
El Ombudsman en las democracias modernas

Francisco Javier Acuña Llamas

I.- Las confusiones recurrentes en materia de derechos humanos y sus medios de protección en México

En las democracias en precario o incompletas no es ni ha sido fácilmente exitosa la cara empresa de instalar un Ombudsman que se considere tal; el riesgo del experimento se incrementa porque la atmósfera a la que se introduce un mecanismo de depuración del medio público (de potabilización) no puede funcionar en automático si en dicho entorno no se registran las condiciones mínimas de una democracia constitucional, que entre otras cosas, descansa en la certidumbre y eficacia de sus normas e instituciones y en la presumible y demostrable aquiescencia de aquellas por parte de la ciudadanía.

La joven experiencia del Ombudsman mexicano y sus treinta y tres expresiones institucionales (la CNDH, la del Distrito Federal y las de cada entidad federativa) evidencia aspectos que aún no son debidamente analizados sobre el papel del Ombudsman en el entorno mexicano actual; persisten limitantes a sus competencias y, quizás también, las comisiones

públicas de derechos humanos no han sabido o podido, colocarse plenamente ante la percepción pública en el sitio adecuado a efecto de ir construyendo un acervo común de prestigio y credibilidad.

Por otra parte, desde el poder público persisten reticencias a su labor y en general subsisten los falsos debates sobre su naturaleza jurídico-política, como instituciones del Estado y no del gobierno (aunque lo fueron gubernativas de 1990 a 1992), al igual que sobre la juridicidad de su función y el valor de sus resoluciones: recomendaciones. Se dicen tantas cosas respecto de ellas, pero pocas veces desde una percepción científico-jurídica como debiera hacerse, en beneficio de la congruencia entre lo que ha de ser un Ombudsman que se precie de serlo y la libre inspiración que de esa figura deseamos –por capricho o terquedad– para nuestra realidad, que también hay que decirlo es rica y cambiante, inmersa en un proceso de cambio de régimen, que

se perfila hacia una democracia constitucional moderna aunque todavía —y la distancia existe— no lo sea plenamente.

De suyo la aventura de incorporar en México la figura del Ombudsman en el diseño evolutivo de la CNDH y en el reflejo inercial de las figuras similares de corte local no ha estado exento de dislates al haber sido el fruto de un experimentalismo institucional a la mexicana, para operar ante una realidad politológica particular y en beneficio de una sociedad poco instruida y menos aún acostumbrada a enderezar la vista frente a la autoridad en exigencia de sus derechos (desconocedora de los mismos en su dimensión esencial) y víctima a la vez de una autoridad pública experta en atropellarlos y de la cual ha surgido una poderosa corriente adversa a su protección por esta vía la no jurisdiccional.

1.1.- La CNDH original y el efecto espantapájaros¹

La ilusión óptica de la sociedad, ante la CNDH original, ocurre como reacción de una población poco permeable a entender el surgimiento repentino de un instrumento “milagroso” para resolver todas las carencias y dolencias sociales acumuladas en el tiempo.

Al proceso de maduración institucional de la CNDH le ha hecho daño la apología sin precedentes que se construyó en torno a la figura original,² tendencia triunfalista

y acrítica que abrió la puerta a reveses en menoscabo de la extensión y eficacia de sus potestades al tenor de la Constitución y de la ley.³

La confusión ante el asombro y el escepticismo ha sentado pésimos precedentes, si bien se hizo una gran campaña de difusión de las bondades del ente creado (CNDH) proclamado como un auténtico Ombudsman, lo cual era exagerado, dicha empresa fue imprecisa del alcance técnico de los asuntos de su competencia y carente de la distinción entre lo que son conductas públicas eventualmente violatorias de los derechos humanos y actos entre particulares que por ser lesivos en sí mismos pudieran equipararse con las primeras y que naturalmente estarían fuera de la competencia del organismo.

Se hizo sentir que la sola creación de la CNDH (cual espantapájaros) impediría continuara la tortura, la represión y la omisión indebida de la autoridad, en un entorno en el que la simulación predominaba sobre la certidumbre de legalidad del acto público. Luego, el discurso de la CNDH se empeñó en certificar que la tortura había sido prácticamente erradicada de la realidad mexicana. Nada más falso. El círculo vicioso de impunidad-corrupción que ha larvado nuestros sistemas e instituciones de procuración e impartición de justicia generó el sentimiento popular de que era una contradicción instalar un organismo para exigir la protección de los derechos de las

personas sujetas a una investigación judicial, cuando para las víctimas del delito había y persisten serias desventajas a la luz de la misma Constitución.

Así se formó un espectro de burlón sarcasmo a la misión de la CNDH y sus similares. Pronto cobró fuerza la falaz idea de que la afectación de un ciudadano por parte de otro ciudadano (en robo, asalto, secuestro, homicidio etcétera) implicaba directamente la violación de los derechos humanos del primero por parte del segundo y si además aquel hecho se conjugaba con la enorme posibilidad de que el ciudadano agresor -de la hipótesis- encontrara la evasión de la justicia o un tratamiento ligero a su conducta delictiva por los consabidos efectos del circuito de la impunidad reinante (corruptela policial, ministerial y judicial; el mito de la defensoría de oficio y la desproporción de los derechos constitucionales del detenido sujeto a proceso vs la inoperancia de los escasos derechos de las víctimas de la delincuencia frente al ministerio público y el juez del proceso), se confirmaba y se hizo popular la tesis de la inutilidad de la CNDH.

Tendría que haberse calculado el riesgo del comentario, la incorporación de un Ombudsman sólo podría haber sido acompañada felizmente de una reforma integral de la procuración de justicia (que abandonara el sistema inquisitorial por el persecutorio que desligue al ministerio público persecutor del que sea acusador

ante juez) y que a su vez dotara de plena autonomía al ministerio público y con ello tamizar el dogma del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte de la autoridad ministerial; que renovara y recondujera la filosofía policial, haciéndola científica y mejorándola mediante programas de capacitación, incentivos y estímulos a través de un auténtico servicio civil de carrera policiaco;⁴ la transformación del sistema de administración de justicia, se debe discutir si se retorna al juicio oral en materia penal, y se incorpora la figura del juez instructor y la del juez de resolución; revitalizando la defensoría de oficio, etcétera.

Sin embargo, se optó por depositar sobre la CNDH demasiadas expectativas y desde la misma CNDH se dejó de hacer hincapié en el hecho de que sólo podrían considerarse técnicamente violaciones a los derechos humanos los efectos provenientes de conductas públicas tanto en acción como en omisión, pero quizá faltó precisar que nunca la competencia de la CNDH podría conocer de las conductas de particulares respecto de otros particulares que exclusivamente deben entenderse como delitos, cuya salvaguarda y eficacia si estaría en genérico a cargo del Estado, ello pensando que existieran mínimos de seguridad pública y de seguridad jurídica a favor de la población que es obvio referir no existen.

Al no haber parámetros adecuados para medir los mínimos de seguridad pública,

de transparencia de la gestión pública y de rendición de cuentas de los actores públicos que en una democracia consolidada se dan por ciertos, se fue sedimentando una percepción de enorme suspicacia sobre el arribo de la CNDH.

1.2.- La adversidad persistente a la necesidad de incorporar un Ombudsman

Los grupos de adversarios naturales del Ombudsman en nuestro país de 1990 a la fecha han persistido: principalmente desde los círculos gubernativos encargados de la seguridad pública y la procuración de justicia a la antigua (basada en una gama inimaginable de formas de tortura y hostigamiento).

Buena parte de la abogacía, como gremio educado en la ortodoxia del eufemismo que descansa en la exclusiva y suficiente protección de “las garantías individuales” por medio del juicio de amparo y un sector influyente de la judicatura reticente a entender y aceptar la necesidad de incorporar “estas figuras intrusas a nuestra tradición jurídica”, optaron por encauzar una lenta pero eficaz campaña de sistemático desprestigio y confusión en la sociedad sobre las comisiones públicas de protección de los derechos humanos, haciendo brotar un compendio de infundios mediante frases y aseveraciones que —es un despropósito repetir— pero que han cobrado impacto en la opinión pública, distorsionando y confun-

diendo: los derechos humanos defienden a los delincuentes; la ineficacia de las corporaciones policíacas es culpa de las comisiones de derechos humanos; los derechos humanos son de los humanos, no de las ratas;⁵ la mano dura (tolerancia cero) sólo se puede lograr sin estorbos, ni trabas de comisiones públicas y ONGs protectoras de los derechos humanos... entre otras...

Dichos referentes han servido de pautas de aproximación sucesiva a la radicalización de propuestas, que ya gozan de simpatía creciente, como la abierta invocación a la implantación de la pena de muerte como preventivo efectivo a la delincuencia, etcétera, la que además encuentra impulso por la evidente inseguridad pública y sus conocidos efectos en perjuicio de todos (aunque acaso más duramente sobre quienes tienen un poco más que los que nada tienen y que no cuentan con los medios y recursos de autoprotección que ejercen los que tienen muchísimo más que todos los otros juntos).

Reacciones que a su vez potencian toda clase de reduccionismos (en maniqueo) a la figura del probable delincuente y de asociaciones perversas sobre el prototipo del delincuente común basados en elementos discutibles, como el de la mera pertenencia al nivel de vida más austero o a la tremenda miseria que experimentan amplias capas sociales del país, acompañado de actitudes de “indolencia justificada” para intentar revertir e

impedir el maltrato por insalubridad, hacinamiento y represión que padece la inmensa mayoría de quienes se encuentran privados de la libertad y que no forman parte de las excepciones que al interior de las prisiones tienen unos cuantos reclusos que pueden costearse esos privilegios *extra-legal*.

La pinza, en contra de la credibilidad de la CNDH, se cierra con formulaciones simplistas y discriminatorias que en extenso se aplican a colectivos enteros que viven en condiciones de inaceptable atraso y malestar, como los que pertenecen a la población vinculada más directamente con las tradiciones y rasgos culturales autóctonos; los inmigrantes de las poblaciones rurales depauperadas por mecanismos de explotación indebida de los recursos naturales y víctimas del latrocinio de una histórica desigualdad para acceder a las fuentes de la riqueza; de los migrantes nacionales y externos que huyen de la guerrilla y la desolación hacia la aparente búsqueda del sueño americano; de los enfermos crónicos de enfermedades de transmisión sexual (VIH entre otras) y de los confinados en los centros psiquiátricos públicos y privados, etcétera.

Lo más interesante, y en parte lamentable, es que muchas de las manifestaciones de incompreensión que en nuestro país existen sobre el Ombudsman, como técnica garantizadora de derechos fundamentales, las han propiciado también algunos de sus

mismos exponentes, apologistas de buena fe y titulares y ex titulares de las comisiones públicas de derechos humanos, por cuestiones como su conducta personal: protagonismos insanos; el abandonar la institución antes de concluir el mandato por aceptar un cargo gubernativo o por el comportamiento de la oficina, mediante signos de escasa neutralidad o independencia frente al poder público (parcialidad oficialista); imprecisiones en su discurso sobre el papel del Ombudsman en pronunciamientos y foros; deficiencias de su labor institucional: recomendaciones cuestionables y manejos poco claros de los recursos asignados a la institución, etcétera).

A lo que se suma, naturalmente, la flaca contribución de las legislaturas locales y del Congreso federal, por esa conocida tendencia a relativizar la importancia de los procedimientos de elección de titulares de las comisiones de derechos humanos (cuando se acerca el plazo), como en sentido inverso la inevitable inercia de los partidos políticos, representados en las asambleas legislativas, de imponer consensos al margen de una valoración responsable de aspirantes al cargo y con fidelidad al perfil previamente establecido y que sea conforme a la legalidad y a la doctrina comparada; como la tradicional apatía, cuando no desprecio, tanto para dar seguimiento cabal a los informes anuales o especiales que les turnan las comisiones de derechos humanos, como para el nombramiento de consejeros

(cuando tienen dicha facultad) o para la elaboración responsable de modificaciones legislativas al estatuto jurídico de dichas instancias públicas, etcétera.

Tras la reforma del artículo 102 B de la Constitución (1999),⁶ uno de cuyos propósitos fue la desvinculación formal de la CNDH del ejecutivo federal, el nombramiento del titular dejó de ser una simple designación para ser el resultado de una elección de corte parlamentaria, potestad exclusiva del Senado de la República de amplio consenso (técnicamente de las dos terceras partes de los senadores presentes el día de la sesión), así se perfeccionó la elección del actual Ombudsman nacional, Dr. José Luis Soberanes Fernández, en noviembre de 1999 (en cuyo caso, la fracción del PRD le negó su voto por considerar que se estaba ignorando la voz de las ONGs que habían propuesto a otros candidatos) y que, sin embargo, alcanzara sin problemas la exigencia del quórum requerido por los votos de la representación del PRI y una buena parte de las fracciones del PAN, del PVEM y del PT.

A estas fechas, en numerosas entidades federativas se ha ido revisando el estatuto jurídico de las comisiones de derechos humanos locales o equivalentes, dato que, si bien en general es positivo, coincide con la tendencia de entregar al legislativo la facultad de elegir al titular del cargo, no quiere decir que el trance de esta nueva faceta del sistema de nombramiento del

titular esté exenta de peligros y nuevos problemas, como ocurriera recientemente con el caso de Oaxaca en donde se llegó al extremo de nombrar como titular de la CDHEO, mediante una decisión cupular al seno de la comisión legislativa de la legislatura estatal a un cercano colaborador del gobernador en turno, que —dígase de paso— por presiones de las ONGs (estatales y nacionales) se vio obligado a renunciar inmediatamente, lo que a su vez permitió que se renovara el procedimiento.

Sólo por citar otro incidente, en este caso de Jalisco, la legislatura estatal ha postergado por meses la definición de la elección ante la formación de consensos parciales (menores a los que exige la nueva normativa) a favor de la ex titular Guadalupe Morfín Otero, respecto de quien inexplicablemente no se procedió en primer término y por separado a valorar su posible ratificación (para un segundo período), en vez de hacerla competir por el cargo con los otros aspirantes, lo que quiebra la lógica de la equidad entre una y los otros.

En el caso del Distrito Federal, la ley de la materia ya había sido revisada para entregar enteramente a su Asamblea Legislativa la responsabilidad de la elección del titular de la CDHDF; sin embargo, respecto del común de las instituciones mexicanas objeto de nuestra reflexión, se hace notar la ausencia de criterios de aceptación general —que reglamentados o adoptados con la finalidad de hacer más transparente el proceso de elección de los Ombudsman— faciliten y clarifiquen sobre

el perfil de quienes pudieran ser propuestos para tal cargo, con referencia a su trayectoria (una de apartidismo), a su vinculación desde la docencia o la investigación académica o la defensa y la promoción directa de los derechos humanos desde la militancia en las ONGs o desde la labor institucional en las instituciones de protección y defensa de los derechos humanos.

Tampoco existen criterios basados en alguna metodología que asegure la ponderación responsable e imparcial de parte de las comisiones legislativas responsables de hacer la selección de aspirantes al cargo, así como para evaluar la gestión institucional de una institución estilo Ombudsman de cara a la posible ratificación del titular (que en prácticamente todas las legislaciones se prevé), de manera que según sea el caso la comisión legislativa correspondiente tenga elementos para dictaminar su propuesta al pleno y con base en ésta, preparar los consensos parlamentarios sobre los atributos de las personalidades propuestas a dicho cargo, a fin de no ser discriminados los postulados por criterios subjetivos, que sólo reflejan la interpretación de quienes por disposición legal se encuentran con la facultad de seleccionar aspirantes al cargo.

Sobre esta cuestión también vale decir que para este tipo de cargos públicos (como el Ombudsman) no es preciso el término de candidatos en el sentido convencional del término, en todo caso, los

postulados son personalidades que por poseer el perfil idóneo son propuestos por la asamblea legislativa; es el parlamento (en consenso básico) el que busca a la persona idónea para tal cargo y no a la inversa como se expusiera en el reciente proceso de sucesión del Ombudsman capitalino, que se resolvió a favor del Lic. Emilio Álvarez Icaza (hasta esas fechas consejero titular del IEDF), propuesto por un sector de ONGs de ámbito nacional y local.

No sobra comentar que en dicho proceso de selección se hizo patente una serie de contradicciones en relación con los parámetros utilizados para evaluar a las personalidades respecto de la obtención del consenso a favor de quien finalmente fuera elegido. Fue sin duda un proceso teñido de prejuicios e infundios sobre la postura personal de algunos de los "candidatos" con relación a temas controvertidos de la vida nacional o a la probable religiosidad (en determinado credo) de alguno de aquellos.

Lo más insólito es que la descalificación deliberada de uno de los más fuertes o quizás el candidato natural al cargo de Ombudsman por sus méritos indiscutibles en la materia (Miguel Sarré Íguiñez), se organizó como campaña de desprestigio en las oficinas de la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la ALDF, que curiosamente había participado en Durbán Sudáfrica en la cumbre mundial sobre discriminación.

En todos los niveles se echa de menos el avance en esta materia de acuerdos suscritos entre la federación mexicana de organismos de protección y defensa de los derechos humanos y el Congreso de la Unión y las legislaturas estatales y las redes representativas de ONGs dedicadas a la defensa de los derechos humanos, a efecto de ir despejando de mitos y prejuicios el camino firme y sensible en el que debiera colocarse a quienes por auto-propuesta o por postulación de las ONGs se vean en el serio y delicado momento de cargar a costas de su prestigio una nominación para tales encargos.

Sobra decir que al frente de estas comisiones públicas de protección y defensa de los derechos humanos desde 1990 a la fecha se han visto favorecidos, antes por los ejecutivos y ahora por los legislativos, personas realmente ajenas no sólo a la filosofía esencial de los derechos fundamentales, su estudio y eventual protección, sino evidentemente incompatibles (por apatía, impreparación o trayectoria) al significado esencial del Ombudsman como técnica garantizadora de los derechos fundamentales de la población.

Y es urgente también el unificar entre las comisiones públicas de protección y defensa de los derechos humanos mexicanas el establecimiento de un sistema de "servicio civil de carrera" que armonice y proporcione la estabilidad funcional de los mandos técnicos y administrativos de dichas instancias y que a su

vez se convierta en una fuente más, aunque objetiva y certera, de propuestas de personalidades a la titularidad de la oficina por la vía de una capilaridad fundada en méritos, reconocimientos y perseverancia demostrables.

Ante este mar de aspectos aparentemente inconexos entre sí, propongo un recorrido breve por algunos de estos puntos nodales de la filosofía del Ombudsman contemporáneo y temas adyacentes con el propósito de intentar responder a las exigencias que en teoría se ciernen sobre él para las democracias modernas.

I.3.- La confusión de raíz, arraigada y provocada. Un peligroso contrasentido a la causa de una defensa integral de los derechos humanos

En una democracia constitucional y moderna el referente de ciudadano común debe ser uno, y uno aplicable para todos y en simultáneo, el ordenamiento jurídico debe reconocer las condiciones diferenciadas que por razones de edad, sexo, origen o pertenencia étnica, salud o enfermedad, incapacidades físicas o psíquicas temporales o permanentes, nivel socioeconómico, existan en quienes invoquen encontrarse en una o varias condiciones diferenciadas.

La regla es la igualdad presumible de los ciudadanos, la condición general en la que dentro de la democracia tienen todos los habitantes al margen de su origen o

situación migratoria y la de los nacionales que por contar con la mayoría de edad gozan de derechos, de prerrogativas políticas y de deberes (el servicio militar, emitir sufragio, el pago de impuestos etcétera); las excepciones a dicha regla, no hacen enteramente distintos a los ciudadanos que las experimentan; sólo se requiere que a la luz del derecho se reconozca un tratamiento especial para quienes viven una condición diferenciada que les permite exigir al Estado dicho tratamiento especializado, para de esa manera –en lo posible– sean homologados con el resto de la población que se encuentra dentro de la regla o condición general.

La tesis de las condiciones diferenciadas la invocamos como alternativa de la noción de “minorías vulnerables” que es un concepto no exento de ser instrumentalizado por enfoques ideológicos o religiosos, que llevados al extremo generan más conflictos que posibilidades de vivir la tolerancia, máximo aspiración de las democracias estables.⁷

De otro modo, bajo la idea de derechos de minorías vulnerables, la tendencia creciente nos empuja a ir reconociendo jurídicamente la existencia de una tipología variada de derechos ciudadanos para cada clase, gremio o sector social y lo que es peor certificar que existen diversos tipos de ciudadanos dentro de una comunidad que se supone se encuentra vertebrada bajo el principio de la igualdad jurídica de sus integrantes.

Lo que tarde o temprano siempre nos conducirá a buscar la defensa y la protección plena de los derechos de cada parte de la sociedad –a veces– yendo en el discurso y en las proclamas de cada causa contra los derechos de los otros, lo que desemboca en la creación de un falso compendio de derechos fundamentales para cada tipo o clase de ciudadanos.

Algunas condiciones diferenciadas son cíclicas y temporales como la edad (infancia-vejez); otras son temporales e indeterminadas como un padecimiento crónico; otras son fugaces como una discapacidad parcial y momentánea o la que tiene la mujer durante el embarazo y la lactancia, mientras otras son definitivas como la pertenencia étnica; el sexo, las discapacidades físicas o psíquicas permanentes, etcétera.

En un capítulo propio, pero con equivalencia de auténticas condiciones diferenciadas se encuentran las relaciones de especial sujeción. En las democracias avanzadas se reconocen como auténticas condiciones diferenciadas las que tienen las personas que guardan con el Estado “relaciones de especial sujeción”: los procesados (durante el juicio) y los sentenciados a pena privativa de libertad; por distintas razones “el ciudadano en filas” y el ciudadano policía guardan una modulación –nunca supresión– de algunos de sus derechos fundamentales para poder servir y desempeñar la tarea que su vocación les impone, con menores restricciones pero sí con las que entraña su

responsabilidad, los funcionarios públicos (limitadas algunas libertades, cambio de residencia, prohibición de sindicación, limitación de separarse del encargo público —en un período— antes de intentar el sufragio pasivo, etcétera).

Otro capítulo de condiciones diferenciadas tienen que ver con la situación social en precario, como el nivel de instrucción escolar y el nivel de ingreso, el tipo de vivienda y de empleo y el de residir en zonas alejadas al acceso a la comunicación etcétera. Sin embargo, estas condiciones de subdesarrollo y pobreza a diferencia de las anteriores reflejan posibles violaciones a derechos humanos de contenido económico, social y cultural de los ciudadanos; el problema es que su grado de protección, a diferencia de los arriba señaladas, es que como satisfactores individualizables dependen de la viabilidad presupuestal del Estado para su concreción y que su incumplimiento no puede serle exigido ante los tribunales. Por ejemplo, la Constitución señala que todos los mexicanos tienen derecho a una jornada laboral y a prestaciones laborales (salario, vacaciones, antigüedad, pensiones por jubilación, etcétera), pero que en la realidad de un país inmerso en una gran economía informal se vuelve impráctico su ejercicio. También la Carta Política establece que los mexicanos tenemos derecho a una vivienda decorosa, cuando gran parte de la población por su nivel de ingreso no puede conseguirlo, etcétera.

Los derechos humanos de contenido económico social y cultural son el gran reto de la sociedad mexicana y, como se ha dicho a diferencia de los derechos fundamentales primarios, se convierten en metas sociales que la Constitución le fija al Estado, pero que su concreción depende de la existencia de recursos públicos destinados a abatir esos rezagos en beneficio de los más pobres, para de esa manera homologarlos a los beneficios comunes del progreso.

1.4.- El radicalismo vs una protección integral de los derechos humanos

Las corrientes más vigorosas para construir, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, un núcleo de derechos específicos a favor de grupos humanos concretos son las que encabezan la mujer (las mujeres), los niños, los ancianos, los discapacitados, los pertenecientes a religiones recientes y poco extendidas o sectas y los colectivos no heterosexuales que alegan el derecho a la diversidad sexual.

Desde un feminismo responsable y humanístico es entendible se exija la supresión de los inaceptables efectos del machismo premoderno que ha impedido el desarrollo paritario y justo de la mujer en el acceso a todos los niveles de las decisiones de la cosa pública (bien colectivo). Sin carga ideológica es preciso reconocer que la violencia familiar y la

discriminación contra las mujeres existe y debemos todos ir desterrando de la mentalidad general las licencias para consentir cualquier tipo de discriminación de la mujer.

Por otro lado, se ha venido construyendo una tendencia similar a favor de los niños. Se habla primero de los derechos de los niños (se supone respecto de los derechos/deberes de los padres y demás miembros de la familia, ante la inaceptable violencia familiar) para luego extender ese sentido respecto de los adultos en general.

Y -enseguida- se empieza a hablar de los derechos de las niñas respecto de los derechos de los niños, o el de las ancianas respecto de los ancianos. Creo que ahí están los límites precisos de un enfoque humanista *ad integrum*.

Al no conjugar armoniosamente las condiciones diferenciadas que por razones de edad y de sexo presentan quienes son parte de un todo social, se corren riesgos añadidos.

El pequeño ser en el vientre materno (su derecho a nacer y vivir); los infantes hasta cierta edad -la mayoría que fija la ley- cualquiera que sea su sexo o los ancianos cualquiera que sea su sexo son igualmente vulnerables y sólo podrán ser más vulnerables, todavía dentro de éstos quienes además vivan temporalmente o permanentemente una condición diferenciada por horfandad, abandono, enfermedad o

discapacidad, reclusión o internamiento, etcétera.

1.5.- La distorsión de la integralidad de los derechos humanos

No debiera ocurrir que el legítimo feminismo responsable, el cual se debe fomentar y resolver en una democracia constitucional, se convierta en uno radical y hasta androfóbico movido por un afán disparejo del juego del hombre y de la mujer en el hasta ahora único género humano biológicamente demostrable: la persona humana y sus dos expresiones concretas: hombre y mujer. Frente a esta visión se expone que la diversidad sexual reconoce un arco iris de género humano.

La familia también es una institución jurídicamente reconocida y que como bien superior se debe preservar como núcleo de la sociedad. Las corrientes que preconizan un feminismo radical de suyo consideran a la familia una mera tradición sociológica fuente de la postración de la mujer y por ello una institución prescindible. Ahí surge una visión conflictiva, y nada tolerante por cierto, respecto de quienes deciden hacer posible la vigencia de la familia convencional.

En paralelo a la institución familiar convencional, un sector importante de la población femenina ha fundado junto con el hijo o los hijos un referente de familia más reducido en sus componentes (sin el padre de éstos), pero ese hecho incon-

testable no confirma que en el seno de esos hogares de madres solteras, divorciadas o viudas se estén forjando las bases para la sustitución de la familia tradicional. Los hijos de esos hogares tienen el derecho a fundar una familia convencional.

En una dirección similar, en cuanto a descalificar a la familia como institución tradicional, se expresan los colectivos de personas que se asumen con una identidad sexual distinta a la heterosexual y que exigen el reconocimiento legal de uniones de personas del mismo sexo, lo que denominan “derecho a la diversidad sexual”, como si las personas que encuadran dentro de esa actitud o situación sexual fueran radicalmente distintas a las demás a la luz del derecho común. En una democracia moderna debe asegurarse el derecho a una sexualidad plena y responsable. La fundamentación moral al respecto la fija la dignidad de las personas y el límite los efectos de esa libertad sexual frente a los menores de edad, principales víctimas del tráfico y la explotación con fines de pornografía comercial que estimula a un mercado indolente y envilecedor que amenaza con corroer a la sociedad en su conjunto.

En una democracia moderna tienen derecho de expresión todos y también a ser respetados quienes no comparten la extroversión en materia de sexualidad que todo lo sexualiza y que ha venido alterando los contenidos de los medios de comu-

nicación. El derecho a la intimidad de las personas es aplicable en un sentido como en el otro.

Quienes exigen ser reconocidos como distintos por pertenecer a una minoría sexual están construyendo un nicho de diferenciación que podría a su vez poner en conflicto a sus mismos integrantes, por citar un ejemplo, pone en tensión el derecho a la intimidad de quienes viven una homosexualidad reservada y que no desean ser identificados en el ejercicio completo de esa actitud y forma de vida.

Por la vía de la tolerancia se hizo posible que quienes en el pasado fueron objeto de persecución por disentir en forma de pensamiento y apariencia sean respetados. El riesgo y el peligro de generar derechos de las minorías es que se establezcan discriminaciones en positivo a quienes forman parte de las tradicionales mayorías, lo cual lleva a un contrasentido del fundamento de la no discriminación (respeto de alguien).

Así por ejemplo se asocia desde un enfoque discriminatorio que los pertenecientes a determinado credo o religión son enemigos de la libertad sexual de sus miembros y de los demás; sin embargo, no se hace la misma aseveración a la inversa, si por ejemplo los hipotéticos integrantes de ese credo o religión consideran las pretensiones o postulados de aquellos otros como agresivas a sus integrantes por entrar en colisión con el derecho a la

libertad religiosa que tienen sus adeptos para cumplir sus preceptos. Si se da cauce a esas apreciaciones, primero con base en un laicismo aparente, se buscará descalificar la religiosidad de quienes la tienen y luego se buscará imponer el agnosticismo como única fuente de libertad; acaso olvidan que una de las primeras libertades humanas reconocidas fue la religiosa (la de pertenecer a una iglesia o credo y a vivir conforme a ella, siempre que esas prácticas no sean contrarias a la ley) y la vigencia del derecho moderno que reconoce y protege la libertad religiosa y su ejercicio.

El riesgo de entrar en colisión es mayor cuando la noción de minoría radica en situaciones aleatorias o hasta estrictamente subjetivas en las cuales los ciudadanos se quieren colocar por propia voluntad o creatividad obligando al resto de la sociedad a respetarlos (lo cual es entendible y atendible), empero podrían exigir que las normas jurídicas de corte general abstracto e impersonal se amolden a todas las exigencias de dichos grupos o colectivos, como tampoco deberían ser consecuentes absolutamente con las que comparten por convicción o por comodidad las supuestas "mayorías".

Para resolver estas disputas ligadas a visiones imperantes, ideológicas o religiosas, de la vida en sociedad, es bueno se proceda como en otras latitudes, en donde se reconoce dentro del capítulo integral de las libertades públicas las que tienen los individuos para manifestarse libremente y a su vez ejercer el derecho

a la intimidad con plena conciencia de sus consecuencias.

Si se observa, se trata del desarrollo en plenitud del derecho a la libertad en genérico y a la colateralidad de una serie de libertades combinables de hacer, pensar, decir, vestir, elegir entre posibilidades de forma de vida, etcétera. y que encuentran sentido jurídico frente a discriminaciones por razones de apariencia física, aficiones y prácticas que no sean antijurídicas.

Desde una visión integral de los derechos humanos y con la intención de hacer valer la igualdad de los seres humanos, en lo individual como en colectivo, dentro de una democracia moderna, por ejemplo, se reconocen: el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la propia imagen,⁸ la libre elección de un modo de vida (asunto que también abarca el oficio o actividad cotidiana, gustos, hábitos y expresiones de la intimidad), con el límite de no dañar el derecho de terceros que no desean vivir bajo esos esquemas.

Son igualmente respetables los derechos de los unos como los de los otros a vivir en lo básico bajo patrones de convivencia similares aunque en lo accesorio se experimenten modelos de actitud distintos.

1.6.- El grado de protección al bien jurídicamente tutelado como vía para clarificar la prelación de los derechos humanos

El estudio contemporáneo de los derechos

humanos para efectos de metodología expositiva se ha planteado tradicionalmente por medio de clasificaciones de éstos en una serie de bloques pertenecientes a generaciones: primera, segunda, tercera, etcétera, que se dice no eluden la indivisibilidad de tales derechos.

Planteamiento teórico superado, porque dichas generaciones más bien reflejan el reconocimiento cronológico que han ido teniendo los derechos civiles y políticos seguidos por los de contenido económico social y cultural y los derechos de solidaridad.⁹

El problema de fondo es las posibles –y frecuentes– colisiones en favor del ejercicio extensivo de los derechos humanos de una misma persona en un momento dado. Por tal razón, se reconoce a la vida un bien jurídico fundante y fundamental, frente a las excepciones que suponen el aborto deliberado, la eutanasia, la pena de muerte, las ejecuciones sumarias, etcétera.

Más allá de posicionamientos ideológicos y religiosos en algunas democracias modernas se ha determinado despenalizar parcial y hasta totalmente el aborto provocado, lo que no quiere decir que alguien tenga derecho a abortar (esa es una contradicción *in termini*); lo que sucede en dichos supuestos es que la conducta abortiva no se encuentra acompañada de una sanción penal, es decir la ley en dicho caso establece un

eximente de responsabilidad penal para una serie de conductas de quienes intervienen en el aborto, de quienes participan de la destrucción del embrión humano. Por ello desconocemos el eufemismo de “la libre interrupción del embarazo”.

Es preciso reafirmar que jurídicamente no existe el derecho a abortar, como un asunto de elección sin consecuencias; en todo caso, los responsables del aborto tienen el derecho al eximente de responsabilidad penal, es decir, a que no se les condene por esa conducta que en otras latitudes (la mayoría) sigue siendo considerada un delito. Lo preocupante al respecto es que de alguna manera se convierta el aborto en un método más de control natal. La despenalización del aborto no necesariamente hará disminuir las cifras de abortos y tampoco algunas de las causas de mortandad femenil vinculadas al mismo.

Igual ocurre si se autoriza la práctica de la eutanasia (bajo algunos supuestos); no se puede decir desde el punto de vista del bien jurídico protegido, la vida del paciente, que éste tenga derecho a elegir la muerte antes de que de modo natural ocurra bajo el conocido lema de “morir sin dolor” sino que la excepción al juramento hipocrático del médico que debe por regla luchar por mantener la vida del paciente encuentra en dichos casos una eximente de responsabilidad penal. Ahí el peligro potencial de la autorización

legal de la eutanasia es que sea empleada como medida de depuración social de ancianos y enfermos abandonados en hospitales, asilos y psiquiátricos.

Igualmente ocurre con la pena de muerte, aunque la tendencia es su abolición, las democracias en que se practica nos instan a seguirla cuestionando y difícilmente nos permite pensar que el Estado tenga el derecho de privar de la vida a alguien, si bien se aplica, y esos son sus reales alcances, se tiene que explicar que en todo caso se verifica dentro de una legalidad que la establece como excepción a la regla del derecho a la vida.

A pesar de los efectos del aborto, la eutanasia y la pena de muerte, en tales situaciones excepcionales, la vida como bien y valor jurídico fundamental se mantiene como elemento superior, aunque se aplican aquéllas como soluciones paliativo que alcanzan el beneficio de una probable eximente de responsabilidad legal, pero difícilmente moral. De esta suerte no se puede hacer apología del aborto provocado y de la eutanasia, basadas en el derecho de la mujer a la libertad de determinar si el hijo que vive en su seno debe nacer o morir o si el enfermo terminal elige con plena conciencia ser abandonado de los medios de la ciencia médica para luchar hasta el final por razones de clemencia a su dolor o improbable capacidad de recuperación de la salud.

Frente al bien jurídico de la salud, con

frecuencia también se hacen estimaciones relativistas, el derecho a la salud es un derecho y un valor cardinal entrelazado con el derecho a la vida. Pero la salud como bien jurídico es aleatoria, se puede nacer con ella y perderla súbitamente y viceversa; en complemento el ser humano tiene derecho a una atención médica oportuna y eficaz que debe garantizar el Estado por medio de las políticas públicas de salud integral y de la cobertura médica pública y privada; su incumplimiento se traduce en desatención o negligencia médica de diverso grado y nivel.

El problema es que el derecho a la atención médica con frecuencia se ubica dentro de esos derechos de contenido económico, social y cultural y por ello en democracias emergentes, como la nuestra, su vigencia es una flor escasa y selectiva.

En resumen, las disquisiciones conceptuales sobre el concepto de los derechos humanos han sido fuente de grandes y perdurables polémicas. En el texto de nuestra apretada reflexión sólo pretendemos advertir una posición integradora de los derechos públicos subjetivos que posibilite armonizar su protección y defensa, dentro de una democracia moderna, a efecto de facilitar la operación del Ombudsman como técnica no jurisdiccional en acompañamiento de las técnicas jurisdiccionales clásicas.

La reforma integral del Estado mexicano es un tema de gran entidad y una asignatura pendiente que exige la configu-

ración de los consensos básicos para revisar la Carta Política de 1917 y en su primera parte actualizar y reforzar el contenido esencial de las disposiciones que versan sobre derechos fundamentales y libertades públicas, al tiempo de conectar su protección por medio de las técnicas garantizadoras que presumiblemente aseguren su respeto en lo sucesivo.

II.- La autoridad moral (*auctoritas*) del Ombudsman vs la simple influencia sobre sus recomendados

La autoridad moral que debe poseer el Ombudsman como ingrediente fundamental de su labor, consiste en un capítulo de atributos y cualidades objetivas y subjetivas que operan como condiciones idóneas a su especializada tarea de investigar y denunciar conductas públicas defectuosas en perjuicio de los derechos y libertades públicas esenciales de la población; ese conjunto de atributos hacen posible que el Ombudsman tenga éxito al emitir sus señalamientos y recomendaciones ante la comunidad. Ello no quiere decir, como contrariamente se supone, que la "autoridad moral" signifique que sus resoluciones son de carácter moral, sino que, dado su prestigio institucional, la opinión del Ombudsman siempre fundada en derecho es presumiblemente coherente y por ello irrefutable en sus contenidos por parte de las autoridades a las que advierte o señala como responsables de violaciones a los derechos humanos a fin de que reconozcan sus errores y los reparen.

La *autocritas* se basa en el crédito que tiene una persona o institución por sus pasados logros y aciertos y por tanto tiene como supuesto la confianza,¹⁰ en el ámbito del derecho público contemporáneo; la *autocritas* es considerada el sustento (la fuente de respetabilidad) de un Ombudsman. Lo que no quiere decir que los Ombudsman emitan recomendaciones de carácter moral.

Al ser las resoluciones de los Ombudsman de carácter declarativo y no de constitutivo, como el de las sentencias de los jueces, se presume su eficacia precisamente desde la perspectiva de que en el Estado de derecho la vía de la coercitividad que acompaña a las sentencias jurisdiccionales no es la única para asegurar la legalidad, sino que es perfectamente complementaria con otras vías como la no jurisdiccional (que ejerce el Ombudsman) y que descansa en la presunción de que a mayor *auctoritas* de la autoridad, se precisa de menor poder coactivo para solucionar cierta clase de excesos o vicios en que incurren las autoridades frente al pueblo.¹¹

El reconocido *iuspublicista* Manuel García Pelayo sostiene que en cualquier orden político existen tres vías para operar la conducta de los demás: el poder, la influencia y la *auctoritas*. A efectos de explicar la diferencia entre éstas, afirma que el poder se ejerce determinando la conducta de los demás, es decir, refleja la aplicación potencial o actual de cualquier medio coactivo o recurso

psíquico inhibitorio de la resistencia de un individuo sobre otro u otros.¹² Mientras que la influencia *es la posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada*.¹³ A diferencia del poder que simplemente hace suplantar la voluntad del poderoso sobre la del sujeto que la padece, la *influencia no utiliza la coacción sino la presión* y, por tanto, no sustituye la voluntad ajena pero la induce o disuade hacia el sentido que pretende el influyente sobre el influenciado.

En el caso del *auctoritas*, a diferencia del poder, *condiciona, más no determina la conducta de los demás*. En el caso de la *autorictas* el receptor de sus efectos elige la opción de adoptar tal criterio basado en la convicción de que es lo correcto, lo mejor ante la disyuntiva de no hacerlo así.

En la influencia la presión es tan efectiva que el influenciado termina accediendo, no por convicción sino por el costo beneficio de eludir consecuencias desfavorables o efectos desgastantes a su criterio. La presión en este caso orilla al que la experimenta a actuar por conveniencia, mas no por libre y elegida convicción.¹⁴

En México el Ombudsman capitalino CDHDF es el mejor ejemplo de la instrumentalización del cargo para generar presión neta sobre sus recomendados, por encima de producir persuasión fundada en derecho respecto de los

mismos. Por la vía equivocada el anterior titular de la CDHDF se empeñó en desplegar una vigorosa campaña de persecución política contra la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, intentando que la presión política de su recomendación (incumplida) provocaría la renuncia o la destitución del Procurador¹⁵ antes de haberle podido demostrar técnicamente que dicha recomendación era capaz de ser respetada por ser irrefutable, después haría lo mismo respecto de los diputados de la fracción del partido que hace gobierno en el Distrito Federal, por la propuesta de uno de ellos de reformar integralmente la Ley de la CDHDF y respecto de un ex delegado político al que encuadró en una recomendación francamente ininteligible pues en ella se olvidó de aludir si el particular (por el uso indebido de unas lanchas arrendadas por el delegado político para “ayudar a las víctimas de una catástrofe en el estado de Hidalgo”) etcétera.¹⁶

El Ombudsman capitalino, para efectos de ejemplo, empleaba la vía de la influencia (gran presión pública) para que la PGJDF y sus adversarios actuaran en consecuencia, sin éxito, más acaso haya perdido la extraordinaria ocasión de haber ejercitado la *Magistratura de Opinión*¹⁷ de que goza el Ombudsman cuando en realidad lo es, para convencer, no vencer, a las autoridades reticentes a sus observaciones y sugerencias por lo impecable y sólido de sus afirmaciones (recomendaciones).

En esto de la autoridad moral hay que agregar que ésta como tal es un bien colectivo que tampoco pertenece al titular de la institución sino al Estado democrático de derecho y que, por ende, no deben dilapidar el prestigio y la credibilidad institucional, capital político (en el sentido amplio del término) de la institución, que son un legado que producen con su cuidada y correcta labor, y que deben resguardar sus titulares en el tiempo, evitando precipitarse al vacío en altercados personales innecesarios.

III.- La intervención del Ombudsman como resultado de la ecuación de un nuevo lenguaje estatal, un lenguaje que se establece entre la autoridad pública y el ciudadano mediante un diálogo reforzado (por la interlocución del Ombudsman)

El Ombudsman y su intervención intentan la sustitución del monólogo autoritario del Estado (que ordena y ejecuta a su libre criterio); es preciso encontrar en el servicio público del Ombudsman el cauce de un diálogo reforzado. La opción de la democracia moderna se puede explicar en una comunicación reglada entre el ciudadano y el Estado en alternativa a la ruptura de la comunicación por la vía violenta (comportamientos anárquicos).¹⁸

En los más recientes encuentros internacionales sobre el fenómeno Ombudsman se sigue insistiendo en la necesidad de que el papel del organismo así identificado sea

receptivo y abierto (accesibilidad máxima a los ciudadanos peticionarios) y de procesamiento puntual de quejas ciudadanas, pero que encuentre la forma de en paralelo dinamizar su cometido ejercitando la intervención de oficio y ejerciendo plenamente medidas cautelares (que exige a las autoridades señaladas por una queja o que presume pudieran efectuar actuaciones de consecuencias irreparables en perjuicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de la población), a efecto de ser su servicio público, el del Ombudsman, un servicio gratuito, rápido, confidencial y sobre todo efectivo en atención a las necesidades que su intervención pretende resolver.

Este último rasgo hace al Ombudsman ser "proactivo" y cumplir así un delicado y cualificado servicio de prevención concreta que de otro modo haría prácticamente inútil su contribución a favor del imperio del principio de legalidad sobre una administración pública inercialmente tendente a lastimar derechos de particulares, tanto por acción como por omisión.

El Ombudsman que exige la modernidad debe ser un instrumento que transparenta el comportamiento nebuloso de la administración pública, además de ser un censor confiable que diagnostica dónde hay problema y elabora propuestas de solución a futuro para casos semejantes a fin de que se corrijan procedimientos y criterios de operación que se presume arrojarán similares impactos en la ciudadanía.

Si el Ombudsman espera cautelosamente a poner en marcha sus facultades de investigación mediante excitativa de particular que se presume ofendido por la maquinaria estatal (queja o petición), entonces la cualidad de su servicio de inspección preventiva, eventualmente mediadora y correctora del acto de autoridad indebido, dejaría de ser realmente atractiva y esperanzadora.

El Ombudsman ha sido concebido para ser esencialmente un remedio ágil y oportuno al alcance del ciudadano común que precisa de un interventor neutral que le defienda de actos de autoridad consumados y que evite (en beneficio de los derechos ciudadanos en peligro) la consumación irreparable de los actos continuos y continuados de autoridad que se consideran lesivos; si el Ombudsman se repliega como un simple buzón a esperar la acción formal que lo impulsa a brindar su servicio, su justificación entra en quiebra y podría llegar a ser prescindible. Lo mismo si, por ejemplo, aun siendo rápida su recepción de las quejas, su trámite posterior se torna lento y burocrático al grado de desesperar al ciudadano petionario y abandonar la queja por desahucio.

La interlocución que ofrece el Ombudsman al Estado que lo ha incorporado es la que genera un órgano catalizador de la dolencia social causada por negligencia estatal, error interesado, abuso inconsciente o resultante de la simple imprevisión

legal que lo produce. Al percibir por cualquier medio las causas de esa dolencia ciudadana o social el Ombudsman genuino ha de ser conductor de una réplica reparadora de tan inaceptable situación (que desde luego rompe con el “bien común” que se propone conquistar el Estado como forma de convivencia civilizada) en presumible beneficio del particular que lo invoca.

Al intervenir en un caso concreto o al hacer recomendaciones y sugerencias el Ombudsman activa uno de los más complejos instrumentos del Estado moderno y se convierte, al mismo tiempo, en un portavoz de la legalidad que avisa la presencia de la injusticia administrativa ahí donde se está cometiendo y su sola denuncia/intervención persigue dos objetivos inmediatos: aliviar momentáneamente la impotencia ciudadana de los afectados por decisiones administrativas y, en segundo lugar, encender las alarmas de la agencia gubernamental que está causando tales efectos, para que entienda que es conveniente someterse sin resistencias a un examen de verificación externa a cargo del Ombudsman a fin de que se esclarezca y compruebe —en su caso— la veracidad de los supuestos que se denuncian como indebidos en perjuicio de particulares.

La intervención del Ombudsman desencadena en un primer momento la exigencia a la autoridad (administración pública) sujeta a investigación de atender

por sí misma los resultados de la indagatoria que el Ombudsman le comunicará antes incluso de que éste se vea obligado a emitir recomendación formal y pública al respecto.

El propósito del Ombudsman no es emitir el mayor número de recomendaciones posible sino el evitar se repitan los consabidos vicios y fallas administrativas que lastimarán a particulares en hipotética abstracción (función preventiva) y en lo concreto el detener oportunamente las afectaciones de que se peca (de oficio o por medio de queja ciudadana) en bien de asegurar que la maquinaria administrativa estatal funcione dentro de parámetros ordinarios de una normalidad respetuosa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los usuarios de los servicios públicos (la población).

En esta dirección es sensato estimar que al Ombudsman se le podrá evaluar, en principio, por la calidad de su servicio en cuanto a la atención que ofrece a las quejas que le llegan, a la idoneidad de sus intervenciones de *motu proprio* y a la calidad técnico-jurídica de sus resoluciones (recomendaciones, sugerencias, extrañamientos, etcétera).

En consecuencia, no se puede prede-terminar el número de recomendaciones que debe emitir el Ombudsman para justificar su servicio en un período definido (un año, un lustro, una década), ¿cuantas recomendaciones tendrá entonces que

emitir?: las necesarias. Ni una más ni una menos de las estrictamente necesarias, que es una manera de concebir las que sean procedentes, ello reflejará que el Ombudsman estará actuando con fidelidad a un criterio de objetividad que lo hace ser en principio una instancia receptiva y flexible, que con especial cuidado recibe las quejas, las estudia, las clasifica, las tramita (iniciando investigación precisa en la que pondrá su empeño en llegar a la verdad real, no formal, del caso); mientras tanto y por otro ángulo de su servicio polivalente está procesando el dato diario que le permite inferir dónde y quiénes podrán beneficiarse de su intervención oficiosa.

El Ombudsman puede llegar a ser más poderoso durante la tramitación de la queja (fase de la indagatoria) -siendo el caso-, que después de emitir su recomendación. Y este rasgo no es una contradicción de la técnica de protección sino un mecanismo de carácter compensatorio a su servicio. La recomendación es forzosamente un acto jurídico propio de una autoridad estatal preceptiva, de naturaleza declarativo, que se limita a explicar conforme a derecho como un acto de autoridad pública (fundamentalmente administrativa) ha producido efectos negativos (leves o graves) en detrimento del goce o ejercicio pleno de derechos y libertades públicas y que concluye con una serie de apreciaciones dirigidas a impulsar la correcta reparación de esa anomalía.

La rectificación que se persigue ocurra por la intervención del Ombudsman debe ser visualizada no sólo a favor de la víctima del atropello, sino de la calidad global del servicio público de la administración responsable, y de mediar violaciones a los derechos fundamentales de la población el alcance de la rectificación es aún más trascendente, en beneficio directo del principio de legalidad, o sea de la vigencia del Estado de derecho.

Así las cosas, y para asegurar que el destino de toda indagatoria del Ombudsman, termine o no en recomendación sea presumiblemente veraz, objetiva y técnicamente irrefutable (acatable) por el administrador público al que va dirigida o sea probablemente observada en sus contenidos, es preciso que se encuentre investido de poderes especiales que favorezcan y habiliten su capacidad investigadora a fin de llegar a la verdad histórica de los hechos.

Por eso sus potencias de intervención han de ser contundentes, efectivas y prácticamente exentas de limitantes (salvo las que por su naturaleza inspectora no deba conocer) en cuanto al acceso a la información (sobre todo pública) de que requiere para que su recomendación o señalamientos sean irrefutables.

Por ejemplo, si algún servidor público responsable, es consciente de haber afectado con sus acciones u omisiones derechos fundamentales de persona o personas concretas, una vez advertido por el Ombudsman de facilitarle informes,

mostrarle archivos o asistir a diligencias se muestra abiertamente reticente a la labor indagatoria del Ombudsman y basado en la (no ejecutoriedad de sus resoluciones) se decide a mentir, falsear información o a desafiar abiertamente la validez de sus pesquisas, obstruyéndole directamente el paso o indirectamente por conducto de otros servidores públicos o de particulares, se equivoca doblemente. Ahí donde el Ombudsman existe y funciona ese “servidor público” obstructor de la investigación de un Ombudsman debe ser inmediatamente suspendido de sus funciones y abrírsele expediente mediante el procedimiento respectivo, por ser una forma de obstrucción de la justicia, en este caso, de la justicia administrativa, confiada por la Constitución y por las leyes a un órgano de fiscalización externa de la administración pública de carácter extrajurisdiccional o no jurisdiccional.

IV.- Minusvalía competencial y Ombudsmanía, los dos estigmas del Ombudsman en México (CNDH y similares) óbices para un Ombudsman integral

La inserción de la CNDH (solución estilo Ombudsman mexicana) es una expresión compensatoria, deliberadamente limitada en su competencia material y en su competencia institucional.

De un lado se fue construyendo un cerco a las competencias materiales de la CNDH en cuanto a cualquier acto del poder judicial de la federación, de asuntos “electorales”, “laborales” y además el

emitir opiniones sobre la interpretación de las leyes. Intencionalmente no señalamos antes la rotunda prohibición que tiene también de conocer asuntos de naturaleza jurisdiccional, por ser ésta y no las anteriores, un justo límite a sus competencias de Ombudsman.

Del otro lado, de las limitaciones institucionales, se impulsó el surgimiento progresivo de instancias paliativo para cada actividad o gremio (Procuraduría de Asuntos Indígenas; Instituto Nacional Indigenista; Procuraduría Agraria, Comisión Nacional de Arbitraje Médico; Instituto Nacional de la Senectud; Instituto Nacional de la Mujer) que podrían haber sido algunas de ellas absorbidas por la CNDH, o existiendo aquella nunca debieron ser creadas las otras.

Al ser así, la CNDH (hasta 1999) no refleja ser parte de una tendencia transformadora *ad integrum* para construir mecanismos fiscalizadores autónomos a favor de la legalidad administrativa, sino gradualmente luces de un lento y titubeante proceso de apertura y transparencia de la gestión pública en extenso; la CNDH surgió así, en la emergencia de 1990, como un filtro enfocado en exclusiva a impedir comportamientos patológicos públicos espectaculares, como la tortura física y el maltrato de reos en las prisiones, y de modo propedéutico a iniciar la tarea de hacer públicos los contenidos más elementales de una cultura de respeto de los derechos humanos.

El surgimiento espontáneo -inconsulta- de

las comisiones públicas de derechos humanos en México fue un hecho que, en parte, sembraría aspectos de gran utilidad a la causa de hacer cada vez más transparente la gestión pública mediante el escrutinio que aquellas comisiones tendrían que hacer efectivo sobre las capas de la conducta de autoridad que tuviera como destino directo a los particulares. Sin embargo, a la vez, se generaba una dimensión incierta de la naturaleza jurídico-política de dichas entidades dentro del Estado de derecho.

La severa crisis de legitimidad política del régimen autoritario de finales de la década de los ochenta y principios de los años noventa, obligaba al ejecutivo federal a resolver de cualquier modo dos asignaturas que se convirtieron en prioridades al menos desde el discurso oficial: un sistema de organización de la jornada electoral y de contabilidad y procesamiento del sufragio popular "confiable" y una instancia para descubrir violaciones a los derechos humanos que al menos funcionara como un preventivo psicológico para los agentes públicos.

Todavía hoy, no se ha logrado exponer a la sociedad plenamente de qué manera puede entenderse esa forzada tesis de la "ciudadanización" de instituciones públicas, como el IFE y la CNDH y sus similares locales, en algunas etapas de su instauración y a la fecha inclusive.

La desconfianza en la función pública frente a cuestiones tan delicadas como la garantía de imparcialidad y de neutralidad técnica de los órganos públicos llevó al

gobierno al extremo de inventar organismos dotados de presencia social (por medio de consejeros honoríficos) para con ello intentar certificar el proceder de tales instancias en presunción de autonomía; sin embargo, la designación de tales personalidades –consejeros– era efectuada por el Presidente de la República al igual que el titular formal del organismo.

Se ha sostenido desde entonces que la CNDH es un órgano para la protección de la sociedad –lo cual es objetivamente cierto– y por la presencia de la “sociedad civil” a través de sus consejeros (un órgano atípico dentro de los Ombudsmen); se dice que eso convierte a la CNDH en un organismo parte de la misma sociedad, lo cual es desde luego un dato a revisar. La CNDH no pueden ser parte de la sociedad, son exclusivamente parte de la estructura pública del Estado en su conjunto.

La CNDH y sus similares locales no pueden ser a la vez organismos públicos, pertenecientes al Estado (que no al gobierno, cuestión que la CNDH logrará hasta la reforma al artículo 102B de la Constitución de 1999). Las ONGs en cambio sí son genuinamente expresiones organizadas del sector social del Estado.

IV.1.- La minusvalía competencial de la CNDH (de la original y de la actual)

Al quedar instituida la CNDH original de 1990, creada por decreto del ejecutivo federal, fue definida con un estatuto jurídico en precario y con ello sus competencias

prácticamente limitadas a supervisar actuaciones de los órganos de la administración pública que por disposición constitucional se encuentran dentro de la jerarquía que encabeza el Presidente de la República, tanto la administración centralizada: secretarías de Estado (más propiamente del gobierno federal) y entonces, un departamento administrativo (el DDF), y en la otra esfera al cargo del jefe del ejecutivo federal, la administración descentralizada o paraestatal: en la que se encontraban (y todavía) una verdadera constelación de entidades públicas y de organismos y aparatos funcionalmente dotados de algunas cualidades de gestión propia y de otras referentes al manejo de su presupuesto dentro de un cajón de sastre: que como leyenda reza para casi todos “dotados de autonomía presupuestal, personalidad jurídica y patrimonio propio”.

La CNDH original impulsada por el Presidente de la República quiso *extralegem* ser omnicomprehensiva en sus potencias de actuación y montada en la energía gubernativa del presidencialismo que la había inventado, sin saberlo o intuirlo quizás, propició los más perdurables anticuerpos a su consolidación institucional. En verdad es preciso afirmar que la CNDH original debió ser cautelosa en el alcance de sus facultades dadas las características del organismo (desconcentrado de la Secretaría de Gobernación) así creado, limitado a ser un autocontrol de la administración pública federal y en todo caso haberse dedicado a explorar sus competencias y con ello ir en paralelo conquistado un mejor

estatuto jurídico, el que todavía no tiene plenamente.

Sin embargo, se extendió airadamente en sus intervenciones, llegando al escrutinio de los aspectos administrativos de la pirámide federal del poder judicial y en busca de evidencias también hizo escaladas y aterrizajes atravesando la barrera de las entidades federativas y municipales sin contar con un mandato jurídico para ello, sólo basándose en el respaldo intelectual del titular y el cobijo presidencial que fue palmario, en recepciones públicas en la residencia oficial del Presidente de la República, le rendía informes a éste y señalaba comportamientos indebidos e incorrectos, lo mismo de servidores públicos de la administración federal, local o municipal, etcétera. No hay que olvidar que la CNDH original fue un organismo que afloraba en solitario y que en algunos estados se había creado una figura similar. Hasta 1992 la CNDH original fue fortalecida en su misión al nivel constitucional; no obstante, se precipitó otra difícil y por ello controversial solución, la homologación forzosa de la fórmula CNDH para todas y cada una de las treinta y dos entidades de ámbito territorial reducido de que consta la República federal. Recordemos que en la reforma constitucional de comento se estableció que las legislaturas de los estados tendrían el plazo de un año para incorporar el organismo de protección y defensa de los derechos humanos.

Hemos venido insistiendo en que primero se debió de haber hecho el esfuerzo de

hacer posible la evolución/consolidación institucional de la CNDH antes de crearle réplicas locales, basada su aparición institucional y su coordinación con la nacional en el principio de la subsidiariedad.

Se debió de haber analizado con mayor cuidado el paso a dar en el sentido de hacer brotar en cada región (estados) un organismo similar o equivalente, cuando se sabía que en algunas de estas regiones la figura en trámite de instalación iba a fracasar ante el acentuado autoritarismo local y las mentalidades premodernas de quienes ahí gobernaban y naturalmente ante una población ignorante y atemorizada, completamente ajena al mínimo ejercicio de exigencia frente a la autoridad (tendencia que se presume persiste en no pocas entidades aunque en probable y lenta modificación de tales condiciones a favor de las instancias locales).

IV.2.- La “ombudsmanía” reflejo inequívoco de contradicciones profundas en la vocación e identidad del Estado frente a sí mismo en proyección de futuro

Entendemos por “ombudsmanía” el abuso de instancias que para muy diversos fines, pero con parecidos medios, han venido surgiendo para atender, promover y “proteger” los derechos de algunos grupos de la sociedad por ser considerados vulnerables.

La formulación de estas instancias parece haber surgido como mecanismo para paliar las deficiencias de gestión del Estado

respecto de dichos gremios o grupos, y refleja además la ausencia de una visualización integral de las instituciones precisas (sólo las estrictamente indispensables) que en cualquier democracia moderna deben formar parte del conjunto de técnicas de control externo (de la administración pública que depende del ejecutivo) para corregir y remediar los excesos de la autoridad.

En una democracia moderna la función de esas técnicas externas es no sólo supervisar a la administración pública en sus relaciones con la ciudadanía, sino vigilar el desempeño de la autoridad legislativa y la judicial en cuanto administran servicios a la ciudadanía, los actos de carácter administrativos de juzgados y tribunales o el resultado de su labor ordinaria, leyes cuya aplicación sería lesiva a la ciudadanía.

El Ombudsman integral es una técnica polivalente que cumple con esa finalidad diferenciada. Y sólo si no hay un Ombudsman integral, nos enfrentamos a una constatación de entidades públicas que fragmentan su cometido y producen "ombudsmanía".

En el caso mexicano la gama de instituciones estilo procuradurías/defensorías para diversos colectivos sociales se ha venido formando en paralelo al surgimiento y evolución normativa de la CNDH, lo que confirma que desde la centralidad del poder público ha habido y persisten dudas a favor de una competencia omniabaricante de la CNDH.

El Ombudsman contemporáneo tendrá

que ser advertido como un filtro que depura el ambiente público, como un catalizador que detecta las prácticas públicas erráticas y las inerciales afectaciones que de modo sordo asfixian al ciudadano, es además un revulsivo que revitaliza -tras su oportuna y esmerada intervención- la percepción ciudadana sobre la cosa pública y le comunica credibilidad a la población del valor de vivir dentro de la organización estatal.

Deseo cerrar estas páginas con el fragmento de una cita de mi maestro Álvaro Gil-Robles, quien al hablar del Ombudsman acentuaba: ...No es pues una institución cómoda para el poder, ni para quienes lo representan, pero si funciona o se le deja funcionar, es sin duda uno de los instrumentos más poderosos para consolidar la democracia y la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas, lo que significa consolidar la paz social...¹⁹.

Bibliografía

¹ Véase en detalle los contenidos y los sugerentes títulos de los discursos de CARPIZO MACGREGOR, Jorge, por citar alguno, "La defensa de los derechos humanos va en serio, muy en serio" en *6 AÑOS de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en voz de sus presidentes*, CNDH, México, 1996, pp. 9-12.

² "...No tengo ninguna duda de que la Comisión Nacional ya echó raíces profundas en el pueblo mexicano..." Fragmentos de un triunfalista discurso pronunciado a escasos doce meses de la instalación de la CNDH por decreto presidencial. Cfr CARPIZO, Jorge en "La Comisión Nacional de Derechos Humanos llegó para arraigarse" en *6 AÑOS de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en voz de sus presidentes op.cit.* p.17.

³ Cfr ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier en "La CNDH, una institución a medio camino. Propuestas para su urgente transformación", coedición Mandala editores-Universidad Anáhuac del sur, México, 1999.

⁴ Resulta conveniente la revisión en extenso de la compilación de opiniones sobre el servicio civil de carrera en México que contiene el número 103 de la Revista de Administración Pública intitolado *El servicio de carrera en la administración pública mexicana*, en RAP-INAP, 1999, México, pp.265.

⁵ Célebre -y lamentable- argumentación de la campaña política de 1999 del candidato del PRI a la gubernatura del Estado de México, Arturo Montiel.

⁴ Cfr. LÓPEZ UGALDE, Antonio y SARRE, Miguel "Alternativas para la recuperación del Ombudsman. Nuevo marco constitucional y legal", Fundación Rafael Prociado Hernández, A.C. México, 1999 pp.45. Véase además de VEGA, Juan Antonio, "Un Ombudsman alternativo" en *La Jornada* 22 de febrero de 2000, p. 27.

⁷ Norberto Bobbio denomina a la democracia, una costumbre: *costumbre de la tolerancia, de la lealtad, de la buena fe y del respeto...* citado por Cisneros H. Isidro, en *Los recorridos de la tolerancia*, Editorial Océano, México, 2000, p. 123.

⁸ Véase en extenso el formidable trabajo de Azurmendi Adarraga, Ana en *El Derecho a la propia imagen: Su identidad y Aproximación al Derecho a la Información*, Coedición Fundación Manuel Buendía- Universidad Iberoamericana, México, 1997 y segunda edición 1998, pp. 248.

⁹ Véase en extenso la obra de Álvarez Ledesma, Mario I. *Acerca del concepto derechos humanos* México, McGraw-Hill, 1998.

¹⁰ Véase de García Pelayo, Manuel, Auctoritas, en *La idea de la política y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 135 y ss. Sobre el tema de la Auctoritas y sus raíces en la historia del derecho universal, véase obligadamente a Fairen Guillén, Victor, en *El Defensor del Pueblo -Ombudsman-* Tomo I, Parte General, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

¹¹ Acuña Llamas, Francisco Javier "La autoridad moral del Ombudsman y su significado jurídico" en *Derechos Humanos Reflexiones* CDHEM, Toluca, 1995, pp. 126-147.

¹² García Pelayo, *op.cit.*, p.135.

¹³ García Pelayo, *op.cit.*, p. 136.

¹⁴ Recoge la idea de diferenciación poder, influencia y auctoritas Fernández García, Eusebio en *La obediencia al Derecho* Cuadernos Civitas, Madrid, segunda reimpresión, 1998.

¹⁵ Solicitud en varias ocasiones ante los medios de comunicación la renuncia del Procurador del Distrito Federal, acompañando siempre descalfificaciones como la que se hiciera pública el día 20 de octubre en las ocho columnas de *Excelsior ...La PGJDF, insensible y corrupta: CDHDF*

¹⁶ El bochornoso altercado entre la CDHDF y la PGJDF fue en si mismo lamentable, más aún la inadvertencia del titular de la CDHDF (doctor Luis de la Barreda Solorzano) de entender el daño que esas y otros de sus extravisimos le causarían a la institución hasta el final de su larga y polémica gestión -que dijo- *se dedicó a ella con pasión*, véase en extenso el autoelogio con el que presenta su octavo informe anual bajo el sugerente título "El designio del faro", *Octavo Informe Anual de la CDHDF*, México, D.F., octubre de 2000- agosto de 2001, pp 6-15.

¹⁷ Sobre el término Magistratura de Opinión véase el clásico artículo de Lapergola, Antonio en "Ombudsman y Defensor del Pueblo. Apuntes para una investigación comparada", en *Revista de Estudios Políticos*, número 7, Madrid, 1979. Sobre la complementariedad de la vía no jurisdiccional véase la obra completa, especialmente el artículo de Maiorano, Jorge Luis, ¿Es el Ombudsman un medio para fortalecer la administración de la justicia? en *El Ombudsman Judicial: perspectivas internacionales*, CNDH, México, 1993

¹⁸ Véase de Rödel, Ulrich, Franckenberg, Günter y Dubiel Helmut el estupendo ensayo "De la democracia defensiva a la democracia integradora" capítulo IV "Tolerancia militante, libertad pública y solidaridad civil", en la obra colectiva *La Cuestión Democrática*, Huerga y Fierro editores, S.L. Madrid, 1ª edición 1997, pp. 243-260.

¹⁹ Gil-Robles, Álvaro, en fragmento del prólogo del libro de Acuña Llamas, Francisco Javier, *La CNDH, una institución a medio camino*, *op.cit.* p. V.