

OMBUDSMAN, AMPARO Y OTROS MEDIOS TUTELARES DE DERECHOS*

Por el doctor Sergio GARCIA RAMIREZ**

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

*A Héctor Fix-Zamudio, en homenaje a treinta años
de investigación jurídica*

CONTENIDO: I. *El conflicto entre el particular y la autoridad.* II. *Sistemas para la solución del conflicto.* III. *Ombudsman.* 1) *Consideración general.* 2) *Algunas expresiones del ombudsman en México.* 3) *Cuestiones relevantes.* Puntos de vista. IV. *Apunte sobre el amparo y el ombudsman.*

I. *El conflicto entre el particular y la autoridad*

El conflicto, dato germinal de Estado, del Derecho y, en su hora, de la comunidad internacional jurídicamente organizada, tiene cuatro proyecciones principales. El estudio de éstas permite conocer los desarrollos fundamentales del sistema de protección jurídica, sus características, amplitud y eficacia.

Esas proyecciones del conflicto, con sus respectivas categorías de tratamiento jurídico, son: a) entre particulares, con solución de Derecho doméstico; b) entre particulares y autoridades (el "poder público"; en rigor, los detentadores y administradores de este poder: las autoridades), con solución de Derecho doméstico; c) idem, con solución de Derecho internacional público; y d) entre Estados, con solución de Derecho internacional público.

A la noción y a la experiencia del conflicto, que evolucionan, se asocian los medios (órganos y procedimientos) para resolverlo, que también, se modifican.

La contienda entre particulares y autoridades implica un litigio de características especiales si se compara con la contradicción de intere-

* Estas notas, base para un examen más amplio del tema, se destinan al foro del análisis sobre "La figura del ombudsman y su adopción en México", promovido por la Academia Mexicana de Derechos Humanos en coordinación con la Asociación Mexicana para las Naciones Unidas y la Universidad Autónoma de Aguascalientes (México, 18 de mayo de 1988).

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ses entre particulares, solamente, que se resuelve mediante formas bien conocidas de autodefensa, autocomposición y proceso.

Al hablar de "particulares" no se desconoce ni minimiza la existencia de diversas formas de poder (más intenso, inclusive, que el poder político formal) en manos de éstos. La solución de los conflictos en que aparecen esas otras formas del poder nutre importantes desarrollos del Derecho social y no es ajena — ni podría serlo en el futuro — al desempeño de algunos medios "pensados" y establecidos para intervenir entre la autoridad formal y el particular.

Se suele decir que el Derecho, como equilibrador y moderador de intereses, impide la anarquía y el despotismo (Bodenheimer). Este es el papel funcional del orden jurídico, consecuente con el valor funcional del Derecho, que es la seguridad jurídica (Recaséns Siches). Con apoyo en este concepto se puede afirmar en términos generales, para fines expositivos, que la prevención y solución de conflictos entre particulares aleja la anarquía; esto mismo, entre autoridades y particulares, evita el despotismo.

En el campo que ahora examinamos destaca el espacio ganado (no irreversiblemente) para la formación, la competencia y la independencia de los medios destinados a intervenir entre las autoridades y el individuo. Estos resumen la opción que finalmente prevalece entre la esperanza cifrada en la benevolencia del gobernante, cuya mayor referencia es la gracia, y la expectativa (un paso adelante, la certeza) de aplicación del Derecho, cuya referencia es la justicia. El gobierno de la conducta por la norma, el pase de Derecho vigente al Derecho positivo (García Máynez), es la genuina garantía del individuo. Para ello hace falta una decisión social y estatal de acatar y cumplir la norma, un apego voluntarioso, lo que en otro trabajo (*Los derechos humanos y el Derecho penal*. M. A. Porrúa, editor, 2a. edición, México, 1988, pp. 175-176) hemos designado como "cultura jurídica". Esta exige tres elementos, mutuamente condicionados: información, culto y cultivo, esto es, conocimiento, adhesión y práctica.

El asunto se ha destacado sobre todo a propósito de los derechos humanos, pero es aplicable, necesariamente, al régimen total de protección jurídica, en sus dos aspectos: del orden jurídico (justo), que es la defensa del Estado de Derecho, y del derecho de cada uno, como facultad subjetiva. En esto último reside, en definitiva, la verdadera expresión y prueba del Estado de Derecho.

Se debe subrayar lo que antecede como sustento para todos los medios de tutela, entre ellos del ombudsman y el amparo. De la cultura jurídica concebida como hemos dicho, tomarán esos medios fuerza y

destino. En rigor, dependen del concepto que se tenga sobre el hombre y los valores que éste representa, así como de la forma en que el concepto se traslade generalmente a la vida. A su vez, contribuyen a erigir ese concepto y a sustentar esos valores.

Los medios tutelares aparecen en y frente a determinadas circunstancias (etapas) del desarrollo sociopolítico. Toman y deben tomar en cuenta los distintos momentos del conflicto, potencial y actual, entre la autoridad y el individuo. Además, aspiran a una plenitud universal que se apoya en el requerimiento de protección al ser humano, en esta calidad precisamente, siempre y donde sea.

Vale considerar aquí, pues, la nueva extensión del Estado, no tanto en términos puramente jurídicos, sino además prácticos: como el individuo y la sociedad "lo perciben". De su núcleo natural como Estado-policía (guardián del orden público) arriba al extenso cometido de Estado-benefactor (gestor del desarrollo individual y colectivo). Esta ampliación de las atribuciones públicas da lugar, en el fondo, a un correspondiente ensanchamiento y a una mayor intensidad del aparato público en el sector central, que es el propiamente gubernativo, y en el paraestatal, característico del período más reciente.

Este hecho debe ser reconocido y llevado a sus consecuencias por los medios tutelares de los derechos del individuo. Se impone un ejercicio de realismo, semejante al que condujo a entender que "el término autoridades para los efectos del amparo, corresponde a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho y que, por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos por el hecho de ser pública la fuerza p.98 de que disponen" (*Jurisprudencia 1917-1975*) Octava parte.

Es evidente la necesidad de actuar en la prevención del conflicto, no sólo en la solución de una contienda ya planteada. Incluso cuando ésta se está dirimiendo por alguna vía contenciosa, debe ser practicable la solución o la reducción extrajudicial del problema. Con ello se sirve a la razonable pretensión de "desjudicializar", hasta donde sea posible, el manejo de las controversias:

II. *Sistemas para la solución del conflicto*

Los instrumentos procesales internos destinados a la protección de derechos (en general, o particularmente los "derechos humanos") han sido clasificados en: a) indirectos (destinados a la protección de derechos ordinarios, y en forma refleja a la tutela de los derechos fun-

damentales); b) complementarios (se estructuran para sancionar la violación de los derechos del hombre); y c) específicos (“configurados para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales, de manera directa y generalmente con efectos reparadores”) (Fix-Zamudio). Aun cuando no se trate de instrumentos procesales en sentido estricto, en este sector se alude a la *Procuratura* de los ordenamientos socialistas y al ombudsman (*idem*).

Conforme a otro criterio de clasificación formal, que tiene implicaciones sustantivas, se puede indicar que hay tres sistemas de Derecho interno para promover y asegurar la juridicidad (constitucionalidad, legalidad, legitimidad) en la conducta de las autoridades y el respeto a los derechos de particulares: político, administrativo y jurisdiccional. Cada uno cuenta con órganos y procedimientos y con su propia “razón de eficacia”.

No es rigurosa, sin embargo, la frontera entre estos sistemas de control y tutela. Esencialmente sirven al mismo propósito, conocen de las mismas contiendas (al menos en la que se pudiera llamar “zona nuclear” de su competencia) y actúan con respecto a idénticos sujetos (autoridad y particular, o bien, en ocasiones, asociación o conjunto de particulares).

Salvo en algunas de sus expresiones más tradicionales y mejor perfiladas, la clasificación o adscripción de estos sistemas es convencional y relativa. En el caso del propio ombudsman es difícil optar, sin reservas, por una sola adscripción. Según la perspectiva que se elija, el concepto que se tenga sobre las categorías de la clasificación y, desde luego las peculiaridades de cada solución nacional (o de las diversas y hasta numerosas soluciones nacionales) se hallarán en el ombudsman elementos o proyecciones de los tres sistemas mencionados.

En el sistema jurisdiccional mexicano figuran, principalmente, el juicio de amparo ante órganos de la justicia federal (sin perjuicio de las facultades concurrentes) y el contencioso administrativo ante órganos formalmente administrativos y materialmente jurisdiccionales, o ante los mismos tribunales de la justicia federal, como sector específico de la suma de procedimientos reunidos bajo la denominación común de “amparo”.

El juicio constitucional o de garantías, depositado en un solo poder del Estado y sustraído, en gran medida, a las contingencias y factores “subjetivos” que pudieran influir sobre los otros sistemas (acentuadamente, el político), sigue siendo el principal y más explorado instrumento para el control de los actos de autoridad y la defensa del particular.

El control que se ejerce mediante el amparo tiene: a) la mayor fuerza posible sobre los actos de autoridad (salvo la virtud anulatoria o suspensiva de normas de alcance general); b) consecuencias terminantes para el funcionario que incurre en desacato (destitución y apertura del procedimiento penal; o exigencia de responsabilidad contra quien se halla investido de inmunidad constitucional); y c) extraordinaria amplitud. En efecto, "tutela todo el orden jurídico nacional contra violaciones realizadas por cualquier autoridad, siempre que esas infracciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa a los derechos de una persona jurídica, sea individual o colectiva" Fix Zamudio).

En el ámbito de atribuciones del Poder Legislativo (que en otros países es la fuente del ombudsman) aparece un sistema político de control y protección. Este radica en la actuación, de las Comisiones (y, en su caso y momento, del Pleno), que "no sólo se limitan a aspectos legislativos, sino que se involucran en asuntos políticos, económicos y sociales, en los que la Comisión bien puede representar el papel de investigadora, gestora y conciliadora de las inquietudes que la sociedad plantea" (González Fernández).

En el mismo rubro, a título de "sistema político", se ubican ahora algunas atribuciones conferidas a los miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal y a los órganos de colaboración vecinal y ciudadana de la misma circunscripción.

III. *Ombudsman*

1. *Consideración general*

En síntesis, la vía administrativa se manifiesta por: a) actuación del superior jerárquico (inmediato o mediato) de la autoridad cuya conducta se impugna; y b) actuación de una autoridad independiente e imparcial, ajena a la materia de la controversia y sin vinculación jerárquica administrativa con el funcionario responsable de esa conducta. Tal es el caso del ombudsman.

Como sistema administrativo, pues (otra cosa es el encuadramiento en el Poder Legislativo o en el Poder Ejecutivo), figura y prospera el ombudsman. Al respecto, conviene precisar: "Cada día se comprende mejor que su establecimiento responde excepcionalmente bien a muchas de las circunstancias que caracterizan hoy las consecuencias del creciente desbordamiento de la actividad administrativa, de la crisis de los sistemas tradicionales de control jurisdiccional y de la necesi-

dad de una mejor, más simple, menos formal, más rápida y más eficaz defensa de los derechos de los individuos frente al Poder Público" (Gros Espiell).

La creciente consagración del ombudsman (que ha tenido una "recepción tardía y apenas incipiente en los ordenamientos de nuestra región" latinoamericana) "es ineludible por el crecimiento desorbitado e irreversible de la administración pública en el moderno Estado de derecho social" (Fix Zamudio).

No es éste el lugar para el examen histórico y comparativo del ombudsman. De la Constitución y de la práctica sueca ha pasado, con variaciones más o menos relevantes (de fondo y forma), a los restantes países escandinavos, primero, y a otras naciones más tarde.

En la difusión del ombudsman influyen tanto el propósito de mejorar las defensas del individuo frente a la autoridad, como el deseo de verificar y favorecer la buena marcha de la Administración y la creencia de que contribuirá a "prestigiar" el Derecho y la experiencia del país, la entidad o la institución que lo adoptan.

No existe, hoy día, un modelo rígido, unívoco, de ombudsman, a no ser que se asigne este carácter al patrón histórico sueco. Se da el nombre de ombudsman a diversas instituciones, descendientes o reflejo de aquél (de manera casual o deliberada). Todo hace suponer que esta designación abarcará, con el tiempo, figuras cada vez menos ajustadas a ese patrón original. El constante manejo del tema y el caudal de iniciativas y peticiones en favor de esas figuras han llevado a hablar de una "ombudsman" (Rowat).

En estas notas utilizaremos la expresión ombudsman, con el propósito de contar con un solo término genérico que abarque instituciones nacionales y extranjeras y resuelva los problemas que plantea, para un trabajo de este tipo, la gran profusión terminológica.

Recordaremos algunas caracterizaciones, como punto de referencia. Un tratadista advierte tres rasgos esenciales en los sistemas originales de ombudsman. "1) El ombudsman — indica — es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución, que vigila a la administración. 2) se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y los errores administrativos, y 3) tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas" (Rowat.)

La American Bar Association aporta esta descripción: se trata de una "oficina prevista por la Constitución o por un acto de la Legislatura o el Parlamento, encabezada por un funcionario público indepen-

diente, de alto rango, responsable ante la Legislatura o el Parlamento, que recibe quejas formuladas en contra de agencias de gobierno por personas agraviadas por éstas, y que tiene atribuciones para investigar, recomendar medidas correctivas y emitir informes”.

Estas caracterizaciones, que contienen los elementos centrales del ombudsman clásico, no excluyen la existencia de otros medios de protección de derechos del individuo; no se pronuncian sobre el alcance subjetivo de las potestades del ombudsman; tampoco asignan a éste funciones persecutorias o punitivas; ni determinan cómo ha de llegar el asunto controvertido a su conocimiento, ni de qué manera debe actuar para esclarecer los hechos y presentar sus conclusiones.

Con la designación de ombudsman o con otras que han adoptado los órdenes jurídicos nacionales, se identifica tanto a un órgano protector de derechos (el propio ombudsman, con sus asistentes y auxiliares), como a un “sistema” de protección, que no se resume, por fuerza, en el funcionario que lo preside. Para este segundo caso, sobre todo, se emplean otras denominaciones, entre ellas la de Procuraduría.

Cualesquiera que sean las diferencias en los puntos anteriores, e inclusive en los elementos sustantivos (según el modelo clásico), hay coincidencia en un punto por lo menos: la independencia de criterio y la respetabilidad del ombudsman, condiciones indispensables para su desempeño. La autoridad moral de éstos (la “auctoritas”, que subraya Fairen Guillén) constituye el factor vertebral para la buena marcha del ombudsman y de todas las instituciones tutelares de derechos, colindantes o inspiradas por aquél.

2. *Algunas expresiones del ombudsman en México*

En México han surgido diversas propuestas para la incorporación de esta importante figura tutelar. También han existido y existen varios desarrollos normativos. Nos limitaremos a mencionar algunos.

Hay un precedente interesante en la Procuraduría de Pobres, promovida por Ponciano Arriga en San Luis Potosí, en 1847. Un paso adelante, de muy reciente fecha (y que influiría en otros ordenamientos), se dio al través de las funciones de orientación social y legal en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de 1971, y en la aplicación de sus normas.

Fue trascendente el requerimiento derivado de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, practicada en 1983. Se hizo entonces una recomendación explícita en favor del ombudsman. Así,

la Comisión de Justicia Administrativa de dicha Consulta hizo ver, en las conclusiones presentadas el 8 de agosto de 1983, "la necesidad de considerar la incorporación a nuestro sistema, naturalmente respetando sus peculiaridades, de la institución del ombudsman, que con éste o con otros nombres ha venido extendiéndose en los sistemas jurídicos, tanto de Occidente como incluso de los países socialistas" (Carrillo Flores).

En este mismo sentido, es procedente citar los siguientes ejemplos, todos integrados en el Poder Ejecutivo, salvo el que se menciona en primer término: a) El segundo párrafo del artículo 97 constitucional faculta a la Suprema Corte de Justicia para "nombrar a alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal; o algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual".

b) La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 1983, encomendó al Ministerio Público Federal tareas de orientación legal genéricamente (artículo 3, párrafo final), cuyo despacho implica, como se dijo en los trabajos de preparación y análisis de ese ordenamiento, un principio de ombudsman mexicano.

Esta actividad queda abarcada por el rubro y bajo la intención de la "vigilancia de la constitucionalidad y la legalidad". Se sustenta en la "representación social" que incumbe al Ministerio Público y es una expresión de las atribuciones directamente conectadas con el que hemos llamado "interés de la juridicidad", al que sirve la intervención del Ministerio Público Federal como parte en el juicio de amparo.

c) También recogió este punto la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de 1983, en el concepto de "vigilancia de la legalidad y de la pronta, expedita y recta procuración y administración de justicia" (artículo 33, fracción V).

d) La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal Faculta a la Secretaría de Gobernación para "vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente en lo que se refiere a las garantías individuales, y dictar las medidas que requiere ese cumplimiento" (artículo 27, fracción IV).

e) La misma Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículo 32 bis, fracciones XVI y XVII) y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (artículo 49, primer párrafo) pre-

vén las funciones de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación y, ampliamente, del sistema de contraloría en las dependencias y entidades de aquella Administración, para recibir e investigar quejas y denuncias de particulares.

f) En este marco se suele mencionar a la Procuraduría Federal del Consumidor, aun cuando no tiene, propiamente, funciones tutelares del individuo ante la Administración. Esta útil Procuraduría es “un organismo descentralizado de servicio social, con personalidad jurídica y patrimonio propio y con funciones de autoridad administrativa encargada de promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora, mediante el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley” (artículo 57 de la Ley Federal de Protección al Consumidor).

g) Claramente derivada del ombudsman es la Defensoría de los Derechos Universitarios, regida en Estatuto aprobado por el Consejo Universitario, del 29 de mayo de 1985. Se sostiene que aquélla es “custodio y vigilante del orden universitario” y “órgano independiente de carácter jurisdiccional dentro de la UNAM” (Barrera Graf).

h) Uno de los instrumentos más interesantes del género que venimos examinando, también directamente inspirado en el ombudsman, es la Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes, instituida por reformas de 1988 a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de ese Estado.

Se establece la Procuraduría como receptora de quejas por violación de las obligaciones del cargo, “para el efecto de que dichas quejas sean objeto de la investigación necesaria para el esclarecimiento de la verdad en relación con esa misma queja y se obtenga la aplicación plena de la presente Ley, a instancia del ciudadano afectado” (artículo 81).

i) Otro instrumento novedoso es la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal, creada en Acuerdo del Jefe del Departamento, el 25 de enero de 1989.

En los puntos considerativos del Acuerdo de creación se enuncia el propósito, sin perjuicio de los medios existentes (políticos, administrativos y jurisdiccionales): “es necesario establecer otros mecanismos que garanticen una mejor atención de las demandas individuales y colectivas de beneficio público y social”; y “con ese propósito resulta conveniente contar con una vía expedita, gratuita y sin formalidades procedimentales, que a la vez no constituya una instancia ejecutiva ni jurisdiccional”.

Se adscribe la Procuraduría Social al Jefe del Departamento del Distrito, como instancia accesible a los particulares y coadyuvante que los actos de autoridad y la prestación de servicios se apeguen a los "principios de legalidad, eficiencia, honestidad y oportunidad" (artículo 1o. del Acuerdo).

Esta relación no agota, de ningún modo, el número de instituciones de Derecho mexicano que guardan alguna relación con el ombudsman. Habría que examinar coincidencias o colindancias con otras, desde la defensoría de oficio en general —la más distante— hasta las procuradurías o promotorías especializadas, en materia del trabajo, menores infractores, familia, asuntos agrarios, protección a indígenas, etcétera.

3. *Cuestiones relevantes. Puntos de vista*

Con respecto a esta materia hay varias cuestiones de suma importancia que aquí mencionaremos. Vale decir antes, sin embargo, que aún es insuficiente la experiencia reunida acerca de los medios no jurisdiccionales para la preservación de derechos, en contraste con el amplio conocimiento que se tiene acerca de los instrumentos de carácter jurisdiccional. Esto obliga a opinar con cautela, a sabiendas de que en nuestro país apenas se perfilan ensayos de ombudsman, con características propias, cuyo futuro es incierto y que es pertinente alentar en lo mucho que tienen de positivo.

Por todo ello, nuestras sugerencias sólo revisten carácter tentativo, preliminar. Están sujetas a controversia y, sobre todo, a la prueba que imponga la marcha real y constante de cada ensayo de ombudsman.

Se han multiplicado, como vimos los medios de tutela. La variedad pudiera acarrear cuestiones de competencia. Al respecto, es preciso tomar en cuenta que la institución del ombudsman en otros países no es "excluyente" de instrumentos diversos, que obedecen al mismo fin. Se han resuelto con prudencia las coincidencias de atribución.

En términos de un calificado tratadista:

La creación del Ombudsman no significa renunciar a estos (otros) sistemas ni eliminar estos (otros) recursos. Es, por el contrario, algo que debe adicionarse a todas o a algunas de estas Instituciones o recursos, según los distintos sistemas jurídicos, para complementar desde una óptica distinta, actual y diferente, el control de la Administración y la protección del individuo. Por eso, no se trata de plantear una opción, sino de resolver un problema de armonización y coordinación en función del objetivo esencial: fortalecer y hacer más eficaz el sistema institucional para que el Estado de Derecho sea una realidad veraz y viva (Gros Espiell).

El ombudsman mexicano —o mejor dicho, los ombudsmen— surgen preferentemente en el Poder Ejecutivo. Esta adscripción es ajena al sistema clásico, pero no es desconocida en el Derecho comparado. Creemos que tiene connotación positiva el hecho de que la Administración mexicana, que pudo atenerse a los medios de control jurisdiccional, haya resuelto incorporar *determinación*, órganos y procedimientos para la supervisión de sus servicios, y el control de sus actos. Nada de esto impide, finalmente, la actividad de los medios jurisdiccionales y políticos ordinarios.

Cualquier adscripción tiene riesgos. La que se hiciera al Congreso correría el peligro de verse permeada por la relación parlamentaria entre los partidos y por el significado político que tiene para éstos el manejo del sistema de quejas y denuncias en sus diversas modalidades. Reconocemos que pueden ser distintas las experiencias en cada país.

La adscripción al Ejecutivo, a su vez, plantea el tema de la independencia del procurador u ombudsman, dado que su tarea se dirige, principal o exclusivamente, a supervisar a la Administración. Por ello se ha puesto énfasis, normativamente, en la autonomía financiera técnica, administrativa y operativa. La independencia del ombudsman y su consecuente e inmediata subordinación a la ley, es un tema que la práctica esclarecerá.

Aquí queda de relieve, una vez más, el dato central del que hablamos a propósito de esta institución, conforme a cualquier modalidad ensayada o que en el futuro se explore: independencia de criterio y respetabilidad, que sean el sustento de la autoridad moral, y, por ende, de la capacidad de intervenir con eficacia, al margen de sospechas que lleven descrédito al ombudsman.

En el actual momento de desarrollo del ombudsman mexicano (los ombudsmen), no parece aconsejable encomendarle intervenciones en el ámbito de resolución discrecional de las autoridades. Creemos preferible que los primeros pasos se dirijan al terreno, mucho más seguro, de la aplicación estricta de la norma. Una alternativa pudiera hallarse en el concepto de "racionalidad" en el ejercicio de facultades discrecionales: que no se incurra en resoluciones evidentemente irracionales, ilícitas o excesivas.

Merece reflexión el tema de la intervención del ombudsman cuando hay recursos accesibles para el particular o cuando el que existe ya se ha intentado.

Quizás no sea necesario que el quejoso agote otros recursos antes de solicitar la intervención del ombudsman, ni resulte indispensable que ésta cese en el momento en que el particular intenta la impugnación

ante la autoridad administrativa o en sede jurisdiccional. La intervención del ombudsman pudiera contribuir a la solución del conflicto, con celeridad, sea que evite la interposición del recurso, sea que lo haga cesar en virtud de adecuado (lícito) entendimiento entre el individuo y la autoridad responsable, mediante los oficios del ombudsman.

En este orden de cosas es preciso evitar, desde luego, la emisión de resoluciones contradictorias y el cuestionamiento de las determinaciones adoptadas por la autoridad competente — administrativa o jurisdiccional— como conclusión de la instancia impugnativa. Esto amerita un marco jurídico preciso para regular la “oportunidad” (no sólo la materia) en la actuación del ombudsman.

En nuestro concepto, no es pertinente reforzar y subrayar las posibles atribuciones punitivas (genéricamente) de la institución. Aún cuando la fiscalía, directa o indirecta, forma parte de las potestades del ombudsman clásico (y de otros de “segunda generación”), estimamos que esta figura no debiera comprometerse con una “identidad de fiscalía”, y mucho menos con sus expresiones policiales más notorias, sino con la eficaz tutela de los derechos particulares o, en su caso, de los derechos de grupo o de clase.

Por ahora, el ombudsman pudiera limitarse a orientar y, eventualmente, a fortalecer — documentándola— la denuncia de los particulares, sin constituirse él mismo en denunciante (ante el Ministerio Público o los órganos del Poder Legislativo) o en requirente de sanción administrativa.

Nada de eso significa excluir de las atribuciones de la institución, en definitiva (palabra que aquí tiene, como siempre, alcance relativo), el desempeño persecutorio. Se trataría, más bien, de poner énfasis en la tutela de los derechos y retirarlo de la petición de penas, dejando que en ésta actúen las demás autoridades que tienen competencia para ello (eminentemente fiscalizadoras; piezas, cada una, para el ejercicio del *jus puniendi* estatal, que no es el caso de ombudsman) y los propios agraviados.

En nuestro concepto, la actuación del ombudsman debe abarcar a las autoridades administrativas, salvo las de más alto nivel, y no comprender a las jurisdiccionales y a las legislativas. Esto último, dejando que la administración de justicia y el Poder Legislativo adopten sus propios sistemas de control interno. Así se evitan innecesarios problemas en el trato entre poderes (o entre áreas administrativas y jurisdiccionales, pues la abstención del ombudsman debiera presentarse, igualmente, con respecto a tribunales administrativos).

La salvedad referente a los funcionarios administrativos de más alto nivel (sujetos, por otra parte al control jurisdiccional ordinario y al régimen de exigencia de responsabilidades), servirá al propósito de salvar su instancia para que puedan actuar cuando exista conflicto entre el ombudsman y funcionarios subalternos de la Administración.

Los ensayos de ombudsman mexicano coinciden en excluir el conocimiento de controversias de carácter laboral. Esta certera previsión guarda correspondencia con los mandatos del sistema de responsabilidad administrativa de los servidores públicos federales. Aquéllos no impiden ni limitan la aplicación de las normas que regulan la relación laboral, en los términos de los apartados A y B del artículo 123 constitucional.

IV. *Apunte sobre el amparo y el ombudsman*

Brevemente nos referiremos adelante, a puntos que un análisis más profundo y detallado destacaría en el estudio de las afinidades y diferencias entre el amparo y el ombudsman. Ciertamente éste no se ha propuesto, y no apareja, la eliminación de medios jurisdiccionales para el control de los actos de autoridad. Constituye, como manifestamos, una alternativa razonable y eficaz, menos formalista, compleja y onerosa que la vía jurisdiccional. Por ello es más practicable para el hombre común. En este sentido contribuye a resolver o aliviar, en alguna medida, el problema del acceso a la justicia.

El desarrollo de estas instituciones, paralelo al desenvolvimiento de las necesidades individuales y colectivas dentro de una sociedad (un mundo) en transformación, dictará rumbo y destino. Veremos si los ambudsmen adquieren elementos o carecterísticas que hoy tiene la solución jurisdiccional, o si, por otro lado, ésta admite rasgos que son actualmente inherentes al ombudsman) y que han sido reclamados, desde siempre y con éxito modesto, a la "justicia judicial"; que sea pronta y expedita, por ejemplo). De alguna manera habrá influencia recíproca entre las diversas vías de atención al particular en sus conflictos con la Administración (más ampliamente, con el poder público formal).

El ombudsman es alternativa razonable con respecto al amparo, pero éste tiene fuerza y alcance mayores que aquél. A diferencia del ombudsman, que recomienda, el amparo ordena. Las decisiones del ombudsman no son vinculantes, en general, para las autoridades cuyos actos se impugnan. La sentencia de amparo, en cambio, dispo-

ne con imperio en el caso concreto y coadyuva, en la hipótesis de formación de jurisprudencia obligatoria, a orientar formalmente (con valor normativo) el criterio de los tribunales.

Cierto que la sentencia y la jurisprudencia misma no obligan a la Administración, pero ésta debe tomar en cuenta esos pronunciamientos si quiere mantener sus actos a salvo de resoluciones jurisdiccionales adversas. Más ténue es a influencia de las “recomendaciones” o “críticas” formuladas por el ombudsman, pero también éstas pesan sobre la Administración por la doble vía del “concepto del superior” y del “concepto de la opinión pública”.

Lo anterior deriva de que el amparo constituye la más elevada expresión de la actividad de un poder del Estado, frenado o moderando a los demás, según estipuló una conocida doctrina sobre separación de poderes. El Poder judicial enjuicia los actos de los otros y resuelve acerca de su juridicidad. Cuando el enjuiciamiento ocurre en el más alto nivel de la estructura judicial, la resolución es inatacable e intocable (en hipótesis, sólo una “suspensión de garantías” permitiría desatender, con sustento constitucional, el fallo de amparo).

Nada de ello sucede en el desempeño del ombudsman, que no es depositario y administrador de un poder soberano del Estado (o de “el poder soberano del pueblo”, ejercido por diversos órganos, entre ellos los judiciales). Sólo es titular de atribuciones secundarias e institución subalterna de otro poder —Legislativo o Ejecutivo—, aún cuando tenga autonomía para su desempeño.

El ámbito objetivo y subjetivo del amparo es mayor que el del ombudsman. En efecto, no escapan a su control ni funcionarios ni materias salvo los escasos supuestos de improcedencia que determina la Ley. En contraste, el ombudsman no puede ejercer su función sobre ciertos funcionarios de elevado rango, y hay materias expresamente excluidas de su competencia. Sobre estos puntos hay diversas soluciones nacionales, pero la gran tendencia general marcha en el sentido descrito.

Reviste especial importancia el control de los actos jurisdiccionales, que puede ser, a su turno, un control mediato, pero efectivo, sobre actos de la Administración. Esto sucede en el amparo directo, medio para impugnar sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio; y también en el indirecto, que resuelve sobre otros actos jurisdiccionales. El control de estos actos se ha reservado a la justicia federal —sin perjuicio de los recursos ordinarios ante juzgadores de grado superior. Aquí no hay espacio para la intervención del ombudsman.

En el orden (materialmente) legislativo, ni el amparo ni el ombudsman poseen autoridad para suspender la vigencia de una norma de alcance general, pero por aquel medio se puede impedir su aplicación a un caso concreto —según el principio de relatividad de los efectos de la sentencia de amparo—, e inclusive a todos los que se llevan al conocimiento jurisdiccional, si existe jurisprudencia obligatoria, conforme antes mencionamos. Las recomendaciones del ombudsman distan mucho de poseer esta fuerza, aunque el prestigio que la institución adquiera podrá determinar, como ha ocurrido en otros países, que su voz sea escuchada para la reforma o sustitución de leyes y reglamentos.

Hay otro dato de juicio de amparo (y de algunos procedimientos de justicia contenciosa administrativa) que confiere a este valor y eficacia en su función tutelar de la legalidad, *lato sensu*. Se trata de la suspensión del acto reclamado, que no posee efectos restitutorios —con la salvedad de alguna hipótesis excepcional—. Por la suspensión se preservan las cosas en el estado que guardan y se impide así la consumación del acto cuya legalidad está en entredicho. El ombudsman carece de este instrumento poderoso para la tutela de los derechos individuales.

Nos parece importante destacar que tanto el juicio de amparo como la actividad del ombudsman deben tener punto de partida en una queja, demanda denuncia, petición, etcétera, del agraviado o de su representante. En todo caso, a instancia de parte, no de oficio.

Creemos relevante este principio procesal, e inconveniente abrir la actuación de oficio en el ámbito que aquí interesa. La inquisitividad del ombudsman (admitida, sin embargo, en otras aplicaciones) podría conducir (ahora) a problemas muy graves que obstruyeran el buen desarrollo de la institución. Vale intentar primero el éxito de ombudsman bajo el sistema de requerimiento de parte, antes de confiarle la siempre delicada indagación de oficio, a partir de una *notitia* adquirida por cualquier medio.

Esa reserva no es aplicable, naturalmente, a los hechos que aparezcan en el curso de "visitas" ordenadas al ombudsman por la ley, como tarea genética y sistemática (así, *verbi gratia*, la visita de cárceles). Estas no serían "pesquisas" a la antigua manera inquisitiva, que rechaza el procedimiento penal mexicano; rechazo que, a nuestro juicio, debe incorporarse a la regulación nacional (actual) de las instituciones de ombudsman.

Hasta ahora nos hemos ocupado preferentemente del valor del ombudsman como protector de derechos. Empero, hay que recordar su otra capacidad relevante. En efecto, la institución tiene una doble fi-

nalidad: "la de supervisar el funcionamiento de la administración, y la de defender los derechos públicos subjetivos y legítimos intereses públicos de los ciudadanos frente a aquella" (Fairén Guillén).

En su atención a la primera de esas finalidades, el ombudsman observa críticamente el curso de la Administración. Por ello es conducto para formular sugerencias de alcance general sobre el desempeño de ésta, en cualquiera de sus ramas. Tal posibilidad está vedada al amparo, ejercicio de jurisdicción y no de proposición, que se dirige solamente al juicio del caso concreto.

El futuro traerá, sin duda, como el pasado cercano, novedades en la técnica del amparo conducentes a perfeccionar este medio de protección del hombre frente al poder público. Más intenso podrá ser el desarrollo de las nuevas modalidades de ombudsman que se están iniciando en México, con imaginación y buena fe.

Para el porvenir de estas instituciones en nuestro país (que resultará expresivo acerca de la "idea" y la "práctica" del Estado de Derecho) serán determinantes el rigor y la prudencia con que se actúe en esta etapa. Apenas se forman hoy los ombudsmen mexicanos. Es el tiempo de adquirir la calidad más relevante para cualquier forma de procuraduría social: respetabilidad, que con frecuencia hemos invocado en estas líneas. De ella, no de la amplitud de sus atribuciones formales ni de la espectacularidad de sus actividades, tomarán su verdadera fuerza las instituciones mexicanas de ombudsman.