

La Comisión Nacional de Derechos Humanos: ¿justicia para la democracia?

Cedillo, Miguel Ángel

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Cedillo, M. Á. (1992). La Comisión Nacional de Derechos Humanos: ¿justicia para la democracia? *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 37(149), 83-108. <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.1992.149.51075>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

La Comisión Nacional de Derechos Humanos: ¿justicia para la democracia?

Miguel Ángel Cedillo

Al parecer hay un resurgimiento general, por hablar y preocuparse por los derechos humanos. Se ha vuelto un tema cotidiano en los medios de información y en las charlas académicas. Como si se tratara de una preocupación nueva. Los derechos humanos son definitivamente un tópico de nuestro tiempo, pero como lo demostraremos a lo largo de nuestro trabajo no son una preocupación reciente. Desde el surgimiento del Estado de derecho, producto de las revoluciones burguesas y de la ideología liberal e iluminista, la distinción de las esferas entre lo público y lo privado, ha sido una cuestión recurrente. No sólo como una mera distinción de ámbitos o de responsabilidades, la preocupación gira alrededor de la protección del individuo, frente al poder público. La relación no es fácil, se trata de un problema de libertad, en donde también se ponen en juego los intereses privado y público.

La vida del Estado y de la sociedad, depende de diversos factores, entre ellos, la posibilidad de una convivencia armónica está dada por una relación en donde la legitimidad del Estado y la libertad de los individuos, encuentren expresión y garantías. No puede justificarse cual-

quier relación de poder o de sometimiento, toda autoridad justa debe derivar de procedimientos plenamente reconocidos y de un ejercicio de funciones apegado a las normas.

El problema de los derechos humanos no es un tema de “moda”, o que surge en esos tiempos, todo lo contrario, es una cuestión que ha venido marcando el devenir del Estado moderno. Lo que sí debería llamarnos la atención es que después de tantos años de existencia del Estado sometido a derecho, todavía se encuentre en el centro del debate la situación de los individuos. Pero es que los derechos individuales han sufrido una evolución como veremos también en este trabajo, tanto en sus fundamentos como en su aplicación y reconocimiento, no siempre se les ha tratado de una manera uniforme, ni se han tenido como tales los que ahora sin duda señalamos como indiscutibles. Los derechos políticos han sufrido una larga evolución y no siempre tuvieron un contexto universal, sino que su conquista fue una larga y no menos tortuosa transición.

Por otra parte, aún preocupa que hasta los más elementales derechos, como lo son a la vida y a la integridad física por mencionar los principales, sean todavía objeto de menoscabo, y no sean respetados cabalmente. Ningún Estado podrá arrogarse el calificativo de “jurídico”, si no cuenta con reglas claras no sólo para “enunciar”, sino también para proteger y hacer fácil y operativo el respeto de las garantías individuales.

Ahora bien nuestro propósito, no es hacer un análisis muy detenido de la “Comisión Nacional de Derechos Humanos”, nueva instancia oficial encargada de velar por las garantías individuales, sino más bien señalar los ejes de su acción, la naturaleza de este organismo y sus posibles alcances en la sociedad mexicana. Es decir precisar algunos de los rubros en donde la Comisión tendrá un papel relevante y decisivo en el fortalecimiento democrático del país. Establecer los lineamientos de esta intervención y explicar la razón y alcance de esta instancia, son los objetivos de este ensayo.

Es relevante el tema, porque en el seno de nuestra sociedad ha resultado un tema vital, la situación de los derechos humanos, y no tanto por su respeto, sino precisamente por la falta de observancia a los mismos, de allí que no sólo ha sido un propósito oficial, el de establecer un organismo para la protección de los derechos humanos, sino que podríamos decir que el surgimiento de la Comisión es

una respuesta, a una real y latente preocupación de la sociedad, la cual incluso ha generado sus propias instancias de observación y hasta de denuncia y condena en esta materia. Por otra parte resulta importante hacer un análisis prospectivo en este rubro, dada la reciente reforma constitucional al artículo 102 que eleva a la Carta Magna Nacional, el mandato de crear organismos encargados de la protección de los derechos humanos, evaluar el significado y alcance de esta medida es por ende, objeto del presente estudio.

Los derechos humanos: ¿un tema actual?

El problema de los derechos humanos no es un tema nuevo. Podríamos afirmar al contrario que es un tópico recurrente, que ha hecho su aparición desde que enfrente del individuo surgió un ente todopoderoso llamado Estado. En efecto a partir del surgimiento del Estado moderno, con todas sus características de centralización, poder soberano y autoridad coercitiva, surgió también la preocupación de limitar su acción y permitir de esta forma espacio a la sociedad, esfera de actividad individual.

Esta preocupación cristalizó en una "lista" de derechos que tiene su expresión más clara en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, expedida durante la Revolución Francesa. Esta enumeración expresa y concreta de derechos fundamentales, recoge toda una evolución en las concepciones que de los derechos individuales se hicieron y que recorre un camino que va desde una concepción religiosa y jusnaturalista, hasta interpretaciones positivas y filosóficas de las garantías individuales. La construcción de estos derechos, que se han considerado connaturales a la condición humana, no ha sido un trayecto fácil, y aún ahora se siguen encontrando nuevas áreas en donde se reclama la protección de la individualidad frente al agobio del poder estatal. Pero quizá lo más preocupante en este tema es que al advenimiento del siglo XXI, todavía se menoscaban los derechos fundamentales, y no nos referimos a aquellos que se han ido reconociendo o conquistando sino incluso a los vitales, como son aquellos relativos a la vida y a la integridad corporal. En efecto, aún ahora, el atentado contra la vida, la tortura, y la privación ilegal de la libertad, son prácticas que

emplean los Estados como medios de control y sojuzgamiento. Por ello, es válido todavía preocuparse por los derechos humanos, no sólo por su vigencia, sino también por su efectiva protección.

*El hombre y los derechos:
una dicotomía en proceso de construcción*

Difícilmente podríamos decir que se ha escrito la última palabra sobre esta materia, o que los derechos que ahora consideramos como indiscutibles en el rango de fundamentales, no puedan evolucionar o incluso sumarse nuevas garantías que adquieran este carácter. Asimismo, los procedimientos y sistemas que se han instaurado para proteger los derechos humanos, están también en constante cambio y se enriquecen día a día. Pero para comprender ambos aspectos (la creación de los derechos y la instrumentación de los sistemas para su aseguramiento), debemos hacer un breve recuento de su evolución.

La evolución de los derechos humanos ha estado marcada por la disyuntiva de orden y poder contra justicia y libertad. Armonizar ambos procesos ha sido en gran parte el *quid* de los derechos. Orden con justicia y poder que respete la libertad, ha sido la exigencia indispensable de las sociedades.

En las antiguas *polis* griega y romana, no había una concepción de derechos individuales, por más que se ponga a Atenas como modelo de una supuesta democracia efectiva y participativa. Se olvida como lo ha demostrado Fustel de Coulanges¹ que era una "democracia", para privilegiados, hombres libres en Grecia, "equites" o padres fundadores en Roma, aquí lo trascendente como bien lo señala De Jouvenel, citado por Morange² era la participación en el poder y no la cobertura o la protección frente al poder. El orgullo de griegos y romanos era pertenecer a la *polis*, dentro eran hombres y ciudadanos, fuera de ella eran poco menos que animales, eran "bárbaros". Esta concepción queda fielmente representada por el sacrificio de Sócrates, quien prefiere morir antes de pasar por encima de una decisión de su ciudad (por injusta que fuera), o por la deshonor.

¹ Ver Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua*, en especial los libros III y V que tratan sobre "La Ciudad" y "Desaparece el régimen municipal", México, Porrúa, 1983, 5a. edición.

² De Jouvenel, citado por Jean Morange, *Las libertades públicas*, México, FCE, 1981, p. 17.

ra de escapar de la *polis*. El hombre lo era por la pertenencia a una comunidad. Aristóteles lo interpreta fielmente al definir al hombre como un *zoon politikon*, es decir un ser social que se define y tiene existencia por y para la ciudad.

El cristianismo constituyó toda una revolución en estas concepciones. Fue la necesidad de aceptar al "otro", por bárbaro que pareciera, la justificación humana de su existencia, la manumisión de los sometidos o por lo menos su "igualación" ante los ojos de Dios. Todos, entonces somos iguales, o por lo menos tenemos igual oportunidad de salvación y ésta no dependerá del nacimiento o de la pertenencia a un grupo social determinado sino única y exclusivamente de nuestra conducta. De aquí que debe presuponerse que nuestra voluntad debe ser libre y no depender de factores externos. Es el individuo y no la *polis*, el interlocutor con Dios, y su salvación no depende de la comunidad sino exclusivamente de su actuación, de allí que el hombre es el único responsable de su perdición o salvación. La reafirmación de la voluntad particular y la equiparación de todos los hombres, por lo menos ante los ojos divinos, resultó toda una revolución teórica, que influyó notablemente las concepciones políticas y jurídicas. Si bien el Derecho Romano ya había reconocido un "derecho natural", producto de su sojuzgamiento cosmopolita, que necesitaba interpretar y asimilar diversas concepciones de justicia, también lo es que este derecho natural, al amparo del cristianismo tomó la forma de un "derecho divino", es decir las normas que no correspondían al Derecho Civil, y que debían reconocerse en relación a cualquier individuo, que no estaba dentro de la ciudad original, y que viviera en los pueblos sojuzgados, o en las colonias, estaba protegido por una serie de normas que eran "naturales" o concebidas como dictadas por mandato de Dios y por lo tanto de observancia ecuménica, válidas para todo lugar y para todo tiempo. Normas universales e intemporales, cuya justicia resultaba evidente como un axioma indiscutible.

A la caída del Imperio Romano de Occidente y el advenimiento de la Edad Media, dos fuerzas se enfrentaron para dar finalmente a luz al Estado moderno. De un lado un poder que disputaba una hegemonía universal, y que aspiraba a una unidad política, asentada en concepciones religiosas. Esta era la aspiración de un "Sacro Imperio Romano Germánico". Por otra parte, la fuerza integradora

nacional que reafirmaba su poder central frente a las aspiraciones hegemónicas del papado y desintegradoras del feudalismo. La clave del surgimiento del Estado moderno se haya precisamente en la concepción de soberanía y en la distinción del poder secular frente al eclesiástico. La idea tradicional de soberanía no es más que la negación a cualquier intervención externa en asuntos internos y es también la negación a cualquier otro poder que pueda competir o cuestionar el poder central y nacional. Ambas facetas de la soberanía no son más que la respuesta a las pretensiones hegemónicas del papado y disgregadoras del feudalismo. La construcción de los Estados nacionales tuvo como fuerza cohesionadora esta concepción, aunada a la idea de las “dos espadas”, es decir la separación de las potestades públicas y clericales, el surgimiento pues de un Estado laico y absoluto, fundado en la “razón de Estado”. Si bien en un principio el poder de los monarcas requirió sanción religiosa, poco a poco esta concepción se fue diluyendo (autores como Dante y Maquiavelo lo ejemplificarían), y la existencia del Estado absoluto y moderno ya no dependería tanto de una aprobación confesional, sino de su capacidad de imponer su poder, de su dominio, de su habilidad para someter y sojuzgar. Este poder absoluto indiscutido e indiscutible, que fue tan necesario para la consolidación de los Estados nacionales europeos, tendría en su vientre las semillas de una vida también moderna, de una tolerancia más acentuada, de un hombre nuevo con pensamientos más avanzados que comerciaba, viajaba, inventaba y descubría, y que a la postre cuestionaría ese poder absoluto. A la sombra de los descubrimientos e inventos de la época del Renacimiento y de la Edad Moderna, surge una nueva clase: la burguesía que en un principio requirió protección y sirvió como ariete en la destrucción de los atavismos feudales, pero también poco a poco creció para confrontarse con la nobleza y cuestionar los derechos de sangre para imponer las prebendas económicas. Estaba el escenario puesto para el surgimiento del Estado de derecho, la transición de un Estado absoluto o sin adjetivos (Estado en sí que surgió con poderes omnímodos) a un Estado que tendría que reconocer a su contraparte: la sociedad civil.

El Estado de derecho y los derechos humanos

El proceso de creación del Estado de derecho fue en mucho, un proceso de racionalización del poder. Si la “razón de Estado” había dado fundamento y justificación al Estado en sí, ahora era necesario justificar este poder. En palabras de Bobbio³ “la doctrina iusnaturalista del Estado no es solamente una teoría racional del Estado sino también una teoría del Estado racional”.

El arranque de la vida moderna que se desarrollaba en las ciudades, las nuevas concepciones filosóficas y científicas cada vez menos apegadas a las justificaciones de carácter religioso hacían necesaria también una justificación laica del poder estatal. Dicha justificación se encontró en la idea del “Pacto Social”. El Estado y su justificación se encuentran en un acuerdo inicial entre los individuos. Este pacto se desglosa en sí en dos convenciones sucesivas: un llamado *pactum societatis* y un *pactum subiectionis* en virtud de los cuales, a través del primero, un grupo de individuos acepta vivir en sociedad y por medio del segundo, se somete a un poder común. Cada uno de estos acuerdos produce consecuencias claras: a través del primero se transforma un multitudes en un *populus*, el segundo lleva al *populus* a convertirse en una *civitas*, tal y como Bobbio⁴ lo distingue.

Sea que antes de este Estado acordado, haya existido un Estado de naturaleza real e histórico o tan sólo hipotético, o que este Estado de naturaleza haya sido feliz o violento, que el Estado convencional haya surgido para imponer el orden, o para asegurar la libertad, según las diferentes concepciones que van desde Hobbes hasta Rousseau pasando por Locke, Spinoza y Kant, la verdad es que la idea del contrato social, ha permanecido como justificación del ejercicio del poder justo (legítimo y legal), y de los derechos humanos como defensa al avasallamiento estatal.

Estas ideas aunadas a la concepción del “liberalismo económico”, que exigía mayor libertad para el uso y disposición de la propiedad y del tráfico comercial, se conjugaron exacta y justamente para la

³ Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, México, FCE, 1986, p. 129.

⁴ *Idem*, p. 94.

irrupción de las revoluciones burguesas que destruyeron el poder de la nobleza e instauraron el sistema capitalista.

Pero el reconocimiento de los derechos fundamentales que por todas partes se proclamaron (la independencia de las trece colonias en América del Norte, las revoluciones inglesa y francesa, etcétera) como consustanciales al hombre y como freno a la arbitrariedad y al absolutismo del poder estatal, trasladando asimismo la soberanía de un solo hombre (el monarca), a la comunidad (el pueblo), no trajo por sí mismo y de manera automática un gobierno democrático, bajo la idea que ahora tenemos de "democracia". Si acordamos con Huntington⁵ que el proceso de modernización política implica la racionalización de la autoridad, la diferenciación de las estructuras y la *expansión de la participación política*, entonces la irrupción por sí sola del Estado liberal, producto de las revoluciones burguesas no trajo consigo la democratización de las sociedades, pues la conformación del gobierno era un asunto reservado. Reservado, porque no todos y no de manera general participaban en la elección e integración del gobierno, existían barreras impuestas por linaje, propiedad, sexo, etcétera, que impedían la participación amplia en la conformación del gobierno. Por ello en el proceso de democratización de las sociedades jugaron un papel decisivo dos procesos, por una parte la conformación de los partidos políticos, y por la otra la pugna por la universalización del sufragio. Aunque ahora no podemos concebir una cosa sin la otra, esta situación fue producto de una lucha trascendente en donde tuvo un papel definitorio la clase obrera, el nuevo proletario que entró en la escena histórica como producto de la industrialización. En efecto, fue la lucha de los trabajadores la que trajo como consecuencia en gran medida la conformación de los partidos políticos modernos, instituciones trascendentales en todo régimen democrático contemporáneo, y en la consecución del sufragio universal. Una fue la expresión de la organización política de los desposeídos, la otra fue una consecuencia de hacer efectivo el gobierno de la mayoría, sin distingos. Surgen así los derechos políticos, indispensables para complementar los originales derechos humanos, y se apunta hacia la defensa de derechos de clase que serán

⁵ Samuel Huntington, *El orden político en las sociedades en cambio*, Argentina, Paidós, 1990, p. 92.

reconocidos como las garantías sociales. La circunstancia de que fue la lucha social la productora y perfeccionadora del régimen democrático del Estado de derecho lo manifiesta claramente Tom Bottomore,⁶ quien afirma:

En gran medida, el movimiento obrero del siglo XIX podía ser considerado —y considerarse a sí mismo— como una continuación del movimiento democrático, expresándose esta continuidad incluso en el nombre de “socialdemócratas” que generalmente adoptaron los partidos políticos de la clase obrera. La idea que estaba tras el uso del término “socialdemocracia” consistía en que el movimiento de la clase obrera no sólo completaría el proceso de culminar la democracia política estableciendo el sufragio universal e igual (lo cual requería por sí solo una prolongada lucha), sino que también extendería la democracia a otras áreas de la vida social, en particular a través de un control democrático de la economía, creando así nuevas instituciones democráticas.

De esta forma la instauración de un Estado de derecho de conformación y régimen democrático, no es un logro que deba traslucirse sólo en la explicación de las ideas liberales, sino que en este proceso intervinieron las luchas sociales del siglo pasado, sobre todo de los trabajadores, quienes buscaban una cabal participación política, a través de una democracia operativa y universal, y no selectiva o excluyente. Sin embargo a pesar del camino recorrido, las “promesas” de la democracia, y el respeto integral de los derechos humanos, no son realidades tangibles, siguen siendo en gran medida proyecto y conquista a ser alcanzada, porque la sociedad aún está definiendo espacios y dominios con el Estado.

*Las promesas incumplidas de la democracia
y la obligación de las promesas*

El Estado de derecho o *sub lege*, es interdependiente del Estado

⁶ Tom Bottomore, *Sociología política*, Aguilar, España, 1982, p. 53.

democrático, por la exigencia de justificación del poder. Todo poder existe y es obedecido en la medida que demuestra su justeza y esta justeza, está relacionada con la legitimidad y legalidad del Estado. Todo poder para mandar requiere de una aceptación generalizada y esta aceptación se deriva del hecho de que es un poder "legítimo", es decir que se trata de un poder constituido conforme a los procedimientos generalmente aceptados y por lo común normativamente consignados. Esto es, no es un poder que se ejerza sólo por violencia o por usurpación. Y por otra parte debe ser un poder legal en la medida en que se ejerza de acuerdo a las normas popularmente sancionadas (a través de un proceso legislativo, que se lleva a efecto por representantes electos), y que son la medida y el marco de la actuación gubernamental. La legitimidad del poder requiere en consecuencia de la democracia, y el ejercicio del poder de la legalidad. Por ello, Estado de derecho y democrático, se presuponen en una simbiosis que se antoja por lo menos en teoría indisoluble. Sin embargo la democracia, como bien lo ha expuesto Bobbio,⁷ nos presenta "promesas falsas o incumplidas", que impiden un cabal ejercicio participativo y propiamente democrático del gobierno. Tales promesas, a las que alude el autor, las refiere en relación al surgimiento de una sociedad pluralista, la reivindicación de intereses de clase o sectarios, la persistencia de las oligarquías y la predominancia del gobierno por minorías organizadas o privilegiadas, un espacio limitado, pues no en todo el tejido y el entramado social se ejerce efectivamente la democracia, en la elección de órganos representativos o de gobierno, el poder invisible (o criptogobierno), un poder que no actúa "públicamente" es decir, de cara a la sociedad y que no explica sus decisiones, difícilmente puede considerarse democrático, y la falta de la educación del ciudadano o lo que llamaríamos, la falta de una cultura política democrática. En estas condiciones la democracia suele enrarecerse, y el Estado de derecho empieza a dolerse de una falta de legitimidad. Pero también la legalidad sufre menoscabo cuando la autoridad se ejerce fuera de los cauces legales o despreciando los derechos individuales, lo que ocasiona un estado de inseguridad. Sin que nos adentremos en este análisis acerca de los procedimientos de constitución del poder (área

⁷ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986, pp. 16 a 26.

de legitimidad), deseáramos, hacer hincapié en el ejercicio legal de éste.

Todo Estado de derecho debe observar el principio de hacer sólo lo que las leyes le mandan, y permitir a los individuos lo que no les esté expresamente prohibido hacer. Lo primero es condición de autoridad, lo segundo es manifestación de libertad. En este rubro Estado y sociedad civil se encuentran debatiendo poder y derecho. Las garantías individuales son espacio y escudo en contra de la autoridad así como expresión de libertad. El Estado no sólo debe aceptar una concepción clara y precisa de tales derechos sino que además debe establecer sistemas y procedimientos expeditos y congruentes para hacerlos valer y en su caso para hacerlos prevalecer frente al posible desacato o atropello de la autoridad. De cara a este problema expondremos en las siguientes líneas cuáles han sido dentro de los Estados los sistemas que se han consagrado para la protección de los derechos humanos, enmarcando finalmente y comprendiendo la evolución que le da carácter y sentido a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Estado y sociedad civil: una relación de poder y derecho

Todo poder regulado por normas trasciende, en la medida de que sea legítimo y efectivo. Legítimo en tanto que se justifica frente a la sociedad, como poder justo y legalmente constituido. Efectivo, en razón de que puede aplicar el ordenamiento normativo, para hacerlo no sólo vigente, sino también positivo. Se prefiere en consecuencia el gobierno de las leyes al gobierno de los hombres, porque el primero no tiene pasiones ni sucumbe a los caprichos, mientras que el segundo, cede a las tentaciones y tiende a la arbitrariedad. La justificación del Estado *sub lege*, es la norma que aplica, justificación que en palabras de Bobbio,⁸ "...hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber, es decir, transforma una relación de mera fuerza en una relación jurídica". De esta forma, Estado y sociedad civil, entablan una relación de poder y derecho,

⁸ Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Origen y fundamentos del poder político*, Grijalbo, México, 1984, p. 29.

relación en la que juegan un papel fundamental los derechos humanos.

No podemos continuar nuestro trabajo, sin tratar de precisar, aunque sea de manera aproximada, una concepción acerca de los derechos humanos. Entendemos como tales las garantías indispensables que permiten el desarrollo armónico y constructivo de la vida humana, y que protegen al individuo en su existencia e integridad, así como en sus actividades, desde su pensamiento hasta su expresión, de su capacidad de tránsito hasta la libertad personal, comprendiendo además la protección de sus propiedades y posesiones, tanto en su uso como en su disfrute, limitando sólo su disposición, en razón de consideraciones de bienestar público. Pero también englobamos dentro de los derechos fundamentales, a los derechos políticos que permiten al individuo participar (generalmente a través del sufragio), en la conformación del poder estatal, así como en la toma de decisiones trascendentes (plebiscito o referéndum), y en la capacidad de elegir representantes o de ser electo como tal (votar y ser votado). Aunque, en algunas ocasiones cuando se habla de derechos humanos, no se engloban a las garantías políticas, nosotros las consideramos dentro de la categoría de fundamentales, porque ningún Estado puede constituirse o erigirse como democrático y jurídico, sin contar con la legitimación que le dan los procesos que permitan la participación y expresión popular, para la conformación y ejercicio del poder.

A continuación hablaremos acerca de los mecanismos de defensa que han instituido los Estados para la protección de los derechos humanos.

La defensa de los derechos humanos: sistemas y procedimientos

Como fue citado en líneas anteriores, Samuel Huntington sostiene que la modernización del poder político requirió la "diferenciación de estructuras". Es decir, el poder originalmente absoluto del Estado tenía que disgregarse en sus funciones para autolimitarse y evitar el abuso. La idea de limitar el poder por el poder mismo (como lo manifestó Montesquieu), es un presupuesto de libertad, pues este principio consagrado en las normas tiene como razón o espíritu, preservar al individuo de un poder avasallador y absoluto. Si bien,

autores franceses e ingleses, sostuvieron la idea de fraccionar el poder soberano, para evitar la concentración del mismo en un individuo o en un grupo de individuos, también lo es que, las concepciones inglesa y francesa de este fraccionamiento son diversas y no semejantes, como en un primer momento podría pensarse, trayendo consigo también un diferente tratamiento en cuanto a la protección de los derechos humanos.

A este respecto, los ingleses construyeron una teoría acerca de la "división de los poderes", los franceses concibieron la "separación de los poderes". Esto que en un primer momento podría ser considerado como un mero matiz semántico, constituye en realidad una diferencia fundamental. Por una parte, los ingleses concibieron efectivamente que cada uno de los poderes podía y debía fiscalizar al otro, es decir, la distinción de poderes tenía como objeto precisamente que cada una de las atribuciones estatales, erigidas en legislativo, ejecutivo y judicial, podía intervenir frenando el abuso o la arbitrariedad de cualquiera de los otros. Por otra parte, para los franceses la separación de poderes significa una garantía en sí misma, y expresa el hecho de que ningún poder podrá asumir la función del otro ni vigilar o intervenir en las atribuciones que, cada uno de ellos tiene de manera expresa y definitiva. En tal virtud, los ingleses tienen una concepción dinámica e interventora de los poderes, mientras que los franceses la tienen estática y definitivamente separada. Esta idea, que de una manera tan nítida capta y expresa García de Enterría,⁹ tiene importantes consecuencias en cuanto a la defensa de los derechos humanos, y el control de la administración pública, pues a partir de ella surgen dos sistemas de control de la autoridad y preservación de los derechos individuales, uno llamado francés o continental y el otro inglés o insular.

El sistema francés, también llamado continental, parte del principio de que el poder judicial, no debe intervenir en la obra de la administración y que por ello, es ésta, la que debe juzgar su propia actuación.

El principio del impedimento al poder judicial, de conocer las controversias administrativas, se origina en la desconfianza de los

⁹ Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Taurus, Madrid, España, pp. 13-67.

constituyentes franceses de 1789 a los tribunales judiciales, llegán-
doles a prohibir expresamente su intervención en los asuntos
administrativos, e incluso no podían citar ante ellos a los funcionarios
del gobierno. Sin embargo, se hacía necesaria la existencia de un
órgano encargado de dirimir los conflictos entre la administración
y los particulares.

De esta manera, en 1799 se crearon los consejos de prefectura, que
eran órganos con ciertas funciones jurisdiccionales y casi enseguida
se genera el consejo de Estado con más funciones de asesoramiento
que jurisdiccionales. En su origen, el consejo de Estado no ejercía
funciones jurisdiccionales propias y se limitaba a presentar proyectos
de resolución en los asuntos contenciosos, que a la postre eran
dictados en tal sentido por el jefe del Estado, ejerciendo así lo que
se denominó "justicia retenida". Posteriormente, en virtud de la Ley
del 24 de mayo de 1872, el consejo adquirió la facultad de decidir
estos asuntos con cierta independencia de la administración, pasando
a impartir "justicia delegada".

Así afirma su competencia como juez administrativo de derecho
común, rechazando la vieja teoría del "ministro juez" y consolida su
ámbito material hasta los litigios en que se discutía la responsabilidad
de los servidores públicos y todas las cuestiones relativas a la
organización y funcionamiento de los servidores públicos. Se cumple
la evolución del consejo de Estado francés con la instauración, en
1953, de los tribunales administrativos locales que son órganos
dotados de autonomía para dictar sus fallos y con competencia
general de primer grado, transformando de esta manera al consejo
en órgano de apelación. La razón actual que se esgrime para el
funcionamiento de estos órganos no es la desconfianza, sino que se
ha sustituido este argumento por consideraciones de aptitud y
experiencia; esto significa que ahora se considera mejor que los
jueces en esta rama tengan amplios conocimientos administrativos,
y que no surjan propiamente de la actividad judicial.

El segundo sistema, que se denomina anglosajón o insular, parte
del principio de que no hay normas especiales relativas a la admi-
nistración pública. De esta forma, todo conflicto, aun los administra-
tivos, se remite a los tribunales ordinarios. Este sistema se funda en
la idea de que la división de poderes se logra más eficazmente si al
poder judicial se le otorgan facultades para revisar lo que hace la

administración, pues se considera que si el gobierno juzga sus propios actos esto constituye una invasión jurisdiccional en perjuicio de los tribunales. Se justifica de esta forma la remisión de los asuntos administrativos a los jueces ordinarios, pues se considera que su creación ha sido con el objeto de conocer e interpretar la ley, en todos los casos, no importando quiénes sean las partes en conflicto, tutelando también los derechos de los administrados.

En nuestro país, ambos sistemas han tenido de alguna manera resonancia y reconocimiento constitucional, ya que por una parte, el juicio de amparo constituiría la manifestación mexicana del sistema insular —la protección de las garantías individuales por el Poder Judicial Federal— y por otro lado, la creación de los tribunales administrativos, como el Fiscal de la Federación y el Contencioso Administrativo entre otros, representaría la versión mexicana de control continental o francés. Resulta curioso señalar, que ambos sistemas de control fueron sostenidos por las corrientes antagónicas del siglo pasado en México, es decir, el juicio de amparo es una creación fundamental del liberalismo mexicano, mientras que el control a través de órganos que se desenvuelven en el seno del propio gobierno, fue sostenido por los conservadores.

Al lado de estas dos formas de control tradicional, y de defensa de los derechos humanos, se fue perfilando en los países escandinavos una forma de protección a los derechos de las personas, que denominó como “control gestor”, porque la defensa de los derechos se verifica a través de un representante o “gestor”, encargado de vigilar la honesta, eficiente y legal aplicación de las normas por parte de la administración, protegiendo a los particulares. Tal es en líneas generales el sistema denominado *Ombudsman*, cuya naturaleza y características analizaremos en el punto siguiente.

El Ombudsman: defensor de los derechos del hombre y para el hombre

Podemos definir de manera general al *Ombudsman*, en los términos que lo hace la International Bar Association (IBA), citado por Sonia Venegas,¹⁰ como:

¹⁰ Sonia Venegas Álvarez, *Origen y devenir del Ombudsman*, UNAM, México, 1988, pp. 40 y 41.

un cargo previsto en la Constitución o por acción de la legislatura o el parlamento, que encabeza un funcionario público de alto nivel, el cual debe ser independiente y responsable ante la legislatura o parlamento, cuya labor consiste en recibir las quejas provenientes de personas agraviadas en contra de oficinas administrativas, funcionarios o empleados de la administración pública o bien que actúe por moción propia, y quien tiene poder para investigar, así como para recomendar acciones correctivas y publicar informes.

El *Ombudsman* tuvo su origen en la Constitución sueca de 1809, que estableció la figura de un representante del parlamento llamado *Justitie Ombudsman*, quien se encargaría de controlar la observancia de las leyes tanto por los tribunales, como por los funcionarios del gobierno, recibiendo para ello instrucciones generales no específicas por parte de una comisión del propio parlamento, quien de manera general vigilaría que el titular de esta institución, independiente del rey, y con relativa autonomía del propio *Riksdag* (parlamento sueco) pudiera emitir opiniones y recomendaciones para mejorar el funcionamiento tanto de la impartición de justicia, como de la administración pública.

Si bien al principio, el *Ombudsman* se concretó a ser una especie de fiscal público que denunciaba penalmente las injusticias y arbitrariedades cometidas en perjuicio de los súbditos, su evolución lo llevó a ser un órgano que emite fundamentalmente recomendaciones para mejorar los procedimientos administrativos, así como reparar injusticias o actos ilegales cometidos por jueces o funcionarios. Este sistema presenta notables ventajas, pero también adolece de una importante insuficiencia. Entre las ventajas que podemos destacar del *Ombudsman*, están las relativas a su simplicidad, expedituz, capacidad de propuesta legislativa e independencia, mientras que su deficiencia principal estriba en que sus resoluciones no son vinculatorias, es decir, este órgano no emite sentencias o fallos que deben ser observados de manera coercitiva por las autoridades, sino tan sólo expide "sugerencias o recomendaciones", que puede o no atender la autoridad. Entre las ventajas que hemos enumerado, debe señalarse que constituye un órgano de fácil acceso, y de

procedimiento expedito; esto es, que para acudir en queja ante el *Ombudsman*, no se requieren complicados conocimientos técnico-jurídicos, sino que cualquier persona puede presentarse ante la oficina del *Ombudsman* y exponer de manera oral su queja, recibiendo orientación e incluso asesoría por parte del encargado de la oficina, quien en caso de apreciar la existencia de una arbitrariedad o injusticia iniciará un procedimiento, en el que redactará una queja con base al dicho del particular, solicitando a la autoridad responsable un informe en relación a dicho acto. Generalmente, recibido el informe, el *Ombudsman* emitirá una recomendación sobre el caso concreto, pero bien puede incluso hacer una inspección o solicitar mayores informes, teniendo libre acceso a los archivos públicos. Como se puede ver, tanto el acceso, como el procedimiento es sencillo y expedito, siendo que en algunos países dicho acceso es aún más simple, pues el *Ombudsman* puede actuar con base en una denuncia periodística, o telefónica, y el procedimiento aunque sencillo es de alcances trascendentes, pues a través de esta vía se logra no sólo el respeto de los derechos, sino también la reparación de daños ocasionados por la negligencia o arbitrariedad públicas. La sencillez de este sistema lo hace superior a las formas de control judicial y jurisdiccional autónomas (inglesa y francesa), pues el quejoso no necesita justificar o conocer complicados términos jurídicos, que son exigidos en los procesos contencioso-administrativos.

Por otra parte, el *Ombudsman* tiene las ventajas de ser independiente y de propuesta legislativa. Eso significa que, si bien cuenta con la suficiente independencia, tanto del gobierno como del parlamento para una actuación justa e imparcial, también lo es que mantiene un importante nexo con el órgano legislativo, para transmitir a través de los informes que con determinada periodicidad debe presentar, propuestas de reforma para hacer más racional y justa a la administración pública.

La desventaja que apuntamos en relación al *Ombudsman* consiste en que, sus determinaciones no tienen la fuerza de una sentencia o fallo, sino que son meras "recomendaciones", que se dirigen a la autoridad para que corrija una falta u omisión. Esto significa que la autoridad bajo su actitud discrecional bien puede o no, aceptar la recomendación del *Ombudsman*. Para contrapesar esta deficiencia, el órgano que analizamos, cuenta con tres importantes instrumen-

tos. Estos instrumentos son: el apoyo parlamentario, las auctoritas y la publicidad.

El apoyo parlamentario, arranca del hecho de que el *Ombudsman* es un representante del propio cuerpo legislativo, que tiene de alguna manera su respaldo y apoyo para cumplir con las funciones de vigilancia de la administración y de protección a los derechos humanos. Las auctoritas consisten en la fuerza moral con que cuenta este órgano, derivado principalmente del prestigio de su titular (quien generalmente debe ser un jurista ampliamente reconocido por su capacidad y honestidad), y del reconocimiento que tanto las autoridades como la sociedad civil le dan a su función. Esto es, aunque el *Ombudsman* no cuente con "imperio", sí tiene autoridad y fuerza moral.¹¹ La publicidad, también es un instrumento de fuerza para el *Ombudsman* quien siempre se hace allegar los medios necesarios para hacer público su trabajo, de tal forma que no sólo a través de los informes periódicos que presenta, y que reciben la mayor difusión posible, hace publicidad de su labor, sino que también mantiene un estrecho contacto con los medios periodísticos, impresos y audiovisuales, para hacer del conocimiento general sus determinaciones más importantes, o la interpretación que le da a las leyes. Esto es, en palabras de Ulf Lundvik,¹² que el *Ombudsman* requiere de:

una considerable cantidad de publicidad. Las decisiones del *Ombudsman* sobre cuestiones de principios perderían la mayor parte de su importancia si no se hicieran del conocimiento de todos los funcionarios que puedan tener que ocuparse de asuntos familiares. Además, ningún *Ombudsman* podría desempeñar sus funciones eficazmente sin contar con la confianza del pueblo, y a fin de obtener esa confianza debe ejercitar su actividad abiertamente y no ocultar sus decisiones al escrutinio del público.

De esta manera, el *Ombudsman* actúa de cara a la sociedad, representando un órgano democrático en su naturaleza y ejercicio.

¹¹ *Idem*, pp. 49 y 50.

¹² Ulf Lundvik, compilado por Donald C. Rowat, *El Ombudsman, el defensor del ciudadano*, FCE, México, 1986, p. 88.

Así, compensa en buena medida la falta de fuerza vinculatoria de sus resoluciones, ateniéndose fundamentalmente a su autoridad moral y a la opinión pública.

Recientemente, en nuestro país han aparecido organismos que tratan de reproducir los esquemas del *Ombudsman* sueco, trayendo a nuestro derecho de herencia latina fundamentalmente, una institución con raíces escandinavas, tratando de ganarse un lugar en la estructura y en la relación de poder y de derecho entre el Estado y la sociedad civil en México. A continuación analizaremos la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, órgano que trata de reivindicar en nuestra nación el sistema de control gestorial de la administración pública.

*La Comisión Nacional de Derechos Humanos:
el Ombudsman mexicano*

Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 1990, el ejecutivo federal creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. Dicho decreto define a la Comisión en su artículo 2o. como el "...órgano responsable de proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos". Para tal efecto, se le señala a la Comisión como la responsable de instrumentar los mecanismos que sean necesarios para prevenir, atender y coordinar la salvaguarda de los derechos humanos de mexicanos y extranjeros en el territorio nacional. Asimismo, se le otorga la representación del gobierno federal ante los organismos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos. En el decreto que comentamos, se establece de manera muy sucinta la estructura general de la Comisión, así como las atribuciones de sus órganos.

Del decreto que comentamos destacan los siguientes aspectos: Se trata de un *Ombudsman* "ejecutivo", que formalmente se encuentra inscrito como órgano desconcentrado de una secretaría de la administración pública federal, y que se le señala una estructura sencilla y no burocrática. A este respecto, se trata de un *Ombudsman* "ejecutivo" porque no depende de un parlamento, o cuerpo legislativo, sino que está inmerso en la estructura administrativa. Esta

característica del *Ombudsman* mexicano puede llevarnos a cuestionar su independencia y autoridad moral. Es decir una de las características que ha sido más trascendente en los *Ombudsman*, es que no dependen de la administración pública, sino que su labor la realizan como un representante del congreso o parlamento. Esto es así, porque una gran cantidad de abusos, arbitrariedades y omisiones provienen de la propia administración pública, por lo que es tradicional que el *Ombudsman* no dependa de ella sino del poder legislativo. No ignoramos, que en otros países existe también la figura del *Ombudsman*, designado y cobijado por la propia administración pública, pero consideramos que uno de los elementos que le dan fuerza al tradicional gestor, es precisamente, su independencia del ejecutivo. En este contexto, la libertad, autoridad y alcance de la institución depende en buena medida de la voluntad que muestre el titular del poder ejecutivo para darle libertad de actuación y decisión al *Ombudsman*, voluntad que en nuestro país sí se ha manifestado hasta este momento, pero que no asegura institucionalmente y hacia el futuro esta libertad de acción. Aquí se hace imperativa una revisión legislativa de esta institución, cuestión que abordaremos nuevamente, en relación a la reforma constitucional del artículo 102.

Por otra parte, la estructura de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, sigue un principio que ha rendido buenos frutos, en otros países, que se refiere a la no burocratización de este tipo de organismos. A este respecto, la integración de la Comisión es sencilla y sin demasiadas complicaciones administrativas, esto se constata tanto por lo dispuesto en el decreto de su creación como en su reglamento interno, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de agosto de 1990. De esta forma la Comisión se compone de un presidente, un consejo, un secretario técnico del consejo, un secretario ejecutivo y un visitador. Como se puede ver la Comisión tiene una estructura simple que le da el carácter de un órgano no burocrático, destinado a servir al ciudadano en sus quejas en contra de la arbitrariedad administrativa.

La Comisión no es competente (conforme a lo que establece el artículo 4o. de su reglamento), para conocer de asuntos en donde se hayan dictado sentencias definitivas y en aspectos jurisdiccionales de fondo, en conflictos laborales individuales y colectivos, y en la

calificación de elecciones, aunque sí puede intervenir en el caso de violaciones a las garantías individuales cometidas durante los comicios. Es claro que en aquellos casos en donde ya se pronunció una resolución definitiva, la Comisión no puede intervenir, pues violentaría el principio de firmeza en los fallos jurisdiccionales, rompiendo con la garantía de seguridad jurídica. Por otra parte, en materia laboral, se trata de cuestiones que involucran los derechos sociales, que están fuera de la competencia de una Comisión encargada de la protección de los derechos humanos. Finalmente, en materia electoral debido a que existen otras instancias para controlar la legalidad en esta materia (tribunales electorales y colegios electorales), la intervención de la Comisión se antojaría excesiva.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos ha adquirido una nueva dimensión ahora que se le ha dado una consagración constitucional, al reformarse el artículo 102 de la Carta Magna. Analizar la trascendencia de esta reforma y las posibles consecuencias de esta creación, será el objeto del siguiente apartado.

Experiencias y prospectiva de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

Hasta el momento la actuación de la Comisión ha sido destacada. No obstante los temores y las reticencias que pudo haber despertado el surgimiento de un organismo como éste en el seno del poder ejecutivo, su actuación ha sido digna, apegada al derecho y justa. Esto es reflejo de la voluntad presidencial para dejar a la Comisión actuar con verdadera imparcialidad, y de que se respete su función, así como de la capacidad de sus integrantes. Tales resultados los podemos constatar en los tres informes hasta la fecha presentados (diciembre de 1990, junio de 1991 y diciembre de 1992), así como las recomendaciones que ha emitido en asuntos de trascendencia como los de Aguililla, Tejupilco y Tlalixcoyan, resultando trascendentes éstos porque en los dos primeros se vieron involucrados miembros de la oposición, y en el segundo se trató de un caso en el cual se involucró una situación de ilegalidad electoral. En el tercer caso la intervención de la Comisión fue especial, porque dos dependencias públicas se sometieron a una especie de arbitraje imparcial, en el que dos áreas sumamente sensibles y que incluso

una de ellas (la Procuraduría), es la que más quejas ha acumulado por haberse distinguido precisamente por no respetar los derechos humanos, lo que incluso ya provocó una remoción de mandos en dicha entidad. Tales dependencias son la Procuraduría General de la República y la Secretaría de la Defensa Nacional. Es importante la recomendación emitida, porque le da una competencia "especial", no específicamente prevista, ni establecida para conocer de un asunto en el cual se le requirió por su prestigio y autoridad moral para resolver una controversia entre autoridades, pero en el que perdieron la vida servidores públicos. También resultó trascendente esta recomendación porque en el asunto de Tlalixcoyan se llega a conclusiones en donde se compromete y responsabiliza a mandos medios y superiores del ejército, entidad que en nuestro país raramente es expuesta a la opinión pública, y que mucho menos se emiten juicios valorativos sobre su actuación.

Por otra parte, considero que se hace necesario un conocimiento más a fondo y una difusión más clara acerca de los propósitos de la Comisión, para no llegar a aberraciones como la de la legislatura del estado de Chiapas, que sometió una reforma de despenalización del aborto a la "aprobación o visto bueno", de la Comisión, situación que definitivamente no es competencia de este organismo y que menoscaba y limita la soberanía de un estado, a una decisión (que por muy honorable que sea), de una entidad federal, y no es porque se olvide que los estados están sometidos a un pacto federal, pero en materia de legislación local son completamente soberanas las legislaturas para decidir y darse las normas que consideren convenientes, sin que requieran la "aprobación" de ninguna instancia superior (claro, a menos que violen una disposición constitucional federal, situación en la cual rebasarían el marco de su competencia), y además, la Comisión no es competente para decidir sobre la "validez" o constitucionalidad de una ley.

La perspectiva de la Comisión deberá analizarse a la luz de la reforma constitucional del artículo 102 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992. En esta reforma se eleva a rango constitucional la Comisión y se dan las líneas generales de su actuación, señalándose la necesidad de crear instancias semejantes en todos los estados de la República. A este respecto el texto de la reforma señala:

Art. 102.- ...B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

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

Acerca de esta reforma hay varios aspectos que deseáramos comentar. Es claro que como consecuencia de la reforma constitucional, deberá proveerse a una legislación que reglamente el precepto y que a la postre sustituya al actual decreto y reglamento que norman a la Comisión. En esta legislación se podría dar el paso definitivo de fortalecimiento institucional de la Comisión. Este paso consistiría en que el *Ombudsman* mexicano se inscribiera en el marco del poder legislativo, es decir que estuviera en el seno de los congresos locales y del Congreso de la Unión. La experiencia hasta el momento ha sido buena por la voluntad del ejecutivo de apoyar y respetar las funciones de la Comisión, pero no se puede contar indefinidamente con este apoyo y con esta voluntad, y menos pensar que esta disposición se diera en todos los estados, de aquí que sería bueno que si las legislaturas los crearan, también los conservaran, con un régimen análogo al *Ombudsman* escandinavo, que ha mostrado sus bondades, precisamente por su libertad en cuanto a la administración pública. Esta medida le daría fortaleza institucional a estos organismos, y ya no dependerían de los vaivenes o los caprichos de los gobernantes.

En cuanto al último párrafo de la reforma que plantea una especie de "segunda instancia" gestora, es decir de una especie de apelación

que asumiría la comisión nacional en relación a las comisiones estatales, considero que ésta es una medida exagerada y que va más allá de la naturaleza y funciones de los *Ombudsman*, dándole un carácter “parajudicial”, que está completamente reñido con los propósitos de estos organismos. En efecto la sencillez y la expeditéz son rasgos esenciales de los *Ombudsman*, lo que se desdibujaría con esta “segunda instancia”. Asimismo, la reforma no precisa si esta “apelación”, la pueden hacer valer sólo los particulares o también las autoridades, lo que podría significar un medio para entorpecer o dilatar el cumplimiento de recomendaciones, sin que olvidemos que finalmente, las autoridades pueden decidir si hacer caso o no, a tales determinaciones, no importando que se dieran en “segunda instancia”, pues toda recomendación tiene carácter no vinculatorio.

Por otra parte, en la legislación que debe expedirse en este rubro debe señalarse con precisión el papel que jugarán estos organismos en el sistema jurídico mexicano. Con esto queremos referirnos a la necesidad de que se aclare cómo se insertarán estas comisiones entre las otras vías de defensa de los derechos humanos que se encuentran también consignadas en nuestras normas. Tal es el caso del amparo y de los tribunales jurisdiccionales autónomos. En este sentido me inclino por que se establezca un precepto expreso, en el sentido de proteger a los particulares que opten por agotar la instancia gestora, es decir, que aquellos que acudan a las comisiones puedan —una vez agotada esta instancia y si no obtienen una recomendación favorable a sus intereses, o las autoridades no acatan la propuesta de los *Ombudsman*—, hacer uso de las vías jurisdiccionales, para lo cual se podría establecer que en aquellos casos en que el particular acuda dentro de los términos en los cuales podría hacer uso de cualquier otro medio de defensa, la intervención de las comisiones interrumpa dichos plazos, para que el particular tenga expedita la opción jurisdiccional. Esto lo estimo indispensable para evitar que el sistema gestorial que, ahora se incorpora a nuestro derecho, se convierta en un elemento de confusión o de trampa que favorezca a la arbitrariedad o al desacato administrativo. A este respecto es válida la opinión del juez sueco Kurt Holmgren,¹³ quien en esta materia advierte:

¹³ Jurt Holmgre, compilado por Donald C. Rowat, *op. cit.*, p. 295.

No se puede negar que existe un riesgo de confusión entre la actividad de verificación y crítica del *Ombudsman* y el enjuiciamiento de las quejas en los tribunales administrativos. Evidentemente, se requiere aquí gran cuidado y tacto de parte del *Ombudsman*; mientras un caso se encuentre *sub judice* (o pueda todavía ser apelado ante un tribunal) el gestor se abstiene de intervenir, excepto en el caso de evidentes violaciones en el cumplimiento de las funciones oficiales.

Finalmente la reforma, no contempla de manera expresa al Distrito Federal, pues alude de manera genérica al Congreso de la Unión (¿competencia nacional y local?) y a las legislaturas de los estados, sin precisar el caso del DF, lo que se puede arreglar en la legislación ya sea otorgando a la Comisión Nacional una doble competencia, o por qué no mejor, si ya existe en el ámbito de la ciudad de México, un *Ombudsman* local (Procuraduría Social), y una asamblea popular (la Asamblea de Representantes), darle el reconocimiento a esta Procuraduría y a la Asamblea la posibilidad de regularla y hasta de prohijarla.

Estas considero, son las observaciones más importantes que se pueden hacer en cuanto a la reforma que le da rango constitucional al *Ombudsman* mexicano. Ahora abría que sopesarlas a la luz del proceso de modernización política que debe emprenderse en el país.

Conclusiones

La creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en nuestro país, significó la incorporación de un sistema de control de la administración pública y de protección de los derechos humanos, que tiene raíces en el derecho sueco y que es el *Ombudsman*. Sus ventajas son la sencillez en su acceso, la expeditéz en su procedimiento, su capacidad de proposición legislativa y su independencia. Su desventaja estriba, en el carácter no vinculatorio de sus recomendaciones, mas esta situación la compensa con el respaldo parlamentario, la publicidad y su autoridad moral.

La incorporación de esta figura a nuestro derecho, fortalece la

protección de los derechos humanos en nuestro país, complementando el control jurisdiccional federal (amparo) y autónomo (tribunales administrativos), que ya existen en el país. Sin embargo es necesario precisar su naturaleza y alcance y señalar con claridad y congruencia cómo se inserta este control “gestorial” en nuestro sistema jurídico, sobre todo para que no se convierta en un elemento de confusión o en una trampa para los particulares que acudan a esta protección.

Su consagración constitucional, le da a la Comisión de Derechos Humanos una nueva dimensión que debe ser destacada y concretada a través del proceso legislativo. Su fortalecimiento institucional, bajo la cobertura del poder legislativo y su precisión funcional, que permite a los particulares acudir a estas comisiones sin menoscabo de sus defensas jurisdiccionales, son aspectos fundamentales a considerar en su regulación.

La creación de un *Ombudsman* nacional, y el mandato de establecer organismos semejantes en los estados, fortalece la racionalidad pública, así como al Estado de derecho democrático, pues por una parte se le da transparencia a la actuación administrativa, fortaleciendo la legalidad y por otra parte se genera una entidad transparente y participativa que fortalece la capacidad de la sociedad civil para precaverse de la arbitrariedad o la injusticia administrativa.

Legitimidad y legalidad son los rieles conductores de un Estado *sub lege*, su justificación no es sólo el uso efectivo del poder sino el ejercicio normado y racional del mismo, única forma de convivencia justa y armónica de un Estado moderno con la sociedad civil. El Estado no se creó para avasallar u obstaculizar las legítimas aspiraciones del individuo, el Estado se generó para garantizar la libertad y el desarrollo individual. Por ello la legitimidad y la legalidad son las condiciones de la interlocución entre un Estado de derecho y la sociedad. Derechos humanos y democracia son los presupuestos de un Estado justificado en el uso de su poder, pues son las claves de su existencia y su permanencia.