente del Ejecutivo federal.⁷³

Surgió ante la necesidad de contar con una institución que protegiera el ejercicio pleno de los derechos de las etnias indígenas, ya que se encontraban en una situación de desventaja por causas derivadas de una injusticia económica y social. Es decir, tuvo la responsabilidad del proceso de liberación de los indígenas privados de su libertad como consecuencia de problemas relacionados por su situación socioeconómica y cultural.⁷⁴

A su vez, la Procuraduría tenía la atribución de intervenir para evitar malos tratos a los procesados indígenas; supervisar, custodiar y operar los recursos financieros provenientes del gobierno federal, estatal o municipal; fungir como órgano de asesoría jurídica a las instituciones gubernamentales involucradas en la defensa de los derechos étnicos, y prevenir la comisión de delitos a través de campañas en idiomas indígenas.

Por todo esto también podemos considerar a esta Procuraduría como otro antecedente de la institución del *ombudsman* en nuestro país.

⁷³ Artículo 4o, fracción II, de la Ley Orgánica de la Defensoría de Oficio y Social del Estado de Oaxaca y su reglamento, publicado en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de Oaxaca*, el 26 de septiembre de 1986.

⁷⁴ Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano* (ombudsman), *cit.*, nota 35, p. 128.

4. *La Procuraduría Social de la Montaña de Guerrero de 1987*

Esta Procuraduría es el tercer antecedente y se constituye en abril de 1987.⁷⁵ Es un órgano administrativo desconcentrado por territorio, con autonomía técnica, subordinada al Ejecutivo local, cuya finalidad es proteger los intereses de los indígenas habitantes de la montaña.⁷⁶ Entre las facultades de la Procuraduría destacan:

Propiciar el desarrollo integral de la región con propuesta de inversión en la zona y la prestación de mejores servicios.

Coadyuvar a la protección de intereses agrarios y penales de los indígenas de la región, en los tribunales y órganos competentes.

Auxiliar al Instituto Nacional Indigenista en la investigación de los problemas de los grupos indígenas.

Promover la organización para la producción y la comercialización de los productos de la región.

Instrumentar el Programa de Desarrollo Integral de la Montaña.

Promover el rescate y preservación de la identidad cultural de cada etnia y orientar la impartición de justicia para los pueblos indígenas, a través de la Comisión Estatal de Justicia.

Mediante este órgano, los municipios densamente poblados por indígenas encuentran la protección a sus derechos con facultades para salvaguardarlos. Es por ello que se considera como un antecedente a esta institución.

⁷⁵ *Periódico Oficial del Estado de Guerrero* del 29 de abril de 1987.

⁷⁶ Artículo 1o. de la Ley de la Procuraduría Social de la Montaña. Se consideró como un intento por acelerar y equilibrar el desarrollo de la Región de la Montaña.

5. *La Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes de 1988*

El último antecedente es la Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes de 1988. Se establece por un decreto que reforma y adiciona la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del 1o. de agosto del mismo año.⁷⁷

Es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo estatal, cuya finalidad es tutelar las quejas presentadas por violaciones a las obligaciones establecidas a los servidores públicos.⁷⁸ Para ello puede requerir información a las autoridades y recomendar la actuación de éstas; pero, sin facultad de imperio para hacer cumplir sus recomendaciones.

Entre las principales atribuciones de la Procuraduría se encuentran:

Tiene la facultad y autonomía para investigar las quejas y, así, formular recomendaciones, advertencias y recordatorios de los deberes legales.

Tiene el acceso a las dependencias, al expediente o documento administrativo o judicial, ya que todos los servidores públicos deben proporcionarle apoyo.

Deberá rendir anualmente por escrito un informe de actividades al gobernador y al Congreso estatal.

Promociona la cultura de los derechos humanos, a través de actividades académicas y de comunicación social, así como intercambio nacional e internacional de experiencias en la materia.

⁷⁷ Decreto de creación de la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes, periódico oficial, 14 de agosto de 1988.

⁷⁸ Sin embargo, no se podía actuar cuando el asunto se relacione con procesos electorales ni de índole laboral cuando el afectado sea un servidor público.

En general, la Procuraduría tiene como objetivo salvaguardar la veracidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la actuación de los servidores públicos.⁷⁹

III. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *La creación: el acuerdo presidencial del 5 de junio de 1990*

El paso más importante en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos, se dio con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, por decreto presidencial del 5 de junio de 1990⁸⁰ y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 1990. Además, debido a que el decreto plasmó de manera general las atribuciones de los órganos, se desarrolló con mayor amplitud algunos aspectos⁸¹ en el Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (RICNDH).⁸²

⁷⁹ Sin embargo, en la práctica presenta dificultades en su funcionamiento primordialmente en la rebeldía de la Procuraduría General de Justicia del Estado. *Cfr.*, Villar, Samuel I. del y Barrera Graf, Jorge, *El primer ombudsman en el gobierno de México: el procurador de protección ciudadana de Agascalientes*, México, Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1990, p. 30.

⁸⁰ Anteriormente existía la Dirección General de Derechos Humanos, pero el Ejecutivo federal determinó crear un organismo desconcentrado adscrito a esta dependencia.

⁸¹ Como el alcance, el procedimiento a seguir para la atención de las quejas y el desahogo de las investigaciones iniciadas con motivo de aquellas, el carácter de sus dictámenes y resoluciones, etcétera.

⁸² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de agosto de 1990.

A. *La concepción y diseño original de la CNDH*

La Comisión fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación.⁸³ Contaba con un titular que era nombrado libremente por el presidente de la República;⁸⁴ un secretario ejecutivo;⁸⁵ un Consejo Honorario invitado por el Ejecutivo federal;⁸⁶ secretario técnico también designado por el titular del Ejecutivo federal,⁸⁷ y un visitador que dependía del presidente de la Comisión.⁸⁸

Cada uno de los miembros tenía determinadas facultades establecidas en el decreto de creación y en el RICNDH.⁸⁹

⁸³ Artículo 1o. del Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación (en adelante DCNDHODSG), *Diario Oficial de la Federación* del 6 de junio de 1990.

⁸⁴ Artículo 4o. del DCNDHODSG. Su primer presidente fue el constitucionalista Jorge Carpizo, quien realizó una labor excepcional, no sólo en cuanto a la investigación de reclamaciones individuales por violación de derechos fundamentales por la conducta de carácter administrativo de las autoridades públicas, sino que también desarrolló una dinámica actividad en cuanto a la promoción, enseñanza, capacitación y divulgación de los propios derechos humanos, así como una profusa labor editorial. *Cfr.* Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, UNAM-CNDH, 1993, pp. 11-29.

⁸⁵ Artículo 7o. del DCNDHODSG.

⁸⁶ Artículo 6o. del DCNDHODSG.

⁸⁷ Artículo 6o., último párrafo, del DCNDHODSG.

⁸⁸ Artículo 8o. del DCNDHODSG.

⁸⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de agosto de 1990.

CUADRO 1
ÓRGANOS Y FACULTADES

*Presidente
de la
Comisión*

-
- The diagram consists of a small rectangular box on the left containing the text 'Presidente de la Comisión' in italics. An arrow points from the right side of this box to a larger rectangular box on the right. This larger box contains a list of ten numbered items (I to X) detailing the powers and functions of the President of the Commission.
- I. Ejercer la representación legal de la Comisión Nacional;
 - II. Formular los lineamientos generales a los que se sujetarán las actividades administrativas de la Comisión, así como nombrar, dirigir y coordinar a los funcionarios y al personal bajo su autoridad;
 - III. Dictar las medidas específicas que juzgue convenientes para el mejor desempeño de las funciones de la Comisión;
 - IV. Distribuir y delegar funciones en los términos del Reglamento Interno;
 - V. Enviar un informe anual al Congreso de la Unión y al Titular del Poder Ejecutivo Federal sobre las actividades de la Comisión;
 - VI. Celebrar, en los términos de la legislación aplicable, acuerdos, bases de coordinación y convenios de colaboración con autoridades y organismos de defensa de los Derechos Humanos, así como con instituciones académicas y asociaciones culturales, para el mejor cumplimiento de sus fines;
 - VII. Aprobar y emitir las recomendaciones públicas autónomas y acuerdos que resulten de las investigaciones realizadas por los visitadores;
 - VIII. Formular las propuestas generales conducentes a una mejor protección de los Derechos Humanos en el país;
 - IX. Elaborar el anteproyecto de presupuesto de egresos de la Comisión y el respectivo informe sobre su ejercicio para presentarse al Consejo de la misma; y
 - X. Las demás que le señalen la presente ley y otros ordenamientos.

CUADRO 1
ÓRGANOS Y FACULTADES

Continuación

*Secretaría
Ejecutiva*

-
- I. Proponer al Consejo y al Presidente de la Comisión Nacional, las políticas generales que en materia de Derechos Humanos habrá de seguir la Comisión Nacional ante los organismos gubernamentales y no gubernamentales, nacionales e internacionales.
 - II. Promover y fortalecer las relaciones de la Comisión Nacional, con organismos públicos, sociales o privados, nacionales e internacionales, en materia de Derechos Humanos;
 - III. Realizar estudios sobre los tratados y convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos;
 - IV. Preparar los anteproyectos de iniciativas de leyes y reglamentos que la Comisión Nacional haya de entregar a los órganos competentes, así como los estudios que los sustenten;
 - V. Colaborar con la presidencia de la Comisión Nacional en la elaboración de los informes anuales, así como de los especiales;
 - VI. Enriquecer, mantener y custodiar el acervo documental de la Comisión Nacional; y
 - VII. Las demás que le sean conferidas en otras disposiciones legales y reglamentarias.

CUADRO 1
ÓRGANOS Y FACULTADES

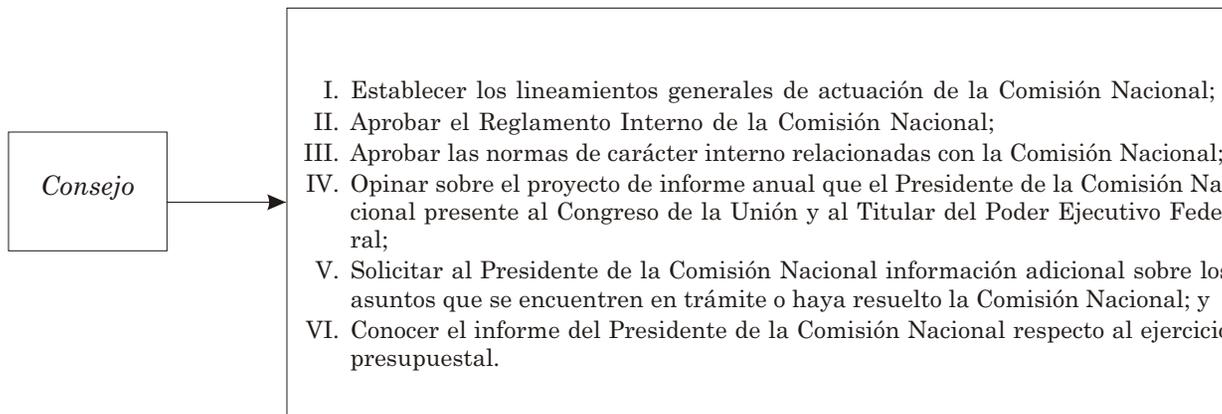
Continuación

Visitadores

- I. Recibir, admitir o rechazar las quejas e inconformidades presentadas por los afectados, sus representantes o los denunciantes ante la Comisión Nacional;
 - II. Iniciar, a petición de parte, la investigación de las quejas e inconformidades que le sean presentadas, o de oficio, discrecionalmente aquéllas sobre denuncias de violación a los Derechos Humanos que aparezcan en los medios de comunicación;
 - III. Realizar las actividades necesarias para lograr, por medio de la conciliación, la solución inmediata de las violaciones de Derechos Humanos que por su propia naturaleza así lo permita;
 - IV. Realizar las investigaciones y estudios necesarios para formular los proyectos de recomendación o acuerdo, que se someterán al Presidente de la Comisión Nacional para su consideración; y
 - V. Las demás que le señale la presente ley y el Presidente de la Comisión Nacional, necesarias para el mejor cumplimiento de sus funciones.
- Los visitadores adjuntos auxiliarán en sus funciones a los Visitadores Generales en los términos que fije el Reglamento y para tal efecto deberán reunir los requisitos que establezca el mismo para su designación.

CUADRO 1
ÓRGANOS Y FACULTADES

Continuación



B. *Funciones encomendadas*

La finalidad de la creación de esta institución fue fomentar la protección, observancia y promoción de los derechos fundamentales, tanto de los nacionales como de los extranjeros que se encontraran dentro del territorio nacional. Es por ello que el decreto presidencial del 5 de junio de 1990, reconocía la preocupación del Estado mexicano por preservar el orden, la paz y la estabilidad social del país, salvaguardando el pleno ejercicio de las garantías individuales y la vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos de gobierno.

Para cumplir con esa responsabilidad, se previó en el artículo 3o. del Decreto ciertas atribuciones para la Comisión Nacional:

I. Proponer la política nacional en materia de respeto y defensa a los Derechos Humanos; II. Establecer los mecanismos de coordinación que aseguren la adecuada ejecución de la política nacional de respeto y defensa de los Derechos Humanos; III. Elaborar y ejecutar los programas de atención y seguimiento a los reclamos sociales sobre Derechos Humanos; IV. Elaborar y proponer programas preventivos en materia de Derechos Humanos, en los ámbitos jurídico, educativo y cultural para la Administración Pública Federal; V. Representar al Gobierno Federal ante los organismos nacionales, y, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores, ante los internacionales, en cuestiones relacionadas con la promoción y defensa de los derechos humanos; VI. Formular programas y proponer acciones que impulsen el cumplimiento, dentro del territorio nacional, de los tratados, convenios y acuerdos internacionales signados por nuestro país.

En general, la Comisión era competente para conocer de las violaciones administrativas, vicios en el procedimiento y delitos que fueran cometidos por una autori-

dad o servidor público; por otros agentes sociales, con el consentimiento o tolerancia de alguna autoridad o servidor público, o por negligencia imputable a estos últimos.

Lo anterior se llevaba en un procedimiento de investigación que era de oficio o presentado por cualquier persona que tuviera conocimiento de violaciones a los derechos humanos.⁹⁰ Admitida la queja se solicitaba a las autoridades señaladas como presuntas responsables el envío de un informe sobre los hechos reclamados.⁹¹ Todas las gestiones ante la Comisión eran gratuitas⁹² y ésta conocía de las quejas respecto de los hechos u omisiones violatorios de derechos humanos, dentro del plazo de un año desde que se tuvo conocimiento de ellos.⁹³

C. Críticas

Respecto a esta primera etapa, es dable señalar algunas cuestiones que fueron criticadas por algunos partidos de oposición, sectores sociales y académicos.

En primer lugar, se criticó las facultades presidenciales para nombrar a la mayoría de los integrantes de la Comisión, ya que sería un obstáculo para erradicar las prácticas arbitrarias en que incurrieran ciertas autoridades y servidores públicos porque la institución estaría

⁹⁰ Que las dependencias y autoridades de los Poderes de la Unión, así como los Poderes estatales y municipales, están obligadas a proporcionar, veraz y oportunamente, la información y documentación que se solicite. Artículo 24 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

⁹¹ Artículo 24, último párrafo, del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (en adelante RICNDH).

⁹² Artículo 29 del RICNDH.

⁹³ Artículo 30 del RICNDH.

subordinada a los propósitos del Ejecutivo.⁹⁴ El presidente de la República tenía la facultad de designar al titular de la Comisión, consejeros y secretario técnico sin la intervención de ninguno de los otros poderes.

Derivado de lo anterior, se criticó la independencia e imparcialidad de la institución, aunque algunos señalaban que a la Secretaría de Gobernación le correspondía conducir la política interior del país incluyendo las acciones dirigidas a promover la salvaguarda de las garantías individuales.

También se reprochó que los informes semestrales sobre el desempeño y los resultados de las acciones de la Comisión sólo eran rendidos exclusivamente al presidente de la República.

Otras opiniones destacaron que el Reglamento estableciera límites a la competencia de la Comisión Nacional no señaladas en el decreto presidencial que la creó. Por ejemplo: restricciones para intervenir en asuntos relacionados con sentencias definitivas y aspectos jurisdiccionales de fondo; conflictos laborales, en donde no interviniera alguna autoridad administrativa y se violara una garantía individual o social; en la calificación de elecciones, si no hay violación de garantías individuales.⁹⁵

D. *Balance*

No obstante las anteriores críticas, es evidente que ésta institución se consolidó como una institución encaminada a la protección de derechos humanos, y fungía como un organismo auxiliar en la protección de éstos. Su establecimiento contribuye de manera significativa

⁹⁴ Cfr., Groslinga Remírez, Lorena *et al.*, *Evolución del marco normativo del ombudsman nacional mexicano: 1990-2002*, México, CNDH, 2002, p. 19.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 34.

en la protección de los derechos humanos en México, es por ello que a continuación se enumeran algunos objetivos alcanzados por ésta.

La extraordinaria y dinámica labor realizada por este organismo tuvo efectos de gran trascendencia, puesto que dio a conocer a la institución del *ombudsman* en su labor de protección de los derechos humanos y, además, inició la formación de una cultura sobre los derechos fundamentales que con anterioridad no existía, como lo demuestra el gran número de reclamaciones planteadas en los dos primeros años de labor de la propia Comisión.

Así pues, cambiaría de manera irreversible la relación entre autoridades y gobernados: la primera asumió explícitamente su compromiso de garantizar el disfrute de los derechos humanos y, los segundos, tomaron conciencia de la trascendencia de sus prerrogativas fundamentales y, sobre todo, la existencia de una posibilidad de acudir a una instancia para exigir su respeto.⁹⁶

Otro aspecto importante, introducido en el Reglamento Interno, fue que Comisión Nacional contará con atribuciones para apoyar y asesorar a las autoridades estatales y municipales con la finalidad de fomentar el establecimiento de estas instituciones en los estados.

También resalta que se posibilitó a la Comisión Nacional para proponer reformas legales que permitirían ampliar la protección de los derechos fundamentales en beneficio de la sociedad.⁹⁷

Una de las consecuencias más significativas fue el establecimiento de un ambiente propicio para la constitucionalización de este instrumento en un plazo muy corto, que se concretaría con la reforma constitucional de 1992.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁹⁷ Principalmente se dieron en la materia penal que es en donde se cometen un buen número de violaciones a los derechos humanos.

2. *La autonomía de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. La creación del apartado B del artículo 102 constitucional del 27 de enero de 1992*

La segunda etapa de la figura del *ombudsman* en México, surgió de una iniciativa del Ejecutivo federal, del 19 de noviembre de 1991, en donde se pretendía elevar a rango constitucional la CNDH.

Con esto se buscaba, en primer lugar, instituir en la norma fundamental la existencia y funcionamiento de ésta institución, para promover y preservar los derechos humanos y garantizar su ejercicio pleno; y, en un segundo punto, buscaba la cooperación internacional para enfrentar asuntos de interés recíprocos, puesto que México estaba comprometido en la promoción, protección y defensa de los derechos humanos mediante la firma de diversas convenciones.⁹⁸

La propuesta que el Ejecutivo envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, para adicionar el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) con un apartado B, señalaba lo siguiente:

Artículo 102.

A. La ley organizará el Ministerio Público de la Federación...

⁹⁸ Como el Pacto de San José; la Convención sobre la Esclavitud; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Internacional contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cfr.*, Tapia Hernández, Silverio, *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, México, CNDH, 1999.

B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos. Dichos organismos conocerán de quejas en contra de actos y omisiones de naturaleza administrativa provenientes del cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no obligatorias para las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados.

De la exposición de motivos resalta que el propósito de adicionar el artículo 102 constitucional, deriva de que éste contemplaba la organización y atribuciones del Ministerio Público de la Federación, en su carácter de representante de los intereses de la sociedad, por lo que la adición del *ombudsman* era para complementar y reforzar el espíritu eminentemente social de dicho precepto constitucional. Sin embargo, algunos consideran que se debió haber previsto en el artículo 1o. constitucional, donde añadiría un segundo párrafo:⁹⁹

La violación de garantías será atendida y resuelta por los tribunales de la Federación, en la vía jurisdiccional, conforme a los procedimientos establecidos por esta Constitución y sus leyes reglamentarias. También conocerá de esas violaciones, en su aspecto estrictamente administrativo, una

⁹⁹ Propuesta de Rabasa, Emilio O, "Reforma al artículo 102 constitucional: creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), a nivel constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXV, núm. 74, mayo-agosto de 1992, p. 577.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, cuya organización, funciones y áreas de competencia, serán expresamente fijadas por una ley reglamentaria.

Al final se adicionaría un apartado *B*, en el artículo 102 de la ley fundamental, que significaría la certificación constitucional que necesitaba la CNDH.¹⁰⁰ La reforma constitucional del 27 de enero de 1992 sería publicada el día siguiente en el *Diario Oficial de la Federación*. Se adicionó al artículo 102 de la Constitución federal (que en su primera parte reglamenta la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público federal que está bajo sus órdenes) un apartado *B*, en cuya parte relativa se disponía:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquiera autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.- Esos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y juris-

¹⁰⁰ En la Cámara de Diputados se hicieron cinco propuestas de modificación formuladas por Ramírez Cuellar Orduña, Ocegüera Galván, Moscoso y Madero, pero antes de votarse la de Orduña, Rodríguez Lozano hizo una propuesta de modificación ortográfica a ésta. Se procedió a recabar la votación nominal del proyecto del decreto: la secretaría computó 299 votos a favor, 55 con reserva y 3 en contra, considerándose aprobado en lo general y en lo particular el artículo único del proyecto de decreto. En la Cámara de Senadores el proyecto resultó aprobado en lo general y en lo particular por unanimidad, y pasó a las legislaturas locales. Éstas aprobaron la adición constitucional el día 22 de enero de 1992.

dicionales.- El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados.

El precepto constitucional fue reglamentado por la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (LCNDH), expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1992. El Reglamento de la propia Comisión fue aprobado por su Consejo y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de noviembre del mismo año 1992.¹⁰¹ En él se contemplaron ciertas cuestiones que a continuación se observarán.

A. Integración y nombramiento del titular y de los miembros del Consejo

La CNDH se integraba por el presidente que duraba cuatro años, con una posible reelección. Era designado por el titular del Ejecutivo federal con aprobación del Senado de la República o, en los recesos de ésta, de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. Este es el procedimiento que se sigue con algunas variantes, a partir de 1995, para el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El mismo texto constitucional destacaba implícitamente el carácter autónomo de los organismos protectores, en cuanto estableció que los mismos deberían formular recomendaciones públicas autónomas, pero esta independencia se consignaba claramente en la ley regla-

¹⁰¹ Cfr. Rabasa Gamboa, Emilio, *Vigencia y efectividad de los derechos humanos en México. Análisis jurídico de la Ley de la CNDH*, México, 1992, y Armienta Calderón, Gonzalo, *El ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 1992, pp. 27-73.

mentaria, no sólo por medio del procedimiento de designación del presidente de la Comisión Nacional, como se señaló en el párrafo anterior, sino de manera expresa en el artículo 2o. de dicho ordenamiento, el cual disponía que: "...la Comisión Nacional de Derechos Humanos es un organismo descentralizado [del Estado mexicano] con personalidad jurídica y patrimonio propios...".

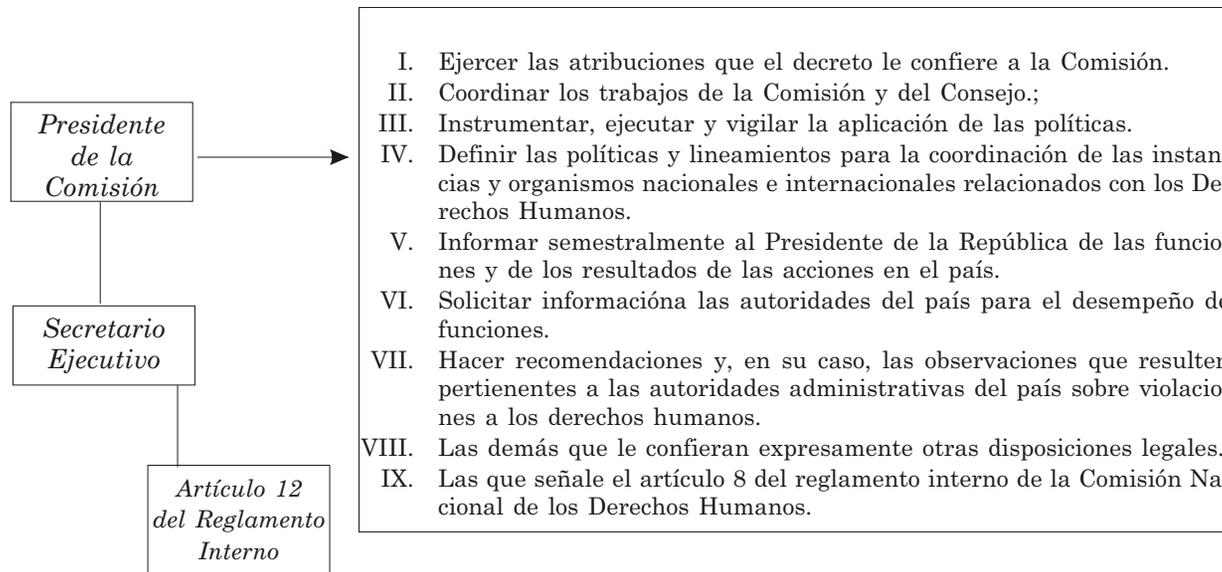
También forman parte de la Comisión hasta cinco visitantes generales quienes realizan, a petición de parte o de oficio, las investigaciones de las quejas individuales, así como el personal técnico, profesional y administrativo que fuera necesario para el desempeño de las funciones del organismo.

Además, como ya se ha mencionado, por el mismo procedimiento de designación del presidente (proposición del presidente de la República y aprobación del Senado) se nombraba el Consejo Asesor, integrado, con carácter honorífico, por diez personas de altos méritos y conocimiento de los derechos humanos, de diversos sectores sociales e ideológicos, y de los cuales al menos siete no debían desempeñar cargo o comisión oficial alguna como servidor público. Cada año cesa el más antiguo de los nombrados.

B. Organización

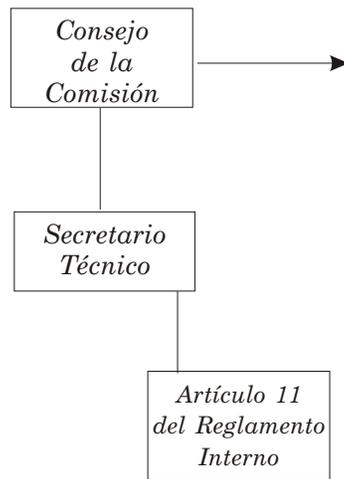
Como ya se mencionó, la Comisión estaba integrada por un presidente, una secretaría ejecutiva, los visitantes generales y adjuntos, así como el personal necesario para la realización sus funciones. Además, para desempeñar de mejor manera sus responsabilidades, se contaba con un Consejo. Cada uno de estos tenía encomendada algunas atribuciones para el desempeño de la institución (véase cuadro 2).

CUADRO 2
ÓRGANOS Y FACULTADES



CUADRO 2
ÓRGANOS Y FACULTADES

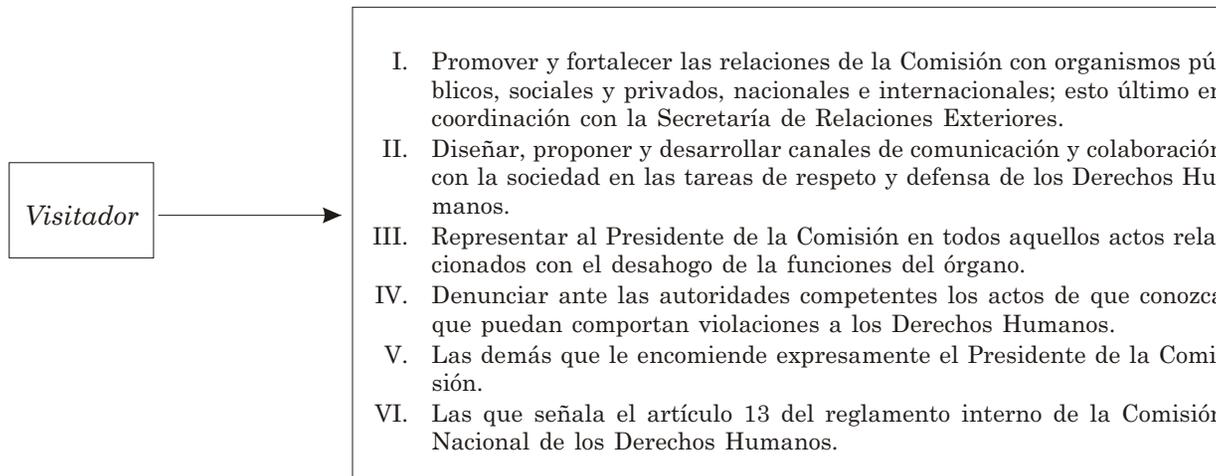
Continuación



- I. Formular, para la ejecución del Presidente de la Comisión, las directrices y lineamientos pertinentes para la prevención, vigilancia y protección de los Derechos Humanos en el país y de los nacionales que residan en el extranjero.
- II. Establecer los términos generales de la propuesta de política nacional e internacional que en materia de derechos humanos la Comisión someterá a las autoridades competentes.
- III. Establecer los lineamientos generales de actuación de la Comisión.
- IV. Aprobar los reglamentos y normas de carácter interno relacionados con la Comisión.
- V. Solicitar, cuando menos tres de los miembros del Consejo, al Presidente de la Comisión que convoque a sesión extraordinaria cuando estime que hay razones de importancia para ello.
- VI. Opinar sobre el proyecto de informe semestral que el Presidente de la Comisión entregará al Presidente de la República.
- VII. Cualquiera de los miembros del Consejo podrá pedir información adicional sobre los asuntos que esté tramitando o haya resuelto la Comisión, y
- VIII. Las demás que le sean conferidas en otras disposiciones legales.

CUADRO 2
ÓRGANOS Y FACULTADES

Continuación



C. Funciones

Las funciones de la CNDH en esta etapa se localizan en el artículo 6o. de la Ley y que son:

I. Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos;

II. Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:

a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal;

b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;

III. Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

IV. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las Entidades Federativas a que se refiere el citado artículo 102, apartado B, de la Constitución Política;

V. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran los organismos de derechos humanos a que se refiere la fracción anterior, y por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de éstos por parte de las autoridades locales, en los términos señalados por esta ley;

VI. Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmedia-

ta solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita;

VII. Impulsar la observancia de los derechos humanos en el país;

VIII. Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la Comisión Nacional redunden en una mejor protección de los derechos humanos;

IX. Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional;

X. Expedir su Reglamento Interno;

XI. Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de derechos humanos;

XII. Supervisar el respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país;

XIII. Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de derechos humanos;

XIV. Proponer al Ejecutivo Federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de derechos humanos;

XV. Las demás que le otorguen la presente ley y otros ordenamientos legales.

Las funciones de la Comisión estaban enfocadas a la protección de los derechos humanos, a través de una queja. Ésta actuaba de oficio o a petición de parte cuando conociera de presuntas violaciones a derechos humanos por parte de autoridad administrativa de carácter federal. Del mismo modo, cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o

cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan con relación a dichos ilícitos.

Evidentemente formulaban recomendaciones, denuncias y quejas en los casos necesarios. Además, decidía en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las entidades federativas. Como se puede observar, en general, la Comisión buscaba realizar todas las acciones tendientes a la protección de los derechos humanos en el país.

D. Balance general

Aunque la constitucionalización de la CNDH significó un notable avance para que los organismos no jurisdiccionales atendieran de manera rápida y sencilla los reclamos de la sociedad respecto de posibles violaciones a derechos humanos, el *ombudsman* no logró consolidarse puesto que no logró la confianza y credibilidad de amplios sectores de la sociedad mexicana.

En aquel tiempo, el cumplimiento de las recomendaciones era muy frágil. En 1997 sólo se alcanzó el 63% de éstas que, en comparación con los *ombudsman* europeos, era notable la diferencia puesto que los porcentajes eran de 90% a 100%. Más aún en el caso de los organismos defensores de los derechos humanos de las entidades federativas. Estas cifras indicaron una debilidad del *ombudsman* frente al Poder Ejecutivo y, por tanto, el organismo no reunía las condiciones para garantizar la defensa de los derechos humanos en México de manera vigorosa y eficiente.¹⁰²

¹⁰² Exposición de motivos del Grupo Parlamentario del Trabajo. *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los*

Se consideró que este organismo no surgió con la fuerza e independencia necesaria para llevar a cabo adecuadamente sus labores, ya que se criticó los mecanismos para el nombramiento del titular de la Comisión.¹⁰³ También se criticó que los recursos materiales y financieros son proporcionados por el Ejecutivo federal, y que este hecho afectaba gravemente la autonomía de la institución.¹⁰⁴

Es por estas críticas que se determinó realizar algunas reformas legales en los órganos de defensa no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en México. Esta es la segunda fase de regulación constitucional de la CNDH que se observará a continuación.

3. *La segunda fase de la regulación constitucional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. La reforma constitucional del 30 de noviembre de 1999*

Con fecha 13 de septiembre de 1999 se publicó una sustancial reforma al artículo 102, apartado B, de la Constitución federal, que modificó particularmente ciertos aspectos de la CNDH, que han influido posteriormente en algunas de las leyes reglamentarias de las entidades federativas.

Estados Unidos Mexicanos, LVII Legislatura, año I, núm. 18, 14 de octubre de 1997.

¹⁰³ Iniciativa del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, *Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, miércoles 10 de diciembre de 1997.

¹⁰⁴ Iniciativa del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, *Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, jueves 2 de abril de 1998.

A. *El espíritu de la reforma*

Como ya se observó en apartados anteriores, la situación de la CNDH obligaba a realizar una reforma legal y constitucional, con la finalidad de subsanar algunos errores advertidos en el desempeño de dicha institución.

En general, se puede señalar que la autonomía del *ombudsman* era de uno de los puntos trascendente en la reforma. Sin embargo, no fue el único, ya que se buscó, entre otras cosas, ampliar la discusión al carácter mismo de la institución, a la constitución y función de su Consejo, al ejercicio de su presupuesto y de sus facultades.

B. *Las nuevas garantías de autonomía del ombudsman*

Las modificaciones más importantes, como se ha dicho, se refieren a la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional, a su denominación, el procedimiento de designación de su titular y de los miembros de su Consejo Consultivo, así como la duración en los cargos. Anteriormente estos aspectos no se señalaban en el texto constitucional sino en la Ley Reglamentaria y en el Reglamento de la propia Comisión. Ahora, inclusive se incorporan con detalle en la norma fundamental.

Se determinó dejar en manos del Congreso de la Unión la facultad de designar y ratificar al presidente de la CNDH, así como a los consejeros de la misma:

Artículo 10. El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, será elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. Para tales efectos, la comisión correspondiente de la Cáma-

ra de Senadores procederá a realizar una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos.

Con base en dicha auscultación, la comisión correspondiente de la Cámara de Senadores propondrá al pleno de la misma, una terna de candidatos de la cual se elegirá a quien ocupe el cargo o, en su caso, la ratificación del titular.¹⁰⁵

Por otro lado, para que la Comisión cuente con la autonomía necesaria para cumplir eficaz y eficientemente las atribuciones que se le confieren, se discutió la posibilidad de destinar un porcentaje del presupuesto de egresos de la Federación para que su campo de acción no se vea limitado por cuestiones económicas.

Otro de los puntos fue elaborar un esquema de trabajo entre la Comisión y el Poder Legislativo, para que este último le brindará un mayor respaldo.

C. La nueva organización

De acuerdo con el nuevo texto fundamental, el presidente de la CNDH será elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

En lugar de los cuatro anteriores, la duración de dicho cargo será de cinco años, con una posible reelección y sólo podrá ser removido en sus funciones en los términos del título cuarto de la misma Constitución federal (sobre la responsabilidad de los servidores públicos). Al respecto, en la parte relativa del artículo 10 de la Ley de

¹⁰⁵ De la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

la Comisión Nacional, reformada por decreto legislativo publicado el 26 de noviembre de 2001, regula el procedimiento para la elección del citado presidente de la Comisión Nacional, de acuerdo con el cual, la comisión correspondiente de la Cámara de Senadores procederá a realizar una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos. Con base en dicha auscultación la referida comisión de la Cámara de Senadores propondrá al pleno de la misma, una terna de candidatos de la cual se elegirá a quien ocupe el cargo o, en su caso, la ratificación del titular.¹⁰⁶

También se dispone expresamente en la norma constitucional que el citado presidente presentará anualmente ante los Poderes de la Unión un informe de actividades, y para el efecto debe comparecer ante las Cámaras del Congreso en los términos en que disponga la ley. De acuerdo con esta disposición constitucional, la citada Ley de la Comisión Nacional reformada en 2001, establece en sus artículos 15, inciso V, y 52, que el citado informe anual, que será difundido en la forma más amplia posible para conocimiento de la sociedad, debe presentarse en el mes de febrero y comprenderá las actividades que haya realizado en el periodo entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediato anterior, para lo cual comparecerá primero ante el Pleno de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión; posteriormente ante el presidente de la República y ante el

¹⁰⁶ Este fue el trámite que siguió en la elección del doctor José Luis Soberanes como presidente de la Comisión en el mes de noviembre de ese mismo año de 1999, quien fue ratificado en su cargo para un nuevo periodo, de acuerdo con dicho procedimiento de selección, en octubre de 2004.

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En lo personal, parece excesiva la triple presentación de dicho informe, ya que para cumplir con el mandato constitucional sería suficiente que se diera a conocer ante representantes de los tres órganos del poder de la Federación en una sola oportunidad, y se entregara a dichos representantes los ejemplares necesarios del texto escrito correspondiente.

En la citada reforma constitucional de 1999 se conserva el Consejo Consultivo de diez miembros establecido en el texto original, pero ahora elegidos de acuerdo con el mismo procedimiento que debe seguirse para el presidente de la Comisión; es decir, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores y en sus recesos por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión por la misma votación calificada, y se agrega que anualmente serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

Se reitera en el nuevo texto fundamental que los organismos no jurisdiccionales no son competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales, prohibición que no era necesaria incluir en el texto constitucional, pero que se incorporó en el mismo en virtud del desconocimiento que existía cuando se crearon los organismos no jurisdiccionales en 1992, el que desafortunadamente no ha logrado superarse en algunos sectores, de la naturaleza y funciones de los organismos que se inspiran en el modelo del *ombudsman*, incluyendo los establecidos en los ordenamientos latinoamericanos, cuyo objeto es exclusivamente conocer de las violaciones a los derechos fundamentales realizada por autoridades administrativas o por la conducta administrativa de los otros órganos del Estado. En los debates legislativos que culminaron con la reforma de 1999 al citado artículo 102, apartado B,

de la carta federal, se discutió de nueva cuenta y de manera amplia tanto en la doctrina como por algunos sectores políticos y sociales, la conveniencia de que dichas materias excluidas fueran encomendadas al conocimiento de dichos organismos, pero afortunadamente imperó la cordura de los legisladores, pues de haberse aceptado esas propuestas, que se apoyan en el desconocimiento de la naturaleza y funciones de los propios organismos, hubieran desvirtuado su esencia y además hubieran hecho imposible la eficacia de su funcionamiento.

También se conservaron en la mencionada reforma las disposiciones relativas a que la Comisión Nacional no podrá conocer de la conducta administrativa de los integrantes del Poder Judicial de la Federación, pero sí deberá resolver sobre las inconformidades que se presenten con relación a las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

En general los cambios se refirieron a la autonomía otorgada a la CNDH. Así, el *ombudsman* nacional se encargará de constatar el pleno respeto de los derechos inherentes a las personas, fomentar el reconocimiento de la diferencia en una sociedad cada vez más plural y promover los valores que favorezcan la tolerancia y eliminen la discriminación en México.¹⁰⁷

IV. EL SISTEMA NACIONAL DE ORGANISMOS NO JURISDICCIONALES

Por otra parte, debe señalarse que la reforma constitucional de 1992 reguló también los organismos que debían crear las legislaturas locales de acuerdo con su

¹⁰⁷ *Cfr.*, Groslinga Remírez, Lorena *et al.*, *op. cit.*, nota 94, p. 258.

competencia, y estableció el plazo de un año contado a partir de la publicación del decreto respectivo (28 de enero de 1992) para cumplir con el mandato constitucional. Por tanto, en la actualidad existen, además de la Comisión Nacional, treinta y dos comisiones locales, de las cuales corresponden treinta y una a los estados, más la del Distrito Federal.¹⁰⁸

Las leyes reglamentarias expedidas por las legislaturas locales siguieron en un principio el modelo de la nacional, con algunos aspectos peculiares, ya que los presidentes eran designados en su mayor parte por los gobernadores de los estados con aprobación del Congreso local (en la misma forma en que eran nombrados los magistrados de los tribunales superiores respectivos). En el caso del Distrito Federal, el titular de la Comisión era propuesto por el presidente de la República y aprobado por la Asamblea de Representantes (ahora Asamblea Legislativa) del propio Distrito (artículo 9o. de la Ley Orgánica publicada el 23 de junio de 1993).¹⁰⁹

Pero las Constituciones y las leyes locales se han modificado posteriormente y de manera paulatina, por lo que en la actualidad, con mayor razón a raíz de la reforma constitucional de 1999, que si bien no reguló el procedimiento de nombramiento de los titulares de las comisiones locales, ha influido en los cambios que se observan en las entidades federativas en esta materia, la tenden-

¹⁰⁸ Cfr. García Sánchez, Antonio *et al.*, *Sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994; Roccatti, Mireille, *Los derechos humanos y la experiencia del ombudsman en México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1995, y Fernández Ruiz, Jorge, *Compilación de leyes de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos*, México, CNDH, 1997.

¹⁰⁹ Cfr. Fix-Zamudio, *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996.

cia mayoritaria es la de suprimir la intervención del titular del Ejecutivo en la designación de dichos presidentes de las comisiones locales que se confía a las legislaturas de los estados, o a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con algunas excepciones, como se hace notar en el cuidadoso estudio realizado por el destacado jurista mexicano José Luis Soberanes, actual presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, análisis en el cual se señalan de manera panorámica la naturaleza, funciones y procedimiento establecido por el marco jurídico que regula a las propias comisiones locales.¹¹⁰

Por tal motivo, puede afirmarse, sin exageración, que el ordenamiento mexicano ha regulado actualmente uno de los sistemas autónomos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos de mayor amplitud en Latinoamérica.¹¹¹

¹¹⁰ *Cfr.* “Estudio preliminar” al libro que contiene el texto de las leyes de las comisiones locales, compiladas por José Gómez Huerta Suárez y Eugenio Hurtado Márquez, *Marco jurídico de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos en las entidades federativas*, México, CNDH, 2003, Estudio preliminar, pp. 9-61.

¹¹¹ *Cfr.* Madrazo Cuéllar, Jorge, *El ombudsman criollo*, México, CNDH, 1996.

CAPÍTULO TERCERO

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS NO JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES

La Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (LCNDH), reformada el 26 de noviembre de 2001,¹¹² y el nuevo Reglamento Interno, del 12 de agosto de 2003,¹¹³ establece la organización, las atribuciones y las finalidades de este órgano. En cuanto a estas últimas, se observa que la CNDH tiene una gran responsabilidad, pues la parte final del citado artículo 2o. de la Ley expresa que dicha Comisión: "...tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el ordenamiento jurídico mexicano".

Resulta lógico señalar que de estas finalidades y de las atribuciones que les son derivadas, la más significativa, como ocurre con la generalidad de los órganos que toman como modelo el *ombudsman* de origen escandina-

¹¹² Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1992.

¹¹³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de septiembre de 2003.

vo, es la protección de los derechos humanos, de donde se deriva la facultad de realizar investigaciones, ya sea a petición de los afectados o de oficio, sobre las presuntas violaciones de los derechos humanos por parte de actos u omisiones de carácter administrativo de cualquier autoridad o funcionario público.

Es preciso recordar que, como lo señalamos en el capítulo primero, el paradigma escandinavo se estableció y desarrolló con el propósito esencial de controlar la legalidad de la actividad de las autoridades administrativas y, por extensión, la conducta de carácter administrativo de otras autoridades, cuando afectasen los derechos e intereses legítimos de carácter ordinario de los administrados. Este modelo fue profundamente modificado con la creación del promotor de la justicia de Portugal y del defensor del pueblo español, cuando se estableció que la función esencial de estos órganos es la protección de los derechos fundamentales como señalamos con anterioridad.

De esta forma la naturaleza de estos órganos se transforma y adquirieron el carácter de instrumentos de garantía constitucional y no exclusivamente de la legalidad.¹¹⁴ De igual forma, como ya se ha señalado, en Latinoamérica se desarrolla un tercer modelo del *ombudsman*, el criollo, que tiene facultades más amplias que los modelos precedentes. En efecto, las Constituciones democráticas posteriores a dichos regímenes autoritarios, como reacción a las múltiples vulneraciones y arbitrariedades que se cometieron en éstos, adoptaron instrumentos protectores no jurisdiccionales de los derechos

¹¹⁴ Al respecto puede consultarse, además de la bibliografía citada en el capítulo I de este trabajo, el capítulo relativo al ombudsman en la obra del maestro Héctor Fix-Zamudio, *Defensa de la Constitución*, México, UNAM, 2005, *en prensa* (deseamos hacer expreso nuestro profundo agradecimiento por la generosidad del maestro Fix-Zamudio al permitirnos consultar la versión original).

humanos de acuerdo con el modelo del *ombudsman*, pero con el objetivo esencial, de proteger los derechos humanos y al mismo tiempo de generar una cultura de respeto a estos derechos.

En esta misma tendencia pueden adscribirse la incorporación y regulación del sistema nacional de organismos de protección no jurisdiccional de derechos humanos, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante las reformas de 1992 y 1999 al artículo 102, apartado *B*. Es por esta razón que los organismos que establece a nivel nacional y local tienen como propósitos básicos la protección y la promoción de los derechos humanos previstos en el ordenamiento jurídico mexicano.

Así pues, dado que se trata de la protección de *todos* los derechos humanos incorporados en el ordenamiento jurídico mexicano, desde nuestra perspectiva, no cabe duda de que deben considerarse incluidos dentro de este ámbito de protección los derechos establecidos en los tratados internacionales que han sido incorporados al derecho interno en los términos del artículo 133 constitucional; es decir, los ratificados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, es decir, los “derechos nacionales de fuente internacional”.¹¹⁵

1. *Las facultades de promoción, estudio, capacitación y divulgación de los derechos humanos*

Como se ha señalado, el *ombudsman* en México tiene un conjunto de facultades que los apartan del modelo

¹¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Los derechos humanos nacionales de fuente internacional”, conferencia magistral dictada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, Monterrey, 25 de septiembre de 2004.

tradicional o clásico y lo ubican dentro del modelo del *ombudsman* criollo. Sin embargo, aunque existe acuerdo en la doctrina de que estas facultades distinguen al *ombudsman* mexicano del modelo tradicional, estas facultades han sido valoradas de diferente manera, dependiendo de la perspectiva de cada autor, así en algún caso han sido incluidas dentro de las “singularidades” de la CNDH que la distinguen y que, en algunos casos, la “confrontan” con la noción fundamental del *ombudsman*.¹¹⁶ Desde una perspectiva más favorable, estas atribuciones se consideran una respuesta a una necesidad real del Estado de derecho en que se desenvuelve el *ombudsman* mexicano y se destaca su eficacia en lo concerniente a la promoción, estudio, enseñanza y divulgación de los derechos humanos.¹¹⁷

De esta manera, además de las importantes funciones de control de la legalidad de actuación de la administración y de tutela de los derechos humanos, la LCNDH y su nuevo Reglamento Interno otorgan, al *ombudsman* nacional, un importante conjunto de atribuciones dirigidas a la promoción del establecimiento de una cultura de respeto a los derechos humanos en nuestro país. En efecto, el artículo 6o. de esta Ley señala que entre las atribuciones de la CNDH se encontrarán las siguientes:

¹¹⁶ Cfr. Acuña Llamas, Francisco Javier, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Una institución a medio camino. Frentes críticos a su estatuto jurídico inconcluso*, México, Miguel Ángel Porrúa-Universidad Anahuac, 2003, p. 113. Debe señalarse que también para este autor estas atribuciones constituyen un “valor común” a la institución tipo *ombudsman* según la ONU.

¹¹⁷ Cfr. Rocatti, Mireille, “Alcances y perspectivas de los organismos públicos de derechos humanos”, México, *Revista Derechos Humanos*, año 2, núm. 2, marzo-abril de 1995, pp. 243 y ss.

- ...
- VII. Impulsar la observancia de los derechos humanos en el país;
- VIII. Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la Comisión Nacional redunden en una mejor protección de los derechos humanos;
- IX. Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional;
- ...
- XI. Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de derechos humanos;
- ...
- XIII. Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de derechos humanos;
- XIV. Proponer al Ejecutivo Federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de derechos humanos;

Estas atribuciones de promoción y observancia de los derechos humanos, se han traducido en programas especiales de la CNDH, entre los que cabe destacar: el programa sobre Asuntos de la Mujer, la Niñez y la Familia, el programa de Beneficios de Libertad Anticipada, Traslados Penitenciarios y contra la Pena de Muerte, así como el programa de Atención a Víctimas del Delito.

De igual forma, pueden señalarse como fundadas en estas atribuciones, por un lado, los programas de Coordinación Institucional con los Poderes de la Unión y Entes Públicos Federales; el programa de Enlace con Organismos Públicos de Protección y Defensa de los De-

rechos Humanos —el cual vincula a esta institución y a las comisiones de todas las entidades federativas, así como el programa relativo a las relaciones entre esta Comisión Nacional y las organizaciones sociales nacionales en materia de derechos humanos—. Por otra parte, se señala el programa de Cooperación Internacional, que describe la actuación en el ámbito internacional de la Comisión Nacional con organismos no gubernamentales internacionales, con los órganos del sistema de las Naciones Unidas y con otros *ombudsman* y asociaciones del mismo.

En cuanto a las atribuciones relativas al de estudio y divulgación de los derechos humanos, puede señalarse que estas se encuentran fundamentalmente orientadas a promover una cultura de los derechos humanos. En esta línea se pueden señalar los programas de capacitación; el programa editorial y de publicaciones; el programa de investigación, intercambio y documentación académica en materia de derechos humanos, y del programa de Estudios Legislativos y Proyectos.

2. *La actuación ante las violaciones de derechos humanos. El procedimiento ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*

La tutela o protección de los derechos humanos se configura —junto a la promoción de una cultura de respeto a estos derechos, que hemos señalado en el epígrafe anterior— como el objeto esencial del sistema de *ombudsman* en México. En consecuencia, el citado artículo 6o. de la Ley reglamentaria señala como propias de la CNDH las siguientes atribuciones:

- I. Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos;

II. Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:

a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal;

b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;

III. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

...

VI. Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita;

Para lograr el adecuado cumplimiento de estas atribuciones se regula un procedimiento de queja ante la CNDH. En los siguientes epígrafes se destacarán los elementos que a nuestro juicio resulta más importantes dentro de este procedimiento.

A. Los principios rectores de la tramitación

A partir de lo establecido en la LCNDH se pueden señalar cuatro principios que informan a todos los procedimientos ante el *ombudsman* nacional: la flexibilidad, la inmediatez, la concentración y la rapidez. Estos principios se deducen de lo establecido en el artículo 4o. de la ley reglamentaria que dice en lo conducente que:

Los procedimientos que se sigan ante la Comisión deberán ser breves y sencillos y estarán sujetos sólo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos. Se seguirán de acuerdo con los principios de inmediatez, concentración y rapidez y se procurará, en la medida de lo posible, el contacto directo con los quejosos, denunciadores y autoridades, para evitar la dilación de las comunicaciones escritas...

La introducción de estos principios resulta lógica si consideramos que el *ombudsman* complementa las funciones desempeñadas por otros órganos del Estado, por lo que en el desempeño de sus funciones, su actividad debe ser más rápida y menos formalista que la que se desarrolla frente a otros órganos estatales. En consecuencia, el procedimiento que se sigue ante la CNDH es muy flexible, evitando las formalidades que no sean indispensables para conservar de manera fehaciente el expediente de la queja. De igual manera, en virtud del principio de inmediatez, se busca que exista un acceso directo de los afectados y de las organizaciones de defensa no gubernamentales, por cualquier medio de comunicación, con ratificación posterior.

Otro tanto ocurre con los principios de concentración—entendido como el desarrollo conjunto o sucesivo de las actuaciones o actividades que integran el procedimiento— y de rapidez, pues ambos tienen como finalidad configurar un procedimiento ágil y eficaz tanto para determinar la existencia, o no, de vulneraciones a los derechos humanos, como para dar protección a estos derechos o reparar sus vulneraciones.

B. *Las reglas de competencia*

La competencia, desde el siglo XIX, ha sido entendida como el conjunto de facultades que la ley le otorga a una

autoridad¹¹⁸ y, por extensión, cuando se refiere a la función jurisdiccional, en lo que es su acepción más utilizada, se habla del ámbito en el cual puede un juez o tribunal ejercer validamente sus atribuciones. En este sentido las reglas generales de competencia se encuentran en el artículo 3o. de la LCNDH. Este precepto inicia determinando la competencia territorial, señalando que será competente en todo el territorio nacional,¹¹⁹ para inmediatamente después determinar la *materia* sobre las que el *ombudsman* será competente y puede, por tanto, pronunciarse validamente. Así pues, se determina que será competente para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.¹²⁰ De esta manera, este

¹¹⁸ Cfr. Vallarta, Ignacio L., *Cuestiones constitucionales (votos)*, México, Imprenta particular a cargo de A. García, 1894, p. 75. La misma obra fue publicada por la editorial Porrúa en 1972. En la doctrina mexicana moderna puede consultarse el excelente estudio de José Ovalle Favela sobre el artículo 16 en su obra *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002, pp. 270 y ss.

¹¹⁹ Este precepto debe correlacionarse con el nuevo Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que señala en su artículo 9o. (Competencia):

En términos de lo dispuesto en los artículos 3o. y 6o. de la Ley, la Comisión Nacional tendrá competencia en todo el territorio nacional para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren atribuibles a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.

¹²⁰ Este precepto debe correlacionarse con el nuevo Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que señala en su artículo 10 (actos u omisiones atribuibles a servidores públicos del Poder Judicial de la Federación).

aspecto de la competencia refleja la forma federal del Estado mexicano. En los casos de posible concurrencia, es decir, cuando en un mismo hecho estuvieren involucrados tanto autoridades o servidores públicos de la Federación, como de las entidades federativas o municipios, la competencia se surtirá en favor de la Comisión Nacional.

De forma equivalente, tratándose de presuntas violaciones a los derechos humanos en que los hechos se imputen exclusivamente a autoridades o servidores públicos de las entidades federativas o municipios, en principio, conocerán los organismos de protección de los derechos humanos locales, salvo los casos en que la CNDH ejerza su facultad de atracción —regulada en el artículo 60 de la Ley de la CNDH—.

Por otra parte se establece el equivalente a la competencia en razón del grado, al determinar la Ley que corresponderá conocer a la Comisión Nacional, tanto de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos

Cuando la Comisión Nacional reciba un escrito de queja por presuntas violaciones a derechos humanos cometidas por una autoridad o servidor público del Poder Judicial de la Federación, sin admitir la instancia, enviará dicho escrito de inmediato a la Suprema Corte de Justicia de la Nación o al Consejo de la Judicatura Federal, según corresponda. En tal supuesto, notificará al quejoso acerca de la remisión de su escrito de queja, a fin de que pueda darle el seguimiento respectivo.

Si en un escrito de queja estuvieren involucrados tanto servidores públicos o autoridades federales, como miembros del Poder Judicial de la Federación, la Comisión Nacional hará el desglose correspondiente y turnará lo relativo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación o al Consejo de la Judicatura Federal en los términos del párrafo anterior. Por lo que se refiere a la autoridad o servidor público federal, radicará el escrito y de resultar procedente admitirá la instancia.

equivalentes en las entidades federativas, a que se refiere el artículo 102, apartado *B*, de la CPEUM, como de los asuntos de no aceptación de sus recomendaciones por parte de las autoridades, o por el deficiente cumplimiento de las mismas.

Debe señalarse, finalmente, la facultad de la CNDH para declinar su competencia en aquellos casos en que lo considere conveniente para preservar su autonomía y autoridad moral de la institución. Esta posibilidad es una diferencia esencial con la actividad de los órganos jurisdiccionales, pues para éstos existe la prohibición del *non liquet*.

C. Sujetos legitimados. El acceso al ombudsman

Hablar de legitimación es hacer mención de un concepto que corresponde a la teoría general del proceso y que desde este ámbito se traslada al propio de la actuación del *ombudsman*. Así pues debemos partir de una perspectiva procesal, desde la que puede señalarse que la legitimación es la cualidad de un sujeto jurídico que consiste en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el derecho, el reconocimiento justamente a su pretensión que ejercita —lo que configura la legitimación activa— o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión —legitimación pasiva—. ¹²¹ En este sentido se debe distinguir la simple capacidad procesal —de poder actuar validamente en un proceso— de la legitimación, ya que esta última sólo puede predicarse de un caso concreto. En la materia que nos ocupa la legiti-

¹²¹ *Cfr.* De la Oliva santos, Andrés (con Díez-Picazo Giménez, Ignacio), *Derecho procesal. El proceso de declaración*, Madrid, Editorial Ramón Areces, 2000, p. 127.

mación se configura como la llave de entrada a la protección de estos órganos y también puede hablarse de legitimación activa y pasiva.

a. Legitimación activa

La legitimación activa constituye el *acceso* a la protección que otorga el *ombudsman*, por lo que, dada la naturaleza y funciones propias de este órgano, se configura de una forma generosa. En efecto, de acuerdo con el artículo 25 de la ley reglamentaria, cualquier persona podrá denunciar presuntas violaciones a los derechos humanos y acudir ante la Comisión Nacional para presentar, ya sea directamente o por medio de representante, quejas contra dichas violaciones. En el caso de que los interesados estén privados de su libertad o se desconozca su paradero, los hechos se podrán denunciar por los parientes o vecinos de los afectados, abriéndose esta posibilidad a los menores de edad.

El mismo precepto regula una legitimación sustitutiva al establecer que las organizaciones no gubernamentales podrán acudir ante la CNDH para denunciar las violaciones de derechos humanos respecto de personas que por sus condiciones físicas, mentales, económicas y culturales, no tengan la capacidad efectiva de presentar quejas de manera directa.¹²²

¹²² Artículo 25 de la Ley Reglamentaria:

Cualquier persona podrá denunciar presuntas violaciones a los derechos humanos y acudir ante las oficinas de la Comisión Nacional para presentar, ya sea directamente o por medio de representante, quejas contra dichas violaciones.

Cuando los interesados estén privados de su libertad o se desconozca su paradero, los hechos se podrán denunciar por los parientes o vecinos de los afectados, inclusive por menores de edad.

b. Legitimación pasiva

En cuanto los sujetos frente a los que se puede exigir la reparación de una vulneración a los derechos humanos, el ya transcrito artículo 6o. de la ley reglamentaria, establece dos reglas generales. Así, en la primera regla se establece que este órgano será competente frente a los actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal. En segundo término, aunque no se establece que serán procedentes las quejas en contra de actos de particulares, se determina que será procedente la queja ante el *ombudsman* cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos,¹²³ con especial énfasis en

Las organizaciones no gubernamentales legalmente constituidas podrán acudir ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos para denunciar las violaciones de derechos humanos respecto de personas que por sus condiciones físicas, mentales, económicas y culturales, no tengan la capacidad efectiva de presentar quejas de manera directa.

¹²³ Esta regla evidentemente tiene que ver con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales —también conocida como *Dritt-wirkung*— y el deber de protección de estos derechos que tiene cualquier autoridad. De igual manera no deja de tener muchas similitud con la teoría de la “asunción judicial” que ha utilizado el Tribunal Constitucional español para conocer en amparo de vulneraciones a los derechos fundamentales originadas en actos de los particulares, a pesar de existir prohibición expresa frente a este supuesto, sobre estos temas pueden verse Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid CEPC-BOE, 1997; así mismo resulta de especial interés el Prólogo de Pedro de Vega a la obra de Figueruelo Burrueza, Ángela, *El recurso de amparo: Estado de la cuestión*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2001.

los casos de conductas que afecten la integridad física de las personas.

Junto a las reglas de carácter positivo, el artículo 7o. de la misma norma señala dos supuestos en los que la Comisión Nacional no podrá conocer. El primero de ellos se refiere a los asuntos relativos a los actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales; el segundo señala la improcedencia de las quejas frente a resoluciones de carácter jurisdiccional.¹²⁴ En lo relativo a lo establecido en este último de los supuestos, el artículo 8o. abunda al señalar que sólo podrán admitirse o conocerse quejas o inconformidades contra actos u omisiones de autoridades judiciales —excluyendo las de carácter federal—, cuando dichos actos u omisiones tengan carácter administrativo. De manera que se establece la regla de que la Comisión Nacional por ningún motivo podrá examinar cuestiones jurisdiccionales de fondo.¹²⁵

¹²⁴ Artículo 7o.

La Comisión Nacional no podrá conocer de los asuntos relativos a:

I. Actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales;

II. Resoluciones de carácter jurisdiccional;

III. Conflictos de carácter laboral; y

IV. Consultas formuladas por autoridades, particulares u otras entidades, sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.

¹²⁵ Artículo 8o.

En los términos de esta ley, sólo podrán admitirse o conocerse quejas o inconformidades contra actos u omisiones de autoridades judiciales, salvo las de carácter federal, cuando dichos actos u omisiones tengan carácter administrativo. La Comisión Nacional por ningún motivo podrá examinar cuestiones jurisdiccionales de fondo.

D. *Plazos*

El artículo 26 de la ley establece el plazo preclusivo de un año a partir de que se hubiese iniciado la ejecución de los hechos que se estimen violatorios, o de que el quejoso hubiese tenido conocimiento de los mismos, para acudir a la CNDH. Esta regla tiene su excepción, pues el mismo artículo señala que, en casos excepcionales y tratándose de infracciones graves a los derechos humanos, la CNDH podrá ampliar dicho plazo mediante una resolución razonada. No contará plazo alguno cuando se trate de hechos que por su gravedad puedan ser considerados violaciones de lesa humanidad.

E. *Admisión*

Aunque la Ley no lo regula expresamente, a *contrario sensu* resulta claro que existirá una breve etapa donde se analizará la admisibilidad de la queja que se presenta. En efecto, el artículo 33 señala que cuando la instancia sea inadmisibile por ser manifiestamente improcedente o infundada, será rechazada de inmediato. De igual forma, se señala que cuando la queja no corresponda de manera ostensible a la competencia de la Comisión Nacional, se deberá proporcionar orientación al reclamante, a fin de que acuda a la autoridad o servidor público a quien corresponda conocer o resolver el asunto.¹²⁶

¹²⁶ Artículo 99.

Cuando el escrito de queja haya sido calificado como de no competencia, pero exista la posibilidad de orientar jurídicamente al quejoso, el director general, previo acuerdo con el visitador general correspondiente, enviará el respectivo documento de orientación en el que se explicará, de manera breve y sencilla, la naturaleza del problema y sus posibles formas de solución. En estos casos, se señalará el nombre de la entidad pública que deba atender al quejoso y, en su caso, el nombre y número telefónico del servidor público. A dicha entidad

F. *Etapa de conciliación*

Una vez admitida la queja, dado que la finalidad de la actividad del *ombudsman* es resolver las vulneraciones a los derechos humanos de la manera más rápida posible, en primer término se procura la conciliación entre el peticionario y las autoridades. Con este fin y de acuerdo con el artículo 36 de la Ley, el presidente o los visitadores generales o adjuntos y, en su caso, el personal técnico y profesional, se pondrán en contacto inmediato con la autoridad señalada como responsable de la presunta violación de derechos humanos para intentar lograr una conciliación entre los intereses de las partes involucradas, siempre dentro del respeto de los derechos humanos que se consideren afectados, a fin de lograr una solución inmediata del conflicto.¹²⁷

G. *Tramitación de la queja*

Si no se logra la conciliación se sigue un procedimiento contradictorio, de carácter flexible, que es instruido por los visitadores. La primera fase de este procedimiento se da al admitir la queja que, de acuerdo con el artículo 34 de la LCNDH, deberá ponerse en conocimiento de las autoridades señaladas como responsables, incluso, en casos de urgencia, a través de cualquier medio de comunicación electrónica. En la misma comunicación se solicitará a dichas autoridades o servidores públicos que

pública se enviará un oficio en el cual se señale que la Comisión Nacional ha orientado al quejoso y le pedirá que éste sea recibido para la atención de su asunto. El visitador general solicitará de esa entidad pública un breve informe sobre el resultado de sus gestiones, el que se anexará al expediente respectivo.

¹²⁷ Esto esta relacionado con los artículos 119, 120, 121, 122, 123, y 124 del Reglamento Interno de la CNHD.

rindan un informe sobre los actos, omisiones o resoluciones que se les atribuyan en la queja, el cual deberán presentar dentro de un plazo máximo de quince días naturales. Este plazo podrá ser reducido, cuando a juicio de la Comisión Nacional existan circunstancias urgentes que lo ameriten.

De acuerdo con el artículo 38 de la misma LCNDH, en el informe que deberán rendir las autoridades se deberá hacer constar los antecedentes del asunto, los fundamentos y motivaciones de los actos u omisiones impugnados, si efectivamente éstos existieron, así como los elementos de información que consideren necesarios para la documentación del asunto. En los casos en que no se rinda el informe o de la documentación que lo apoye, así como cuando exista retraso injustificado en su presentación, además de la responsabilidad respectiva, tendrá el efecto de que con relación al trámite de la queja se tengan por ciertos los hechos materia de la misma, salvo prueba en contrario.

Debe destacarse que uno de los obstáculos que enfrentan los visitadores de la Comisión Nacional es que no tienen las atribuciones de un Ministerio Público para realizar una investigación sobre los hechos que constituyen el objeto de la queja; sin embargo, de acuerdo con el artículo 39 de la ley reglamentaria, cuando para la resolución de un asunto se requiera una investigación, el visitador general tendrá las siguientes facultades:

- I. Pedir a las autoridades o servidores públicos a los que se imputen violaciones de derechos humanos, la presentación de informes o documentación adicionales;
- II. Solicitar de otras autoridades, servidores públicos o particulares todo género de documentos e informes;
- III. Practicar visitas e inspecciones, ya sea personalmente o por medio del personal técnico o profesional bajo su dirección en términos de ley;

IV. Citar a las personas que deban comparecer como peritos o testigos; y

V. Efectuar todas las demás acciones que conforme a derecho juzgue convenientes para el mejor conocimiento del asunto.

Las pruebas que se presenten, tanto por los interesados como por las autoridades, o bien que la Comisión Nacional requiera y recabe de oficio, de acuerdo con el artículo 41 de la LCNDH, serán valoradas en su conjunto por el visitador general, de acuerdo con los principios de la lógica y de la experiencia, y en su caso de la legalidad, a fin de que puedan producir convicción sobre los hechos materia de la queja. Con los elementos que consten en el expediente los visitadores formulan un proyecto ya sea de recomendación o de acuerdo de no responsabilidad, que es revisado y suscrito, en su caso, por el presidente de la Comisión.

Debe señalarse que la CNDH podrá dictar acuerdos de trámite, que serán obligatorios para las autoridades y servidores públicos para que comparezcan o aporten información o documentación (de acuerdo con lo establecido en el artículo 43, LCNDH). Su incumplimiento acarreará las responsabilidades penales y administrativas, así como las sanciones que establece la ley en su título IV, capítulo II.

H. *Medidas cautelares*

Debe destacarse que de acuerdo con el artículo 40 de la LCNDH, se otorga al visitador general que tiene a su cargo la tramitación de la queja o reclamación, la facultad de solicitar a las autoridades competentes que tomen todas las medidas necesarias para evitar la consumación irreparable de las violaciones denunciadas o reclamadas, o la producción de daños de difícil repara-

ción a los afectados, así como pedir su modificación cuando cambien las situaciones que les dieron origen.

Estas providencias precautorias, calificadas en el ámbito internacional como medidas provisionales, constituyen uno de los elementos de mayor trascendencia para otorgar eficacia a los instrumentos tutelares de los derechos fundamentales, ya sea que se encomienden a organismos no jurisdiccionales o a los tribunales judiciales, tanto nacionales como internacionales.¹²⁸

I. *Terminación del procedimiento*

a. Solución amistosa

En cuanto a las formas de finalización de los expedientes, se puede señalar que en los supuestos en que se obtenga una solución satisfactoria o el allanamiento del o de los responsables, de acuerdo con el artículo 36 de ley reglamentaria, la Comisión Nacional lo hará constar así y ordenará el archivo del expediente; sin embargo, se establece que el expediente podrá ser reabierto cuando los quejosos o denunciantes expresen a la Comisión Nacional que no se ha cumplido con el compromiso en un plazo de 90 días. En estos casos, la Comisión Nacional en el término de setenta y dos horas dictará el acuerdo correspondiente, y en su caso, proveerá las acciones y determinaciones conducentes.

b. Recomendaciones

En los casos en que no fue posible llegar a una solución amistosa durante la tramitación de la queja, el pro-

¹²⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, num. II, 2002, pp. 27-31.

cedimiento culmina con una recomendación. Como su nombre lo indica, ésta no tiene carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirige y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia. Sin embargo, en la recomendación deben señalarse las medidas que procedan para la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales, y si procede en su caso, para la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado.

c. La aceptación de las recomendaciones

La autoridad respectiva debe comunicar a la Comisión en un plazo de quince días si la acepta (artículo 46 de la LCNDH), y tiene otros quince para entregar a la propia Comisión las pruebas del cumplimiento respectivo. Este último plazo puede ampliarse cuando la naturaleza de la recomendación así lo amerite.¹²⁹

¹²⁹ Relacionado con el artículo 136 del RICNDH.

La autoridad o servidor público a quien se haya dirigido una recomendación, dispondrá de un plazo de quince días hábiles para responder si la acepta o no. Al concluir el plazo sin que la autoridad o servidor público al cual se le dirigió la recomendación realice manifestación alguna, ésta se tendrá por no aceptada.

De no ser aceptada la recomendación, la negativa se hará del conocimiento de la opinión pública. En caso contrario, la autoridad implicada dispondrá de un plazo de quince días hábiles contados a partir de la recepción del comunicado a través del cual manifieste la aceptación de la recomendación para enviar a la Comisión Nacional las pruebas de que ha sido cumplida.

Cuando a juicio del destinatario de la recomendación el plazo, a que se refiere el párrafo anterior para el envío de las pruebas de cumplimiento, sea insuficiente, lo expondrá de manera razonada al presidente de la Comisión Nacional, planteándole una propuesta de fecha límite para probar el cumplimiento total de la recomendación.

d. La publicidad de las recomendaciones

De acuerdo con el artículo 50 de la LCNDH, la Comisión Nacional debe notificar de manera inmediata a los quejosos los resultados de la investigación, la recomendación respectiva, su aceptación y ejecución, o bien, en su caso, el acuerdo de no responsabilidad. La divulgación de las recomendaciones y acuerdos es muy amplia, puesto que el presidente debe publicar, en su totalidad o de forma resumida, dichos documentos, pero en casos excepcionales podrá determinar que los mismos sólo deban comunicarse a los interesados de acuerdo con las circunstancias del caso (artículo 51). Periódicamente se dan a conocer las recomendaciones por conducto de las gacetas informativas que aparecen mensualmente. Como lineamiento esencial de los organismos similares al *ombudsman*, ya señalamos que el presidente de la Comisión Nacional debe rendir un informe anual ante los tres poderes del Estado.

3. La naturaleza jurídica de las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos

Uno de los tópicos más reiterados en materia de la actividad del *ombudsman* es que se cuestiona el carácter no vinculatorio o imperativo de las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos, lo que generalmente se complementa con la proposición de que se conviertan en obligatorias para las autoridades a las cuales se dirigen, todo lo cual evidentemente se debe al desconocimiento de la institución del *ombudsman*.

Al respecto, en un primer paso debe señalarse que el carácter no vinculante u obligatorio de las recomenda-

ciones no es una característica peculiar de los organismos no jurisdiccionales establecidos en nuestro ordenamiento nacional, sino que corresponde a la esencia de las funciones de todos aquellos organismos que se inspiran en el modelo escandinavo del *ombudsman*, y también de algunos de carácter internacional que carecen de funciones jurisdiccionales, pero que deciden sobre las reclamaciones interpuestas por los afectados por las violaciones de sus derechos fundamentales.

La razón esencial de que las recomendaciones, como su misma denominación lo señala, carezcan de carácter imperativo, radica en la naturaleza misma de los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, ya que se establecieron, en un principio, para la tutela de derechos e intereses legítimos de carácter administrativo y, posteriormente, también de manera esencial de los derechos humanos, de manera preventiva, con un fácil acceso y por medio de un procedimiento rápido y flexible, para reparar de manera inmediata las violaciones a los derechos de los administrados, sin las dilaciones y formalidades de los procesos jurisdiccionales, como un apoyo a los agobiados tribunales y sin la pretensión de sustituir a estos últimos en su función final y definitiva de la tutela de los propios derechos. Si de manera diferente, se otorga a las recomendaciones de los citados organismos no jurisdiccionales de carácter imperativo, éstos se transformarían en verdaderos tribunales, que estarían sujetos a los lineamientos de los procesos judiciales, con lo cual se perderían los aspectos favorables de la solución preventiva y expedita de conflictos de naturaleza administrativa, que es lo que ha otorgado prestigio universal a los organismos que han seguido directa o indirectamente el modelo del *ombudsman*.

Por otra parte, también tomarse en consideración que si bien no todos los ordenamientos lo señalan expresamente, los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos poseen facultades más extensas que las de los tribunales (aun cuando en la actualidad los juzgadores tienen mayor amplitud de creación e integración de normas que los de carácter tradicional), para calificar la naturaleza de las violaciones a los citados derechos fundamentales, ya que en tanto los propios tribunales tienen que tomar en cuenta esencialmente el principio de legalidad (y constitucionalidad), los citados organismos no jurisdiccionales pueden conocer de conductas administrativas no sólo ilegales sino también irrazonables, injustas, inadecuadas o erróneas.

Además, debe tomarse en consideración que en la práctica de las actividades de los citados organismos no jurisdiccionales, uno de los aspectos más positivos que se desprenden de sus informes, es el señalamiento de que un número muy importante de quejas y reclamaciones se resuelven rápidamente por medio de acuerdos entre los empleados y funcionarios de dichos organismos con las autoridades respectivas, que con bastante frecuencia resuelven voluntariamente las inconformidades de los afectados, lo que no se produce en el ámbito jurisdiccional, si se toma en cuenta que los procedimientos de conciliación tienen efectos positivos muy limitados ante los tribunales.

Para dilucidar este problema, es preciso determinar la naturaleza jurídica de las propias recomendaciones, ya que el vocablo recomendar no significa una simple súplica, un ruego o una exhortación, pero tampoco una orden o un mandato, sino una petición, propuesta o solicitud de que la autoridad a la que se dirige y a quien se imputa la infracción, realice la conducta necesaria para reparar la violación de los derechos del o de los afecta-

dos. Por tanto, las recomendaciones pueden observarse desde dos enfoques. En primer término, ya se ha dicho que no son obligatorias para las autoridades respectivas, y por ello, como lo establece expresamente el artículo 46 de la LCNDH, que incorpora un principio general aplicable a todos los organismos no jurisdiccionales, no podrán por sí mismas anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia.

Pero desde otro ángulo, las recomendaciones no son inocuas o carecen de efectos, ya que tienen carácter público, pues además de notificarse a los interesados, se dan a conocer a los medios de comunicación, y también a los órganos del poder público de mayor jerarquía por conducto de los informes periódicos. Por tanto podemos describir, ya que no definir a las recomendaciones como *requerimientos públicos que se dirigen a las autoridades a las que imputan violaciones a los derechos de los quejosos o reclamantes, para que dichas autoridades tomen las medidas concretas para restablecer a los afectados en sus derechos fundamentales, y si procede, para que realicen la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado.*

Por otra parte, *si la recomendación es aceptada por la autoridad respectiva, desde nuestro punto de vista adquiere carácter obligatorio o imperativo* para la misma autoridad, pues expresa su voluntad de cumplirla, y con ello el organismo no jurisdiccional que la emite tiene la facultad de vigilar su cumplimiento y la propia autoridad debe demostrar con las pruebas necesarias que ha ejecutado la misma, dentro de un plazo que puede ampliarse de acuerdo con la naturaleza de la situación, como lo señala, también de acuerdo con un principio general, el artículo 47 de la Ley de la Comisión Nacional. Pero aun en el caso de aceptación, el organismo que expide la reco-

mendación no tiene atribuciones en caso de incumplimiento total o parcial, de ejecutarla coactivamente, lo que significa que si bien una recomendación aceptada es obligatoria, carece de carácter ejecutivo.

Por el contrario, cuando la autoridad no cumple con la obligación de informar o no acepta expresamente la recomendación, el organismo no jurisdiccional no puede imponer su cumplimiento, pero la propia autoridad, aun en el supuesto de rechazo expreso, debe fundamentar su negativa, ya que existe la obligación jurídica de atenderla, es decir, de estudiarla y señalar los motivos de su no aceptación. Debe tomarse en cuenta que en los supuestos de incumplimiento o de no aceptación aun cuando los organismos no jurisdiccionales no pueden imponer la conducta recomendada, además de la presión de los medios de comunicación, los informes periódicos ante los órganos de mayor jerarquía tienen el objeto de que estos últimos puedan exigir las responsabilidades correspondientes.

Como esta cuestión, la del carácter jurídico de las recomendaciones, ha sido discutida también en el ámbito internacional, consideramos conveniente destacar la solución adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a este problema, ya que resulta paradigmática. Al respecto podemos señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que como organismo de la Organización de los Estados Americanos, posee, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la facultad de emitir recomendaciones a los Estados miembros para que reparen las violaciones de derechos humanos que se les han imputado, y cuando las mismas no son aceptadas o cumplidas pueden señalarlo en sus informes ante la Asamblea General, o someterlos a la consideración de la Corte Interamericana, en varios casos ante la misma que fueron planteados por la Comisión, ésta solicitó a la propia Cor-

te que declarase la responsabilidad de los Estados por violación del artículo 51, inciso 2, de la citada Convención Americana, en el supuesto de los gobiernos respectivos rechazaran o no cumplieran con las citadas recomendaciones, ya que la citada Comisión consideraba que tenían carácter obligatorio de acuerdo con el principio internacional *pacta sunt servanda*.

Después de algunos intentos de solución, la Corte Interamericana a partir de su decisión en el caso Loayza Tamayo contra Perú, resuelto el 17 de septiembre de 1997, y que aplicó en los asuntos posteriores en los que se planteó la misma cuestión, estableció el criterio de que según el artículo 31, inciso 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término de recomendaciones debe ser interpretado de acuerdo con su sentido corriente; sin embargo, de acuerdo con el principio de buena fe, consagrado en dicho precepto, cuando un Estado firma y ratifica un tratado, especialmente si se trata de derechos humanos, debe realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión, si además se toma en cuenta que el artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que tanto la Comisión como la Corte Interamericanas, son los organismos encargados de conocer del cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes, por lo que al ratificar dicha Convención, los Estados se han comprometido a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.

A. *Las objeciones desde el Poder Judicial de la Federación a los organismos de defensa no jurisdiccional*

Algunas de las observaciones más críticas provienen de los miembros de la judicatura, no solamente en nues-

tro país sino también en algunos otros, porque los jueces tienen la impresión de que los organismos no jurisdiccionales son innecesarios, en virtud de que los tribunales son los que pueden tutelar con mayor eficacia los derechos fundamentales de los gobernados, y no se toma en consideración que dichos organismos no jurisdiccionales se establecieron primeramente en los ordenamientos escandinavos y han trascendido a un gran número de países de diversas familias y tradiciones jurídicas, debido a que los propios tribunales se encuentran rebasados por el gran número de controversias que deben conocer, por lo que no pueden resolverlas con la rapidez y preferencia que se requiere en los instrumentos procesales tutelares de los derechos humanos, de manera que la intervención de las instituciones no jurisdiccionales, al decidir de manera preventiva, flexible y rápida un número importante de violaciones, apoyan y auxilian a los tribunales en su labor y no por ello menoscaban sus funciones. A este respecto podemos mencionar el estudio realizado por el distinguido ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, José de Jesús Gudiño Pelayo, intitulado *El Estado contra sí mismo*,¹³⁰ en el cual, en esencia, el conocido jurista sostiene que la protección de los derechos humanos que corresponde brindar a este tipo de organismos no jurisdiccionales, no puede consistir en el conocimiento de quejas concretas contra actos u omisiones de autoridades que violen derechos humanos, porque invade la competencia expresa que los artículos 103 y 107 de la carta federal confiere al Poder Judicial de la Federación por conducto del juicio de amparo, el

¹³⁰ Obra que lleva el significativo subtítulo *Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo Estatal*, México, Editorial Limusa, 1998.

que debe modificarse, en caso necesario, para que recupere su espíritu original de recurso sencillo y breve.

El ministro Gudiño Pelayo considera que la tutela conferida a los tribunales federales debe estimarse como una protección directa, en tanto que la que constitucionalmente puede corresponder a los organismos no jurisdiccionales, en los términos del artículo 102, apartado B, de la Constitución federal, debe tener carácter indirecto, ya que en concepto de este autor deben limitarse a la fijación de las políticas públicas en materia de derechos humanos, así como crear conciencia tanto en las autoridades como en los gobernados de las prerrogativas de todo ser humano por el hecho de serlo y de servir de enlace eficiente, de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, así como de las diversas instancias de gobierno a fin de traducir las demandas, peticiones e inconformidades a la racionalidad constitucional y contribuir a la creación de una cultura de derechos humanos.¹³¹

Nos sería imposible analizar con mayor profundidad el estudio del ministro Gudiño Pelayo, y aun cuando su estudio está debidamente documentado, a nuestro modo de ver parte de la hipótesis equivocada de que la protección de los derechos humanos en nuestro país está encomendada de manera exclusiva al Poder Judicial federal por conducto de nuestro juicio de amparo, ya que existen otros instrumentos de tutela no jurisdiccional que no invaden la competencia del Poder Judicial federal, en cuanto su función de resolución de controversias tiene carácter preventivo (no indirecto), y no la realizan por medio de una función jurisdiccional, que expresamente se excluye, inclusive en su misma denominación, y además si se toma en cuenta que el mismo artículo 102 constitucio-

¹³¹ *Ibidem*, esp. pp. 108-135.

nal, apartado *B*, establece categóricamente que los organismos mencionados (y ello está de acuerdo con su propia naturaleza), no pueden conocer de quejas contra asuntos jurisdiccionales, y además, esta diferenciación es muy clara según el artículo 32 de la Ley de la Comisión Nacional, norma que también se ha incorporado a las leyes de las comisiones locales, el cual dispone que:

La formulación de quejas y denuncias, así como las resoluciones y recomendaciones que emita la Comisión Nacional, no afectarán el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan corresponder a los afectados conforme a las leyes, ni suspenderán ni interrumpirán sus plazos preclusivos, de prescripción o caducidad. Esta circunstancia deberá señalarse a los interesados en el acuerdo de admisión de la instancia.

4. *Las recomendaciones generales*

Uno de los aspectos más significativos del informe anual, como ocurre con la mayoría de los organismos similares en los diversos ordenamientos, es que en él, de acuerdo con el artículo 53, pueden contenerse proposiciones dirigidas a las autoridades y servidores públicos competentes, tanto federales como locales y municipales, para promover la expedición o modificación de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como para perfeccionar las prácticas administrativas correspondientes, con el objeto de tutelar de manera más efectiva los derechos humanos de los gobernados, y lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

CAPÍTULO CUARTO

RETOS Y PERSPECTIVAS DEL *OMBUDSMAN*
EN MÉXICO

I. EL IMPACTO DE LA COMISION NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN LA REALIDAD MEXICANA

Para determinar con precisión cuales han sido los resultados de la CNDH en el breve periodo de su existencia sería necesario emprender un estudio empírico de carácter sociológico de amplio alcance, mismo que al día de hoy no se ha realizado —si bien debe señalarse que existen algunos programas de diagnóstico y evaluaciones, que han sido iniciados recientemente y de las que no será hasta dentro de algún periodo de tiempo que se puedan considerar su trascendencia—.

En efecto, se trata de un balance positivo que debe ser más valorado si se toma en cuenta que se trata de una institución relativamente reciente, de poco más de una década, y que la maduración de las instituciones requieren de una mayor experiencia, que sólo se adquiere con el paso del tiempo.

A este respecto destaca que, desde el inicio de sus actividades, con apoyo en estudios en los que han intervenido destacados juristas mexicanos, la Comisión Nacional ha propuesto varias reformas legislativas y constitucionales, que fueron acogidas en iniciativas presidenciales y aprobadas por el Congreso de la Unión con una mayoría

significativa de votos. Sería difícil resumir estas reformas, pero varias de ellas se han traducido en una mejora notable de la situación de los afectados en los procedimientos penales. Por ello se reformaron sustancialmente los Códigos Penal del Distrito Federal (aplicable en toda la República en materia federal) y de Procedimientos Penales Federal y de Distrito Federal; se expidió una nueva ley para prohibir la tortura; se modificaron los procedimientos del enjuiciamiento de menores; se reformaron los artículos 16, 19 y 20 de la carta federal para establecer un equilibrio entre las funciones del Ministerio Público y los derechos de los detenidos y de las víctimas del delito, etcétera, todo ello en los años de 1991, 1992 y 1993.¹³²

Otro aspecto positivo de la labor de los organismos jurisdiccionales tiene que ver con la naturaleza jurídica de las recomendaciones que emiten los organismos no jurisdiccionales, tema al que hemos dedicado nuestra atención en el capítulo anterior, ya que al no ser obligatorias para las autoridades a las que se dirigen colaboran y auxilian a los propios tribunales al resolver conflictos, que de otra manera incrementarían la carga que actualmente tienen. Sobre este punto, es evidente que el rezago que en mayor o menor medida agobia a los organismos jurisdiccionales de todo el mundo ha producido el crecimiento acelerado de la utilización de otros instrumentos de solución de controversias jurídicas, como son la mediación, la conciliación y el arbitraje, que de ninguna manera pretenden menoscabar las funciones jurisdiccionales, sino por el contrario, aliviar la carga excesiva que padecen los tribunales.

¹³² Cfr. Madrazo Cuéllar, Jorge, *Temas y tópicos de derechos humanos*, México, CNDH, y Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, UNAM-Porrúa, 1998.

En cuanto a las perspectivas de nuestro sistema nacional y local de organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos dependerán de revisar de manera constante tanto la legislación como la práctica de las comisiones de derechos humanos para perfeccionarlas, todo ello de acuerdo con la experiencia de las mismas. Es evidente que la tendencia es hacia la obtención de mayor autonomía, inclusive de carácter constitucional, como ya se estableció para la Comisión Nacional en la reforma de 1999, pero no sólo desde el punto vista normativo, sino también en la realidad política, con el apoyo de los órganos de gobierno, que deben vigilar que las autoridades cumplan satisfactoriamente con las recomendaciones que se les formulan, ya que las comisiones por sí solas, sin el soporte decidido de los tres órganos de gobierno, tanto en la esfera federal como local, no se encuentra en posibilidad de lograr el cumplimiento de sus recomendaciones.

1. *Los efectos en el proceso penal. La lucha contra la tortura*

A partir de la creación de la CNDH la Procuraduría General de la República figuró entre las instituciones con mayores problemas en cuanto al respeto a los derechos fundamentales, aunque esto ha tenido cambios positivos, sobretodo por el hecho de que los dos primeros titulares de la Comisión Nacional se convirtieron a su vez en respectivos titulares en la Procuraduría, sin embargo aún no se ha llegado a los resultados esperados.

Respecto al contenido de las quejas y con motivo de las experiencias acumuladas tanto de la Comisión Nacional como de la propia Procuraduría, hemos encontrado que las violaciones más frecuentes relacionadas con la procuración de justicia son detención arbitraria, re-

tención ilegal de personas, cateo ilegal, detención prolongada e incomunicación, maltrato y lesiones así como tortura, las cuales a continuación detallamos.

A. Detención arbitraria

Es aquella que, con infracción de lo establecido en el artículo 16 constitucional, se lleva a cabo con carencia de orden previa de aprehensión expedida por órgano jurisdiccional, o se efectúa sin reunirse los requisitos constitucionales cuando se trata de las excepciones de flagrancia y caso urgente.

B. Retención ilegal de personas

Este es un abuso de autoridad que comete el agente de la policía judicial de cualquier nivel jerárquico o, en su caso, el agente del Ministerio Público, cuando sin orden de aprehensión expedida por el órgano judicial competente, priva a una persona de su libertad y, al efecto, dispone, tolera o por sí mismo le impide retirarse del recinto policial o ministerial.

C. Cateo ilegal

Existe un cateo ilegal cuando éste es realizado en contravención a lo dispuesto por el párrafo 8 del artículo 16 constitucional, es decir, que es llevado a cabo sin la orden jurisdiccional correspondiente.

D. Detención prolongada e incomunicación

Las detenciones prolongadas presentan las siguientes características:

Han sido subsecuentes a una detención arbitraria.

Han sido acompañadas de la incomunicación, lo que proporciona la libertad de acción a los policías judiciales que intervienen.

Se extiende normalmente de tres a nueve días.

Cuando el detenido muestra lesiones, coincide el lapso en que éstas tardan en sanar con el tiempo de la detención prolongada.

E. Maltrato y lesiones

Ambas constituyen procedimientos ilícitos generalizados en contra de una persona inerte al momento de practicarse su detención, sea ésta legal o arbitraria. Por una parte este tipo de agresiones se adelantan a cualquier género de resistencia por parte del agraviado, lo que puede esperarse sobre todo del que va a ser detenido ilegalmente; por otra, se amedrenta a las personas con el propósito de obtener información, declarar o firmar declaraciones en contra de sus propios intereses, desistir desde un inicio al apoyo de personas de su confianza o a la defensa de un abogado.

F. Tortura

Se recurre a la tortura como el medio pretendidamente idóneo para iniciar una investigación, pues se supone que permite obtener rápidamente la información relativa a la comisión del delito perseguido, ubicar los medios con que se llevó a cabo y los efectos del mismo. En determinados casos el propósito es compeler al detenido inocente a reconocer la participación que se le ha “prefabricado”, también hay algunos casos en que el detenido es torturado para firmar declaraciones policiales que no se le permitió leer, en la que aparece confesando un delito que no cometió.

En algunas de las quejas presentadas ante la CNDH se aprecia que las torturas infligidas contaron con la anuencia o venia del agente del Ministerio Público o que, incluso, en su momento no dio fe de las lesiones inferidas al detenido o no adoptó ninguna de las acciones a que está obligado al tener conocimiento de los ilícitos perseguibles de oficio, entre ellos la tortura.

Se observa igualmente que en estos casos es de frecuente incidencia la responsabilidad de los médicos legistas a quienes corresponde revisar a los detenidos, particularmente por que aparecen afirmando en sus dictámenes que el detenido no muestra huellas de lesiones recientes, lo que se desvirtúa en posteriores exámenes médicos.

Mención aparte merece el problema de la tortura psicológica. Si bien el sufrimiento psíquico se encuentra implícito en toda agresión física, la tortura psicológica resulta especialmente difícil de ponderar, puesto que no deja una huella visible como en el caso de las lesiones físicas. Sin embargo, el daño que causa es tan real como el efectuado por aquéllas, lo que ha llevado a incluir en los elementos que configuran al delito de tortura tanto a la inflexión de sufrimientos físicos como la de sufrimientos psíquicos, independientemente de las dificultades que en materia probatoria representa este aspecto de la tortura.

El abatimiento de la tortura debe ser una meta prioritaria de los órganos de procuración de justicia hasta alcanzar el punto de la erradicación definitiva de esos hechos, debe merecer nuestro más enérgico rechazo por el desprecio a la dignidad que suponen.

Entre las medidas legislativas que se han tomado al respecto está la puesta en vigor de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura (en 1991), la cual, en concordancia con los convenios internacionales en la materia, además de definir el tipo penal de tortura, ex-

tiende la responsabilidad tanto al autor material, como al intelectual, incluye a la tortura psicológica como parte del tipo penal y establece la extensión de las responsabilidades generadas por la tortura en materia de daños y perjuicios causados a la víctima y sus familiares.

2. La nueva cultura de los derechos humanos en México

A nuestro modo de ver, la mayor trascendencia de dichos organismos consiste en la solución rápida de las afectaciones de los promoventes de las quejas por violación de sus derechos, que por cierto no siempre tienen carácter fundamental, por parte de las autoridades contra las cuales se dirigen.

Por ello, en la práctica de los propios organismos un buen número de reclamaciones se resuelve por la vía de la conciliación y del allanamiento de las propias autoridades, y basta examinar las estadísticas de los casos planteados para llegar a la conclusión de que una mayoría de dichas quejas se resuelven de esta manera, sin necesidad de llegar a la recomendación, la que se emite cuando no es posible solucionar la cuestión de manera rápida. Además, una constante de la práctica nos demuestra que también resulta de gran utilidad para los afectados, cuando el asunto no es competencia del organismo respectivo, la orientación que se les presta, que generalmente no consiste en un simple consejo, sino en la puesta en contacto del interesado con la autoridad que puede resolver su inconformidad.

Una de las críticas constantes a los organismos que examinamos es la protección de los inculcados (que son calificados injustificadamente de “delincuentes”, con lo cual se desvirtúa el principio esencial de la presunción de inocencia), que acuden a ellos para reclamar las vio-

laciones de sus derechos por las autoridades respectivas y que resulta reiterativa en la actualidad por la gran inseguridad pública que padecemos en nuestro país, afirmaciones que son insostenibles, ya que lo único que hacen los propios organismos es fiscalizar que se respeten los derechos de los propios inculpados, que no es infrecuente que sean objeto de actos arbitrarios.

Sin embargo, se olvida que uno de los programas más importantes que han iniciado y desarrollado en nuestro país, en particular la Comisión Nacional, es el relativo a la protección de las *víctimas y de los ofendidos por el delito*, pues además debe tomarse en cuenta que éstos eran los olvidados de la legislación hasta que hace muy poco tiempo, es decir, el 21 de noviembre de 2002 se publicó la reforma constitucional que estableció un apartado *B*, del artículo 20 de la carta federal, que consagra y desarrolla los derechos de la víctima y del ofendido por el delito, que con anterioridad, salvo algunos tímidos avances anteriores, se le privaba de toda intervención en el proceso penal, en el cual no tenía el carácter de parte y únicamente podía participar en relación con la reparación del daño.

II. LA NECESIDAD DE UN REFERENTE CON *AUCTORITAS* EN LA TRANSICIÓN ACTUAL DEL ESTADO MEXICANO

Existen algunos errores en las apreciaciones que se han hecho con frecuencia de nuestros organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos. El primero es el relativo a medir la eficacia de estas instituciones por el número de recomendaciones que emiten y el cumplimiento de las autoridades a las cuales se dirigen, ya que se olvida periódicamente que no se trata de

un tribunal que puede imponer coactivamente sus propuestas y que únicamente su aceptación formal por las autoridades a las que se dirigen convierten a dichas recomendaciones en obligatorias, y si bien dichos organismos pueden vigilar su cumplimiento, no poseen los medios para exigir su ejecución coactiva.

No debe olvidarse tampoco que la ejecución de las sentencias judiciales condenatorias de las autoridades públicas tienen que superar dificultades y obstáculos para su cumplimiento en todos los ordenamientos (por supuesto que con diversa intensidad), y por ello se ha denominado a la institución como *una magistratura de opinión o de persuasión*.

Existe, por otra parte, una tendencia generalizada en el ordenamiento mexicano para desvincular el nombramiento de los titulares de las comisiones de los derechos humanos de la participación del Ejecutivo, para encomendarlo de manera exclusiva a las cámaras legislativas, pero dicha tendencia no constituye por sí sola una garantía de imparcialidad en la designación de los propios titulares, sino que debe combinarse con criterios muy objetivos de selección para evitar su politización, lo que constituye un peligro mayor, ya que debemos insistir en que la función de los organismos no jurisdiccionales no es de confrontación sino de colaboración con las autoridades, por supuesto con un carácter de independencia frente a estas últimas que incluyen la firmeza en la fiscalización de las conductas administrativas de los funcionarios públicos.

III. LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS

1. *Cuestiones administrativas
del Poder Judicial federal*

Debe destacarse que desde el primer momento de la introducción de los organismos la Suprema Corte de Justicia de la Nación se opuso a la intervención de la CNDH en el ámbito judicial, y por ello en el precepto constitucional mencionado se excluyó en el texto original constitucional la fiscalización del *ombudsman* al Poder Judicial federal, que se reitera en la reforma de 1999. De acuerdo con el criterio acertado que ha seguido la Comisión Nacional, las comisiones locales pueden seguir investigaciones sobre la conducta administrativa de los tribunales locales, y la nacional, con relación a otros tribunales federales que no forman parte de manera expresa del citado Poder Judicial federal en los términos del artículo 94 constitucional.

Entre estos organismos jurisdiccionales se encuentra el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje; el Tribunal Federal de Conciliación Arbitraje (este último resuelve los conflictos entre los empleados y funcionarios del gobierno federal y el del Distrito Federal y las dependencias respectivas); así como los tribunales federales agrarios establecidos recientemente (1992).

Se ha señalado anteriormente que el texto constitucional excluye de manera expresa varias materias del conocimiento de los organismos mencionados, tales como los asuntos jurisdiccionales, laborales y electorales. De estas tres materias, la exclusión más evidente es la de las cuestiones jurisdiccionales, ya que su examen y resolución corresponde a los tribunales, en cuya independencia no puede interferir el *ombudsman*, pero no

resulta tan clara la exclusión de la conducta administrativa de los propios tribunales. Aun cuando no existe una regla general al respecto en las diversas legislaciones que han consagrado la institución, prevalece el criterio de que esta fiscalización es posible, ya que no lesiona la independencia judicial, en virtud de que las investigaciones respectivas, al no culminar con resoluciones obligatorias, sirven de auxilio y apoyo a las funciones disciplinarias de los organismos jurisdiccionales.

2. *Hacia un control más amplio de la administración pública: la participación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el procedimiento para determinar la responsabilidad objetiva y directa del Estado*

La reforma de 2002¹³³ al artículo 113¹³⁴ de nuestra Constitución federal, así como la modificación de la denominación del título V de la misma carta fundamental que actualmente se intitula “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”. introduce en nuestro país la responsabilidad patrimonial del Estado objetiva y directa por los daños que causen los bienes o derechos de los particulares con motivo de

¹³³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio.

¹³⁴ El citado artículo 113 dispone actualmente:

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

su actividad administrativa irregular.¹³⁵ Esta reforma debería ser desarrollada por la legislación reglamentaria en un periodo de dos años, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo transitorio único,¹³⁶ de dicha modificación a la carta fundamental.

El *ombudsman* en esta materia tiene una muy importante participación. En efecto, en las normas reglamentarias a que se hace referencia, el procedimiento que debe seguirse para solicitar y obtener la indemnización respectiva por parte de los particulares se pretende que sea lo más simplificado posible. Dicho procedimiento se inicia de oficio o reclamación de parte interesada, la que podrá presentar indistintamente su reclamación ante la

¹³⁵ Al respecto debe consultarse el libro de Castro Estada, Álvaro, *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2002.

¹³⁶ El presente Decreto entrará en vigor el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* (es decir del año 2004). La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el periodo comprendido entre la publicación del presente Decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial. La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como local, conforme a los criterios siguientes: a) El pago de la indemnización se efectuará después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponda dicha indemnización, y b) El pago de la indemnización estará siempre sujeta a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate. Para la expedición de las leyes o la realización de las modificaciones necesarias para proveer el debido cumplimiento del decreto, se contará con el periodo comprendido entre la publicación del decreto y su entrada en vigor. Según la fecha de publicación del Decreto y su consiguiente publicación, el periodo no sería mayor a un año ni mayor a dos.

dependencia o entidad u organismo constitucional autónomo presuntamente responsable, o bien, ante la Secretaría de la Función Pública. Sin embargo, las reclamaciones por responsabilidad de la administración pública federal que se presenten ante la CNDH, o bien que deriven de una queja o denuncia ante dicho organismo, podrán ser turnadas a las dependencias o entidades presuntamente relacionadas con la producción de lecciones reclamadas y deben ser resueltas de acuerdo con el procedimiento regulado en el anteproyecto. De esta forma, cuando la citada Comisión formule una recomendación que incluya la determinación de daños y perjuicios, si es aceptada por la entidad pública respectiva, implica que ésta debe proceder a su liquidación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 33 de la Ley de Responsabilidad Administrativa de la Administración Pública Federal.

Debido al enorme atraso que ha sufrido el ordenamiento jurídico mexicano en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se requiere también que el Ejecutivo federal proponga en el proyecto de Presupuesto de Egresos las partidas necesarias para contar con los recursos necesarios para que puedan cubrirse las primeras indemnizaciones, al menos las más urgentes.

Finalmente, al tratar de la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano, y tal como lo señala el maestro Fix-Zamudio, debe tomarse en consideración el desarrollo acelerado de la responsabilidad internacional del Estado mexicano, debido al creciente predominio del derecho internacional en nuestro ámbito interno, pero que también se observa respecto del derecho interamericano, en cuanto nuestro país ha reconocido desde hace tiempo, por conducto de su colaboración en la Organización de los Estados Americanos, la labor de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, que inició sus

actividades en el año de 1960, posteriormente nuestro gobierno ratificó y el Senado aprobó en mayo de 1981 la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual incorporó la citada Comisión y creó la Corte Interamericana, y finalmente, se sometió expresamente a la jurisdicción de este Tribunal el 16 de diciembre de 1998, por lo que es preciso que nuestro país cumpla con las recomendaciones de la Comisión y con las sentencias de la Corte Interamericana.

3. *La legitimación procesal en materia de justicia constitucional*

La legitimación procesal puede definirse como la cualidad de un sujeto jurídico de hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el derecho, el reconocimiento justamente *a su favor* de una pretensión que ejercita o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de la pretensión.

De esta forma, la legitimación no se considera un presupuesto del proceso, sino un presupuesto de la acción. Por esta razón la legitimación, en el ámbito del proceso civil, se encuentra profundamente relacionada con las cualidades de las partes procesales, en otras palabras, con los derechos subjetivos privados que tienen. En el caso de procesos constitucionales la legitimación de entidades públicas se encuentra relacionada con la titularidad de facultades y, desde nuestra perspectiva, su ejercicio se considera más una obligación o deber que un derecho.

En este aspecto se propone que la CNDH tenga legitimación en amparo y en las acciones de inconstitucionalidad. En el primer caso se trata de una ampliación de

sus obligaciones puesto que se le constituiría en una especie de guardián de los intereses públicos (ya se trate de difusos o colectivos); en el segundo simplemente sería unificar nuestro ordenamiento, haciendo más congruente la participación del *ombudsman* en el procedimiento legislativo en el que hasta este punto participa haciendo *lobby*.

A. Acciones difusas y colectivas

Este aspecto está estrechamente relacionado con una de las innovaciones más importantes en el proyecto de nueva ley de amparo. Se trata de la legitimación para interponer el juicio de amparo, la que se extiende de manera considerable al superar el criterio de la jurisprudencia tradicional, de acuerdo con la cual para interponer el juicio de amparo debía existir en el promovente un interés jurídico actual y directo apoyado en la existencia de un derecho subjetivo, pues si bien en algunos momentos la propia jurisprudencia adoptó un criterio de mayor flexibilidad, aun cuando también de carácter restrictivo para nuestra realidad actual.

Con el concepto del derecho subjetivo se dejan sin protección las afectaciones que derivan de situaciones jurídicas que afectan la esfera jurídica de los gobernados, y para superar estas restricciones, el artículo 4o., fracción I, del Proyecto,¹³⁷ utiliza la noción del interés jurídico,

¹³⁷ Este precepto dispone en lo conducente: “artículo 4o. Son partes en el juicio de amparo: I. El *quejoso*, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o *de un interés legítimo individual o colectivo*, siempre que se alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos en el artículo primero (de dicha Ley Reglamentaria) y con ello se afecte su esfera jurídica, *ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurí-*

plenamente desarrollada en la cualidad, en particular en el derecho administrativo, la que establece una fase intermedia entre el interés simple que fundamenta la acción popular y el derecho subjetivo, el que requiere de un violación actual y directa.¹³⁸ Por ello, el interés legítimo permite la protección de la esfera jurídica de los particulares, que son afectados en sus derechos colectivos, incluyendo aquellos que se conocen con la denominación de intereses difusos. Es bastante difícil precisar un concepto abierto como el de interés legítimo, el que debe ser precisado por la jurisprudencia, como ha ocurrido en otros ordenamientos en los cuales se ha consagrado. Al respecto, el citado artículo 4o., fracción I, del Proyecto, señala que puede interponer la demanda de Amparo aquel que resulte afectado en su esfera jurídica "...ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al ordenamiento jurídico...".

Con la introducción del concepto de interés jurídico se moderniza el derecho de amparo, ya que con esta institución se pueden proteger un sector importante de los derechos de carácter colectivo y no exclusivamente los de carácter gremial como sucede actualmente, sino también los de grupos no organizados y en general de aquellos que no pueden alegar la violación de derechos subjetivos, sino de situaciones jurídicas que los favorecen o los

dico. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de autoridades judiciales, administrativas o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa".

¹³⁸ Cfr. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2000.

afectan, con lo cual podría configurarse un derecho de amparo colectivo.¹³⁹

Es en este punto donde puede introducirse la legitimación de la CNDH para interponer el juicio de amparo respecto de los intereses difusos o colectivos. De hecho tenemos una experiencia similar a lo que aquí se propone en el derecho latinoamericano. En efecto, el artículo 43 de la Constitución argentina reformada en agosto de 1994, concede la posibilidad de interponer el juicio de amparo al *ombudsman* y las asociaciones de defensa de dichos colectivos. Por ello la doctrina considera que se ha creado un *amparo colectivo*.¹⁴⁰ En efecto, el párrafo de dicho precepto establece claramente:

...Podrán interponer esta acción (de amparo), contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas con-

¹³⁹ Cfr. Cabrera Acevedo, Lucio, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2000; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Pasado y posible futuro del amparo colectivo"; "El acceso a la justicia de los intereses de grupo (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)", estos dos últimos en la obra coordinada por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 629-637, y 723-743, respectivamente; el libro coordinado por Ovalle Favela, José, *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos o de grupo*, México, UNAM, 2004.

¹⁴⁰ Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del artículo 43 de la Constitución nacional*, pp. 86-100, Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 66-69.

forme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.¹⁴¹

B. *Acciones de inconstitucionalidad*

De acuerdo con lo establecido por la fracción II, incisos *a* y *e* de los artículos 105 constitucional, y 62 de la Ley Reglamentaria, se encuentran legitimados para interponer dicha acción de inconstitucionalidad el equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados y la de Senadores del Congreso de la Unión; de la Asamblea de Representantes (a partir de las reformas de 1996 al artículo 122 constitucional, ahora Legislativa), del Distrito Federal, así como de las legislaturas de los Estados.

También se ha otorgado legitimación al procurador general de la República, ya que además de estar facultado para actuar como parte en la tramitación de esta acción de inconstitucionalidad, en virtud de la atribución *ex officio* que le confiere el párrafo 3 del apartado A, del artículo 102 constitucional, se confiere legitimación a dicho procurador para interponer la acción abstracta para reclamar la inconstitucionalidad de las leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como los tratados internacionales (artículo 105, fracción II, inciso *c*, de la Constitución federal). Esta última atribución del procurador general de la República (que depende directamente del jefe del Ejecutivo federal, aun cuando su designación debe ser aprobada por el Senado de la República, pero que puede ser destituido libremente), no

¹⁴¹ Sobre la legitimación en el derecho de amparo respecto de la tutela de los intereses difusos, *Cfr.* Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional*, Universidad de Belgrano, Editorial de Belgrano, pp. 340-374.

debe considerarse justificada, puesto que significa la posibilidad de que el presidente de la República, por conducto del citado procurador, pueda impugnar una ley aprobada por los organismos legislativos, no obstante que de acuerdo con nuestro régimen constitucional posee la facultad de ejercitar un veto suspensivo contra las leyes aprobadas por el Congreso de la Unión, en los términos del artículo 71, inciso c, de la carta federal.¹⁴²

Tenemos la convicción de que en lugar del citado procurador de la República, y como que como ocurre en otros ordenamientos latinoamericanos respecto de los organismos no jurisdiccionales establecidos de acuerdo con el modelo del *ombudsman*, debe ser conveniente otorgar al presidente de la CNDH la facultad para interponer la citada acción de inconstitucionalidad contra las leyes aprobadas por las Cámaras del Congreso de la Unión cuando dicho presidente estimara que dichos ordenamientos sean violatorios de los derechos fundamentales.

IV. LA RELACIÓN CON LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

Al señalar la relación de los organismos que integran el sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos con las organizaciones no gubernamentales

¹⁴² De acuerdo con este precepto: “El proyecto de ley o decreto de-sechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto con sus observaciones a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido nuevamente por ésta, y si fuere confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por ésta fuese sancionada por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ley o decreto, serán nominales...”.

(ONG's) de promoción de derechos humanos debe hacerse referencia a la tendencia de algunos sectores de estas organizaciones, además del judicial señalado anteriormente, por realizar una crítica negativa de las actividades de los organismos no jurisdiccionales, la que deriva del desconocimiento o de la incomprensión de la naturaleza, estructura y fines de la institución, que no puede producir resultados mágicos por consolidada que se encuentre en países muy desarrollados y menos aún en el nuestro en el cual es difícil desvirtuar prácticas arbitrarias de muchos años por parte de las autoridades, que anteriormente no se encontraban sujetas a escrutinio y publicidad.

Con frecuencia se reclama que muchas quejas no se tramitan debidamente y no concluyen con resultados satisfactorios, lo que no se puede negar que ocurre, pero debe tomarse en cuenta que en numerosas ocasiones los quejosos, incluidas las organizaciones no gubernamentales, no fundamentan sus reclamaciones de manera sólida ni aportan elementos de convicción, pues se limitan a presentar "denuncias de hechos" que no pueden indagarse fácilmente, sin tomar en cuenta que dichos organismos por carecer del apoyo de la investigación policial no puede realizar actividades de Ministerio Público, por lo que requieren de la colaboración constante de los quejosos, para que se puedan conocer efectivamente los hechos y las violaciones denunciadas.

También se considera que las recomendaciones no se encuentran redactadas de manera correcta y adolecen de una argumentación defectuosa, lo que en ocasiones es cierto, pero que no significa que las citadas recomendaciones no sean efectivas en sus puntos resolutivos, que son las que están dirigidas a las autoridades respectivas. Otro aspecto que es objeto de censura es la falta de apertura informativa de las comisiones de los dere-

chos humanos, especialmente la Nacional, sin tomar en cuenta que existen aspectos confidenciales en la tramitación de las quejas para proteger a los denunciantes de posibles represalias de las autoridades, y en estos casos es necesario la anuencia de los interesados para dar a conocer esos datos.¹⁴³

Hemos señalado anteriormente, que no se han realizado en nuestro país análisis de sociología jurídica, salvo algunas encuestas parciales, para conocer con precisión los resultados de la labor de las comisiones mexicanas de derechos humanos, pero en nuestro concepto, así sea desde un punto fenomenológico, lo podemos considerar positivos, pues en la actualidad se ha desarrollado, así sea de manera incipiente, una cultura sobre derechos humanos que antes no existía y se ha incrementado la aceptación de las recomendaciones por parte de las autoridades públicas, aun cuando su cumplimiento no sea en todos los casos satisfactorio, lo que significa que se ha avanzado en ese terreno así sea de manera paulatina. Por otra parte, varios de los análisis y diagnósticos que se han realizado sólo destacan los aspectos negativos, pero no contienen proposiciones constructivas para superar los defectos que se advierten en dichos estudios.

¹⁴³ Al respecto la Comisión Nacional emitió, con apoyo en la Ley Federal de Transparencia, un Reglamento sobre esta materia que nos parece adecuado.

La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México. Estudio del sistema nacional de organismos de protección de derechos humanos, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir el xx de septiembre de 2005 en xxxxxxxxx.

En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kg. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kg. para los forros; consta de 1,000 ejemplares.