

Los derechos humanos en el México de fin de siglo

Reseña de la reciente y magra reforma del artículo 102 B de la Constitución

Francisco Javier Acuña Llamas*

PREÁMBULO

CUANDO redacto estas líneas se viven en México los intensos efectos de un largo episodio preelectoral que culminará en julio del año 2000 una vez transcurridas las elecciones constitucionales para la renovación de los poderes públicos de la federación. Las fuerzas políticas desde ahora han entrado en la licitación de sus ofertas de cara al sufragio ciudadano, en cada urna, la suma del voto individual determinará a qué opción política la comunidad elige para que haga gobierno y en consecuencia a qué clase política escoge para que le haga oposición a ese gobierno.¹ En las democracias estables el asunto es una cuestión que se desarrolla dentro de los parámetros de la normalidad, entre nosotros, el evento comicial del año 2000 será una experiencia inédita en tanto se pondrá a prueba la eficacia del elenco institucional creado para certificar el proceso electoral y además asegurar las garantías que reclama el ejercicio colectivo de los derechos subjetivos cívico-políticos de un populoso país como el nues-

tro, en el que podrán sufragar varias decenas de millones de personas.

Si bien la presente reflexión jurídico-política versa sobre la evolución del Ombudsman mexicano previsto en la Carta Política en el apartado B del numeral 102, encuentra conexión con el candente tema de los derechos humanos de corte cívico-político y los mecanismos previstos para su tutela por al menos dos razones:

La que obliga aludir en cualquier estudio sobre la *cosa pública* el contexto político que impera en el momento de una modificación a la Constitución. Con mayor sentido cuando dicha modificación se supone *prima facie* orientada a fortalecer a la Comisión Nacional de Derechos Humanos; dentro de esta misma percepción, la referencia al agitado contexto político sirve para tratar de entender el papel de las fuerzas políticas que representadas en el Congreso de la Unión (instaurado en Constituyente Revisor de 1999) hicieron posible la reforma de comento y así registrar la evidencia de sus consideraciones y posturas para resolver la crisis de respeto a los Dere-

*Doctor en Ciencias Políticas y Sociología por la Universidad Complutense de Madrid y Profesor e Investigador de la Universidad Anáhuac del Sur.

chos Humanos que ocurre en México (dato incontrovertible).²

La otra razón, es la intención de dar crédito a la pretensión de algunos círculos sociales de que dichos derechos subjetivos públicos (de corte cívico-político) debieran ser tutelados por el organismo nacional protector de los derechos humanos, cuestión zanjada desde 1992 en la misma letra de la Constitución, al sentenciar que el organismo público para la protección y defensa de los derechos humanos *no será competente en tratándose de asuntos electorales* (artículo 102 B).

En consecuencia, la interpretación extensiva que se ha dado a los “asuntos electorales” es del todo interesante, dentro de los que se ha decidido incluir voluntariamente a cualquier conducta de autoridad y/o actividad de particulares dentro de la preparación, organización e instrumentación de los eventos comiciales y de los actos y actitudes considerados coloquialmente como poselectorales: tanto de protesta, repudio o euforia desordenada a los resultados de tales comicios, como de trámite de las respectivas inconformidades previstas por la legislación aplicable, hasta el asenso efectivo de los triunfadores al mandato popular conferido en las urnas. En medio de tales experiencias pueden ocurrir toda suerte de conductas públicas intimidatorias como afectatorias a la dignidad de las personas.

A nadie con un mínimo de sentido común podría ocurrirle que el Ombudsman en estos casos pudiera conocer de actos de autoridad electoral previstos en la legislación respectiva (sancionables por ésta) que afectaran el desarrollo legal de la competencia electoral y sus resultados. Esas violaciones a la elección en sí, las habrán de combatir las fuerzas políticas contendientes, que para ello

gozan –o deben gozar– de condiciones equitativas para la contienda y de los medios idóneos previstos en un marco jurídico funcional.

Cuestión distinta es impedir que la CNDH o las comisiones de derechos humanos locales, atiendan –según sea el caso– las legítimas reclamaciones ciudadanas ante actos de autoridad (ordinaria) que pusieran en riesgo o conculcaren el conjunto de libertades públicas que acompañan al libre ejercicio del sufragio. No es saludable confundir las violaciones a la elección, con las violaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de los habitantes, potencialmente votantes. Esto nos llevaría a desconocer que dentro de los derechos subjetivos públicos también se encuentran los de carácter cívico-político, los que sin dejar de ser individual su ejercicio entrañan de una serie de condiciones propicias para su materialización, es decir, una exigencia a la autoridad (en sentido genérico) de abstenerse a obstaculizar o impedir su concreción.

Ejemplo: La interrupción de la libertad de tránsito del señor x por una autoridad pública ordinaria decidida a evitar el flujo de votantes hacia determinada casilla o por otra que pretextando faltas administrativas de cualquier orden (a la vialidad...) recoge las credenciales de elector en la víspera de los comicios, o por otra que solapa que alguna empresa haga lo propio con sus empleados o clientes; o por otra autoridad que sin ningún fundamento ordena la detención de alguna o algunas personas (para impedir que emitan su voto); o por otra autoridad que bloquea o hace bloquear el camino a una casilla de esas localizada en un sitio inaccesible; o por otra que monta un retén para fines similares; o por otra que intimida a sus colabo-

radores o vecinos sobre el sentido de su voto, etcétera.

En anteriores estudios hemos hecho referencia al sentido restrictivo de las competencias del Ombudsman federal mexicano y de lo inconsistente que son algunas de esas restricciones fijadas a la CNDH más como limitaciones (arbitrarias) que como límites naturales a su misión y labor de auténtico Ombudsman. En el caso de los asuntos “electorales” ha prevalecido la tesis de que la CNDH se *politicizaría* si interviniera en *esos asuntos*, la solución: entregar en exclusivo al Instituto Federal Electoral y/o al Tribunal Federal Electoral la resolución de esos conflictos incluidos dentro del cajón de sastre de *asuntos electorales*.

Solución que ha sido entendible, mas no rigurosamente justificable. Esa argumentación no es enteramente feliz al propósito de brindar una cabal explicación jurídico-política al problema; simplemente ha sido una excusa simplista detrás de las serias vicisitudes que entre nosotros ha costado edificar un sistema de instituciones y procedimientos electorales presumiblemente confiable a su finalidad central. Y esa solución, es solamente entendible en la lógica del Constituyente Revisor de 1992 que consideró atentatorio el reconocer a la CNDH competencia en tales supuestos para evitar que entrara en colisión con las recientes instituciones electorales.

No se puede ignorar que hasta 1996 el Tribunal Federal Electoral era regulado por el Código Federal de Procesos Electorales como una institución autónoma pasando desde entonces a ser –como debió haber sido desde un principio– parte del Poder Judicial de la Federación, la tesis que mantuvo fuera del Poder Judicial al Tribunal Federal Electoral, la misma, *para evitar que se politicizara*.

Y en esa línea del absurdo debe recordarse también la que durante un tiempo prevaleció la imposibilidad para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pudiera conocer y resolver la inconstitucionalidad de las leyes de materia electoral, para evitar su politización.

Huyendo resueltamente del uso perverso del concepto de lo político, tan explotado entre nosotros, basta recordar que cualquier asunto relativo a la Polis es *lato sensu* politizable, el Ombudsman es por consecuencia una institución perteneciente al Estado, por tanto política. El estatus del Ombudsman donde existe en realidad es el de esos órganos auxiliares de la Constitución que realizan la actividad técnica del Estado, precisamente para servir de mecanismos de corrección de las decisiones estatales o dicho de otra manera, de los efectos de algunos actos de los órganos troncales del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) quienes realizan la actividad política *strictu sensu* del mismo.³

La labor del Ombudsman es eminentemente técnica, la que corresponde a un órgano del Estado técnico-jurídico de control a los actos de autoridad violatorios a los derechos subjetivos públicos, cosa distinta es el sentido partidista de su trabajo, que debe siempre estar ajeno a obedecer al interés de partido político alguno.

La actuación de una institución pública de tutela de los derechos humanos como lo es el Ombudsman, al conocer de determinadas conductas públicas lo hace en principio como un mecanismo recondutor del acto de autoridad indebido que ha colocado al particular en una situación vulnerable frente al Estado, su misión es lograr que la autoridad responsable, cese los efectos de su acto vulnerador y en lo posible (conforme a Derecho)

37

restituya al individuo del goce y ejercicio de los derechos y libertades interrumpidas.

Como se aprecia, la urgencia con la que normalmente debe actuar el Ombudsman lo hace por definición un mecanismo ágil, que interviene sin prerequisites de formalidad alguna y que actúa sin la sujeción a procedimiento rígido alguno, para precisamente ir a constatar situaciones de abuso de autoridad que se pueden frenar y desactivar antes de que sea demasiado tarde y así, tras la oportuna intervención de rescate y salvamento, iniciar una labor más delicada y difícil a la postre, pero viable: reconciliar al ciudadano con el Estado, contribuir a que no pierda para siempre la fe en la forma de convivencia humana llamada Estado a pesar de las contradicciones y limitaciones perjudiciales de sus agentes.

38

ANTECEDENTES DE LA REFORMA AL NUMERAL 102 “B”

Es obligado referir que en 1992, la voluntad presidencial que había hecho surgir por decreto en 1990 la improvisada figura de la Comisión Nacional de Derechos Humanos como una instancia desconcentrada de la Secretaría de Gobernación, quiso “culminar su obra” mediante lo que tras el ejercicio respectivo se proclamara como la *constitucionalización* de la CNDH.

A pesar del nimio debate de fondo por parte de los legisladores federales durante los correspondientes trabajos del Constituyente Revisor (1992) para tal propósito, cabe resaltar que, en buena parte, la responsabilidad de la desafortunada inscripción en el texto de la Constitución de las características y competencias asignadas a la preexistente

CNDH fueron producidas por los efectos de la objeción del Poder Judicial de la Federación a ese respecto.

Concretamente tal posicionamiento fue vertebrado y expuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyos ministros desplegaron una resistencia soterrada y hasta frontal a la conveniencia de “constitucionalizar” a la CNDH, su poderosa embestida fue atendida por el Presidente de la República y la solución salomónica fue la de turnar al Legislativo Federal un anteproyecto rectificando en el que se atenuaban y distorsionaban las dimensiones jurídico-políticas de un Ombudsman para México.

La objeción judicial: un celo premoderno

La objeción de la judicatura, una vez más, una argumentación espesa de ortodoxia y un testimonio contundente de la incapacidad de sus integrantes para entender la auténtica naturaleza del Ombudsman como un órgano auxiliar de la Constitución para –por la vía extrajurisdiccional– asegurar el efectivo respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas; complementando así la función del amparo, máximo instrumento de la vía jurisdiccional para similar empresa.⁴

La referida objeción judicial, tuvo éxito (infecundo pero lo tuvo) y también confirmó la evidencia de la volubilidad presidencial capaz de impulsar una causa traicionándola en parte al tiempo de intentar satisfacer visiones irreductibles sobre asuntos de Estado como lo era y lo sigue siendo la construcción de un sistema de tutela adecuado para la protección y defensa de los derechos humanos presumiblemente eficaz. No sobra decir que la presión de la Corte motivó la configuración de una redacción en el apartado B de

la Carta Política reflejo de una visión titubeante a las consecuencias de instalar un auténtico Ombudsman en México, en la que los trabajos del Legislativo fueron ceñidos en sus alcances a los resultados de las negociaciones extraparlamentarias (entre el ejecutivo federal y los integrantes del Poder Judicial Federal).

La proclamada constitucionalización, en realidad fue tan sólo la inserción en el texto de la Carta Política (artículo 102 B) de una previsión constitucional referente a la operación de los que fueron concebidos en sentido abstracto como organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos, la referida previsión ordenaba la creación de uno de rango federal –en el que encuadraba la CNDH– y treinta y dos más, uno para cada una de las entidades federadas y uno para el Distrito Federal.

Lo que fue elevado a rango constitucional de un modo genérico y abstracto fue la existencia de estos mecanismos de tutela de los derechos humanos, el señalamiento de sus competencias, *conocer de quejas ciudadanas contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público que lesionara derechos humanos*, siempre y cuando tales actos de autoridad no fueran efectuados por el Poder Judicial de la Federación, y en la misma redacción original del apartado B del artículo 102 constitucional se fijaban además las aludidas restricciones o zonas francas a esa competencia, en tratándose de asuntos de carácter jurisdiccional, de carácter electoral y de carácter laboral. Salvo las de corte jurisdiccional las demás restricciones son sumamente discutibles.

Por tanto de la lectura de aquella redacción original del 102 B se desprendía básica-

mente la vaga naturaleza de tales mecanismos y la competencia del Congreso de la Unión y de las legislaturas de las entidades federativas para *establecer en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones organismos públicos para la protección y defensa de los derechos humanos*. A las que se concedía el plazo de un año para su respectiva instalación.

El mandato del Constituyente Revisor de 1992 se agotaba en la previsión supranormativa de la existencia de tales organismos y las limitaciones a su operación al tiempo que remitía enteramente a las manos del legislador ordinario (el federal y el local) el diseño de los rasgos institucionales de las citadas comisiones y la determinación de su estatus como oficinas públicas. En ese mismo año y unos meses después era aprobada la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en la que eran definidas tales cuestiones.

De las manos del Legislativo otra vez a las del Ejecutivo

No obstante que la aludida redacción del texto constitucional (102 B) daba la pauta para crear los organismos de protección y defensa de los derechos humanos, conviene recordar la tesis que prevaleció para tales efectos, había una doble posibilidad, una interpretación extensiva y una restrictiva del significado del término *establecerán* utilizada para por el Constituyente revisor para habilitar al legislador ordinario, federal y local a fin de instalar en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones a los multicitados organismos.

La interpretación extensiva a esa competencia consistía en la creación mediante ley orgánica del organismo y la posibilidad de haber construido una relación estrecha para los efectos del nombramiento por elección (no designación) del titular, para los

efectos de la rendición de cuentas del trabajo del organismo (ceremonia del informe anual y/o especial) y un mecanismo directo para la asignación de los recursos para efectuar su labor, lo que hubiera sentado las bases de una estrecha y vigorosa relación entre el Ombudsman y el poder legislativo, una relación bien delimitada sin menoscabo a la independencia orgánico funcional y de criterio el la CNDH y similares con el legislativo, *recordando la advertencia que sobre el particular explica, la vinculación del Ombudsman con el legislativo, es para afianzar la desvinculación que forzosamente debe haber entre aquél y el ejecutivo, principal responsable de la administración a su vigilancia.* Naturalmente eso implicaba haber roto la inercial tradición presidencial de someter a la CNDH al ritual de las creaciones de entidades públicas –mediante ley– para ir a incardinarlas dentro de la inmensa zona del Ejecutivo bajo la recurrente fórmula de *organismos descentralizados de la administración pública.*

La interpretación restrictiva, la que resultó aplicada, confirmó la tendencia de parte del legislativo de conformarse con elaborar el estatuto normativo LCNDH y ahí mismo determinar que la nueva creación institucional estaría sujeta al diseño institucional de un organismo descentralizado de la administración pública que preside el Ejecutivo Federal, en el febril federalismo mexicano, esto se interpretó como un cajón de sastre imitado sacramentalmente por el legislador local.

Y no sólo eso, sino que además se dispuso en la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos que el nombramiento del titular del organismo sería competencia del Presidente de la República, con la simple ratificación del Senado y/o de la Comisión Permanente; asimismo, se sujetaba a la CNDH a

la asignación presupuestal que el mismo ejecutivo federal decidiera para ella dentro del anteproyecto de presupuesto de egresos turnado a la Cámara de Diputados, y resultado de una tradición, solución *ex lege* desde 1992 hasta la fecha la rendición del informe anual de la CNDH se ha venido rindiendo en la residencia oficial del titular del ejecutivo federal, con la presencia testimonial de un representante de cada Cámara del legislativo y del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así quedaba planteado el Ombudsman mexicano en el régimen de una situación de enorme sujeción al Poder Ejecutivo Federal.

EL PROPÓSITO DE LA RECIENTE REFORMA AL 102 B

Sería un despropósito no hilvanar con lo anteriormente expuesto el reclamo de quienes esperábamos de la reforma recién acaecida un resultado manifiestamente superior en los alcances obtenidos, ciertamente era un reto, un auténtico desafío, la redimensión jurídico-política del Ombudsman en México como un verdadero órgano del Estado en su conjunto. Si bien debidamente conectado con el Legislativo para ciertos procesos de la legitimación de su labor, en abono a la condición de ser un termómetro veraz de los niveles de legalidad con que se conduce la autoridad pública en impacto a la población y naturalmente desconectado del Ejecutivo cuya administración pública a su mando tendrá que supervisar a efecto de detectar las conductas públicas excesivas en demérito ciudadano para que sean rectificadas, es decir, actuando como un verdadero mecanismo de control externo de la Administración Pública.

Si la entidad Ombudsman ahí donde ha sido instalada no goza de un estatus orgánico adecuado, de un campo competencial definido y no voluntariosamente acotado y de las condiciones idóneas para el ejercicio de su magistratura de opinión a favor del principio de legalidad sobre el de oportunidad (favorito de los regímenes autoritarios) entonces su operación será condenada al vacío paralizante o al vilipendio sistemático de las fuerzas inerciales antagónicas a los procedimientos de escrutinio y fiscalización externa de la administración, de ser así su labor se verá aprisionada y hasta impedida por la prevalencia de las manifestaciones fácticas antidemocráticas.

El Ombudsman sólo puede florecer en el entorno de la democracia convencional moderna y dentro del armazón del Estado democrático moderno en el que viene a servir de técnica garantista de uno de los postulados de la democracia constitucional: el efectivo respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La CNDH, en la segunda fase de su regulación jurídico-constitucional 1999

No es válido desconocer que a pesar de los contados aspectos omitidos por el Constituyente revisor de 1999 al respecto, al momento de decidir una vez más ir al recurrente procedimiento de revisión del texto de la Carta política de 1917⁵ ha logrado avances en el planteamiento de una institución todavía joven entre nosotros y polémica. El tiempo será el mejor censor de una oportunidad rectificadora que para ser consecuentes con nuestra óptica se vuelve a quedar a mitad de camino.⁶

La reforma inicia sus efectos rectificatorios en la supresión de una desafortunada expresión influjo del iuspositivismo dominan-

te en la técnica legislativa de 1992, cuando decía, *...establecerán, organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano*. Para quedar que *ampara el orden jurídico mexicano*. Se reconoce la feliz intervención a este propósito.

El primer efecto positivo es la modificación del estatus del órgano Ombudsman de rango federal (la CNDH) que a consecuencia de la reforma de 1999 ha dejado de ser un órgano constitucional mediato (previsto en sentido abstracto en el texto de la norma superior) para convertirse en un órgano inmediato de la Constitución, en un órgano constitucional autónomo, al igual que lo es el Instituto Federal Electoral y el Banco de México. Por lo que se colige que el Estado mexicano adquiere un órgano más de esos que según la doctrina alcanza la relevancia constitucional acompañada de una misión específica sin para ello estar incardinado en la órbita de cualquiera de los órganos troncales del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial).

Empero, si bien se dispone que la CNDH será un órgano constitucional autónomo, también se determina que en lo sucesivo su mayor relación institucional la tendrá con el Senado de la República, no con el Congreso de la Unión, en su configuración bicameral como hubiera sido lo aconsejable, sino básicamente con la Cámara Alta aunque sí con los poderes de la unión en su conjunto para los efectos del informe anual.

Dicha relación con el Senado, será para los efectos del nombramiento de su titular mediante una *votación calificada (las dos terceras partes de los senadores presentes el día de la elección)* o "mayoría reforzada" lo cual es consecuente con la exigencia de evitar a toda costa que el titular del Ombudsman sea quien resulte favorecido por la simple ma-

yoría de sus miembros lo que conlleva a la cómoda elección del titular del Ombudsman que haya determinado el partido mayoritario alojado en el parlamento, que es el partido al que pertenece la clase política encargada de hacer gobierno; y que en el caso mexicano, dicha Cámara Alta se encuentra actualmente sobrerrepresentada por el partido que hace gobierno a nivel federal.

En cuanto a efectos los de la asignación presupuestal por el órgano legislativo, entendemos que ahora será directamente competencia de la Cámara de Diputados que es quien aprueba tales trámites, aunque, por la ambigüedad de esta relación con el Congreso de la Unión, en la que se privilegia al Senado, se puede activar otra de esas conocidas interpretaciones restrictivas señalando que la CNDH elabore su anteproyecto de presupuesto y lo haga llegar al Legislativo por conducto del Ejecutivo, lo que sería continuar con el procedimiento vigente hasta antes de la reforma, en el que no sólo el ejecutivo federal es quien determinaba realmente la partida sino una vez aprobada por el legislativo dentro del paquete presupuestal global, el ejecutivo procedía a ministrarle los montos como a cualesquiera otra de las dependencias a su mando.

Nuestra interpretación al respecto es que intentando fidelidad al espíritu de la reforma, en cuanto a fortalecer la autonomía de la CNDH, ésta deberá enviar tal anteproyecto directamente a la Cámara de Diputados e incluso acudiendo su titular a explicar a los congresistas la justificación de sus pretensiones de presupuesto lo que reforzaría su autonomía de gestión al tiempo de acentuar su responsabilidad ante esa soberanía (legislativo) de hacer un uso adecuado y riguroso de tales recursos.

En cuanto a la rendición del informe anual, nos preocupa la lectura del mandato en el que se determina que tal acto deberá ser *presentado ante los Poderes de la Unión*, ante la posibilidad de que perdure la tradición de la ceremonia que desde 1990 se viene dando ante el Presidente de la República, en su residencia oficial. Entendemos que tal presentación puede revestir la forma del envío de un documento escrito, e incluso podría ser objeto de una ceremonia de entrega con un formato adecuado a la consideración de los tres poderes de la Unión y en otro recinto, independientemente no podrá evitarse que la centralidad del acto de rendición de cuentas o informe anual se efectúe ante el pleno del órgano legislativo que le confiriera el encargo, en una ceremonia de auténtico debate de fondo. Lo que no deberá desvanecerse en el conjunto de reformas que ameritará en breve la Ley de la CNDH vigente, será en cuanto a determinar como obligatoria la celebración de una rendición de informe en los términos apuntados.

En el tercer párrafo del nuevo texto del apartado B del 102 dice:

...El organismo que establezca el Congreso de la Unión, se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos: contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propio...

Con la determinación de la autonomía de gestión y presupuestaria se complementa el aludido aspecto del estatus del órgano. Sin embargo, se incorpora al texto la controvertida leyenda de la personalidad jurídica y patrimonio propio, a todas luces innecesarias en la definición constitucional de una entidad pública con relevancia constitucional *per se*

(la personalidad jurídica se la concede implícita y explícitamente la Constitución al referirla por su nombre y al asignarle una misión concreta en la que se infiere qué papel tendrá respecto de las autoridades públicas y respecto de la ciudadanía.

El *patrimonio propio* viene a ser un dislate en tratándose de órganos del Estado, en tanto los bienes que utiliza cualquier institución estatal para la satisfacción de su actividad son en sí mismos parte de un bien colectivo público.

Cuestión distinta es que como parte de su autonomía de gestión y presupuestaria vaya ésta (la institución pública) incorporando bienes muebles e inmuebles necesarios para la justificación de su actividad, mediante un procedimiento que admita el escrutinio correspondiente, de otro modo se estaría generando un peligroso campo proclive a la simulación de bienes públicos. En cualquier caso, la verificación del estado de esos bienes corresponderá en lo sucesivo al Legislativo al momento de recibir la solicitud de asignación presupuestal que le turne la CNDH. La leyenda de *personalidad jurídica y patrimonio propio* es una de las características con las que han sido homogeneizados la constelación de organismos descentralizados de la administración pública.

Es el momento de advertir que la técnica legislativa empleada en la nueva redacción de nuestro análisis, no está exenta de problemas de diversa índole, por ejemplo, la extensión del nuevo apartado B del 102 es considerablemente mayor y con ello nos remite a la tendencia de ir paso a paso haciendo de la Carta Magna en parte, algo así como una norma reglamentaria de sus propias disposiciones, al contenerse en su articulado una serie de precisiones no fundamentales y que

sin lugar a dudas deberían ser parte de un desarrollo infraconstitucional.

Resulta sorprendente que cuestiones no definitorias del mandato constitucional contenido en una disposición, como su explicación y ampliación e incluso la detallada enunciación de algunos de sus procedimientos sea parte de la misma y no de las leyes reglamentarias correspondientes.

La perdurabilidad del Consejo

Consultivo de la CNDH

Otro de los datos que se añaden al nuevo texto de comento es el relativo a la figura del Consejo Consultivo de la CNDH, que anteriormente sólo era contemplado por la Ley de la Comisión. Como lo hemos venido sosteniendo en repetidas ocasiones, durante la reforma de análisis se presentaba la ocasión de calibrar debidamente la perdurabilidad del Consejo de la CNDH. Ante todo debe aclararse que el Consejo es uno de los todavía importantes datos atípicos del Ombudsman en México, ningún otro Ombudsman seriamente conocido en el mundo cuenta con un consejo así como lo conocemos entre nosotros.

Cuando en 1990 naciera la CNDH con las ya conocidas características pudo justificarse la invención del Consejo de diez notables (también nombrados por el ejecutivo federal) que se decía vendrían a servir de escudo protector a la institución ante el peligro de cualquier intromisión de parte de los poderes públicos. En realidad la figura del consejo vino a ser como una suerte de medida compensatoria para aproximar a la CNDH con la sociedad ante la imposibilidad (jurídica y fáctica) de sostener con el Legislativo una relación suficiente. En donde existe el Ombudsman en realidad su aproximación a la sociedad se da de dos maneras: una mediante la accesi-

bilidad que cualquier persona tiene a su servicio y la otra a través de la vigorosa relación con la asamblea parlamentaria para los diversos efectos arriba comentados, fuentes permanentes de la legitimación de su labor.

Otro de los datos extraños de las facultades atribuidas a estos consejos de notables (honoríficos) dentro de las instituciones públicas es la que se les confiere de emitir su reglamento interno, como entonces la CNDH era un organismo descentralizado de la Administración Pública, se presentaba discutible que acudiendo a tal tendencia, el titular del Ejecutivo Federal único depositario de la facultad reglamentaria que le reconoce el artículo 89 de la Constitución, hubiera delegado en tales consejos dicha competencia. Por tal razón en algún momento hemos considerado a la figura del Consejo de la CNDH como una solución de época.

44

El discurso oficial se empeñó en justificar las bondades del Consejo y ciertamente, durante los primeros años de vida de la institución, las deliberaciones del consejo reportaron alguna utilidad, luego, fue perdiéndose esa sensación, más tarde en el consejo se han alojado integrantes que por su notoria pertenencia (e incluso cargo directivo) en cualquiera de las fuerzas políticas han sembrado un nuevo riesgo a la de suyo siempre frágil condición del Ombudsman mexicano en cuanto a su naturaleza de órgano técnico jurídico de control. A la fecha sería saludable que la CNDH hiciera pública la bitácora de los nombres de quienes actualmente fungen como consejeros, pues se sabe que más de dos ya deberían haber sido sustituidos y que otro de ellos es a la vez integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo que se presenta una clara incompatibilidad para asumir ambas categorías. En cualquier caso

tendremos que esperar a la necesaria reforma a la LCNDH para conocer cómo se contemplará en ella los mecanismos para su sustitución y en su caso para proceder a la inhabilitación de quienes pudieran encuadrar en situaciones de incompatibilidad.

La perdurabilidad de lo que denominamos la tribunalización del Ombudsman mexicano

En esta rápida enumeración de aspectos intocados por la reforma al 102 B, se encuentra el referente a los mecanismos previstos desde 1992, entonces contemplados en la Ley de la Comisión y ahora a consecuencia de la reforma ya insertados en el mismo texto de la Ley superior, me refiero a los que he considerado técnicamente como el sistema de artilugios que establecen una clara subordinación de las comisiones de derechos humanos del plano local respecto a la CNDH.

En el lenguaje del federalismo ahí donde existe, no hay ningún problema al reconocer que la entidad de corte nacional es competente en el ámbito de la jurisdicción omnicompreensiva del Estado, la entidad federal es la CNDH y hasta ahí no existe conflicto, la competencia para el conocimiento de los casos se surte bajo el principio de *quien puede lo más puede lo menos* y por eso la CNDH conocerá de aquellas quejas sobre actos de autoridad en la que hubieran participado, exclusivamente agentes federales; o cuando hubiera concurso de autoridad y local; también desde esta perspectiva es lógica la existencia de la facultad de atracción que puede ejercitar la CNDH respecto de un asunto que investiga la comisión local cuando las circunstancias del caso han generado un gran revuelo nacional.

En México y para paliar los efectos de la creación instantánea de los treinta y tres co-

misiones de derechos humanos locales, en cuanto se sabía que en la mayoría de las entidades federativas no existían las condiciones mínimas para el funcionamiento serio e imparcial de las comisiones locales, que han estado como era entendible sumamente vinculadas cuando no sometidas al designio del ejecutivo estadual. Como lo hemos venido sosteniendo, debió discutirse ampliamente la decisión de inventar artificialmente un pomposo sistema federalizado del Ombudsman.

Ante las condiciones de una ciudadanía que prácticamente desconocía –como sigue ocurriendo– el significado esencial de sus derechos y libertades fundamentales y ante las características de un régimen autoritario que en el plano de las entidades federadas conserva en peor medida nichos de autoritarismo clásicos en el papel del Gobernador y su juego en la dilucidación de los conflictos locales, en el cultivo de clientelismos acrílicos y en el efectivo sentido del temor jerárquico por quienes intentan una discusión del acto de autoridad era un despropósito el haber acelerado el ritmo de nuestra experiencia en la introducción de esta clase de mecanismos como el Ombudsman de potablización de la vida pública en general, más en aquellas regiones en las que prevalecen tradiciones públicas viciadas de raíz e incompatibles con el ejercicio del escrutinio externo.

Como se sabía que las recomendaciones de algunas comisiones locales serían fuente de inconformidad sistemática por parte de la ciudadanía, es decir, de duda permanente en su trabajo de Ombudsman, se decidió acudir a la extraña solución de la “tribunalización” de la CNDH, al convertirla en juez de alzada de las resoluciones de las comisiones locales. Artilugio que hemos llamado un freno de reconducción al trabajo de las comisiones locales.

No podemos soslayar que se quebranta y seriamente el espíritu del Ombudsman en la posibilidad de que sus resoluciones sean recurribles, atacadas mediante recurso ante cualquier instancia. Y esto porque las resoluciones de un Ombudsman son declarativas, no constitutivas de derechos: no conceden, no interrumpen y menos cancelan derechos. Sólo señalan de modo una conducta pública ha lesionado derechos subjetivos públicos y de qué manera conforme a Derecho puede rectificarse tal conducta pública lesiva, y en lo posible restaurar el daño causado, es decir reparar los efectos del agravio causado al ciudadano.

Para llegar a esa determinación la investigación seguida por el Ombudsman pudo haber arrojado además otra clase de datos, por ejemplo: que se confirmara la responsabilidad de algún servidor público (ya sea el responsable de la afectación al ciudadano reclamante u otro interesado en bloquear la investigación del Ombudsman) de las que puede derivar su sanción, pero en tales casos la misión del Ombudsman es tan sólo denunciar tal situación, e insistir en el seguimiento de su denuncia, no la ejecuta él; pero la fortalece la publicidad que puede darse a tal situación anómala, en un contexto de verdadero Estado de Derecho, un acto de autoridad que ha conculcado derechos subjetivos públicos –ha de ser de inmediato corregido– porque pone en riesgo la vigencia del ordenamiento jurídico entero. Por eso se llaman derechos subjetivos públicos, porque su violación atentatoria no son sólo a los directamente afectados sino a la comunidad estatal completa.

Por esa razón se insiste en que para que las resoluciones que emite un Ombudsman sean acatadas por los funcionarios que las re-

ciben es porque opera la fuerza de la *magistratura de opinión* que debe siempre poseer el titular de la institución Ombudsman, en parte por su solvencia personal, una trayectoria de actitud independiente y normalmente de pericia en el conocimiento y ejercicio de las ciencias jurídicas, la otra parte de ese capital de credibilidad pública traducible en persuasión efectiva, recae en la neutralidad técnica de su oficio, la que se demuestra en la fundamentación jurídica de sus recomendaciones, descartándose que tales recomendaciones estén basadas en meras especulaciones o en la ocurrencia interesada del órgano que las emite.

Y el componente añadido a la veracidad que implica la actuación de un Ombudsman es a la vez la certidumbre de que su actuación ha sido desde el inicio de su mandato, rectilínea, siempre apegada a Derecho y ajena al servicio de los intereses de partido. Si en México las resoluciones del Ombudsman se incumplen o desacatan de plano es porque no hemos sido capaces de armonizar su misión con los fines del Estado democrático de Derecho que formalmente presumimos y porque la elección del titular del mismo ha estado teñida de cierto interés gubernativo más que de la convicción pública de ser aquél la persona idónea en el momento idóneo.

Pero en ningún caso, dentro del acervo Ombudsman contemporáneo, existe la extraña figura de la recurribilidad de las resoluciones de un Ombudsman ante ninguna otra instancia, precisamente porque se trata de actos declarativos no constitutivos y porque de la experiencia de su recurribilidad sólo se obtiene la dilación de la resolución del caso pues finalmente –tras la intervención de la instancia que revisa la recomendación impugnada– habrá de venir otra recomenda-

ción similar en los efectos (declarativos) de la original. Sin olvidar que cada vez que la CNDH conoce en revisión la recomendación de una comisión local, contribuye –sin proponérselo aún– a poner en vilo la credibilidad y la confianza pública de la instancia análoga.

Resulta lamentable, no sólo que persista esta figura de la recurribilidad de las resoluciones de los *ombudsmen* locales ante la CNDH, sino que ahora esa curiosa y distorsiva competencia haya venido a ser contemplada y con amplitud en la misma redacción del texto constitucional retocado, lo que adelanta batallas al porvenir.

LOS EFECTOS DEL TRANSITORIO DE LA REFORMA

Muy brevemente, cabe hacer alusión a las peculiaridades del estatuto de reforma al artículo 102 B, que vino acompañado de un cuerpo de cinco transitorios de los que se desprenden las siguientes disposiciones:

Se advierte un tratamiento diferenciado a los integrantes del Consejo Consultivo de la CNDH u órgano deliberativo, respecto del titular (presidente de la institución) en cuanto a los primeros les garantiza la continuidad en su encargo para el que fueron designados, continuando ese sistema de rotación y sustitución anual de los dos con mayor antigüedad. Sólo que para los próximos integrantes (los que sustituirán a los que ya han terminado su mandato) la elección de los mismos será también por mayoría calificada del Senado de la República o de la Comisión Permanente.

Mientras que el mandato del actual presidente u órgano ejecutivo queda sometido a la prueba de la elección. Con la que puede purgarse el vicio de origen de un mandato

que como ya hemos dicho antes está teñido del interés gubernativo de quien lo efectúa, el Presidente de la República, con la escasa participación del Legislativo al momento de brindar la simple ratificación de tal nombramiento a través de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, en el mes de febrero de 1997.

Podrá argüirse un trato inequitativo en perjuicio del titular de la CNDH,

Lo que nos llevaría a comparar absurdamente la naturaleza del encargo que tienen unos respecto del otro, los consejeros son simplemente eso, consejeros honoríficos, que colaboran en una tarea eventual con la CNDH. El presidente de la CNDH es el portador de la confianza pública que se tiene en él para la delicada misión que se le ha confiado y es un encargo permanente y de tiempo completo, finalmente la responsabilidad más importante de la CNDH como Ombudsman radica exclusivamente en el titular (presidente): la emisión de las recomendaciones y la rendición de los informes anuales y especiales.

Tampoco puede ignorarse que el espíritu de la reforma misma era el fortalecimiento de la autonomía de la institución y la manera de conseguirlo no sólo descansa en afianzar el estatus del órgano y de sus competencias y procedimientos de elegibilidad de los titulares futuros. La crisis de credibilidad nacional e internacional del Ombudsman mexicano demandaba una medida urgente al respecto, que es la que favoreció los acuerdos parlamentarios para la aprobación de la reforma.

Y dentro de esa visión de intervención legislativa concreta cuando hemos visto las dificultades (en el rezago) de los trabajos legislativos de la presente Legislatura, resulta consecuente ligar para tal caso la oportunidad de la reforma con la imaginación de un

mecanismo de renovación del mandato del actual titular (obtenido por designación) convirtiéndolo en uno cuyo origen lo sea el de elección calificada. Precisamente para reconstituir la fuerza pública y la solidez de la institución.

Dentro de sesenta días a partir de la promulgación del decreto de la reforma de comentario, el Senado de la República, tendrá la responsabilidad histórica de efectuar las consultas necesarias para proceder en cualquier caso, a la elección del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Ya sea que de tales consultas sea posible la ratificación del actual titular por elección de la mayoría calificada o bien la presentación de una terna de candidatos para ocupar tal cargo.

A pesar de las limitaciones que para esta decisión de Estado –la actuación del Senado en solitario o peor aún de la Comisión Permanente– como siempre debe asumirse la elección de un Ombudsman, por vez primera en la historia reciente de nuestro país, la decisión la tiene el Poder Legislativo. Es demasiado grave la responsabilidad de los senadores de la República al momento de emitir su voto en cualesquiera de los sentidos que lo decidan, de su determinación nacerá un nuevo tiempo para la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a la vez un paso más para la Reforma Integral del Estado, que permanece inconclusa.

47

NOTAS

¹ La voluntad popular expresada en las urnas conlleva a un doble mandato: el de hacer gobierno a la clase política beneficiaria de tal representación y el hacer cabal oposición a ese gobierno a los receptores del voto insuficiente para hacer gobierno.

² Conviene la consulta de los dictámenes que en los últimos meses se han venido emitiendo al respecto, entre otros, Amnistía Internacional: "Tortura y malos tratos en México: motivos de preocupación de Amnistía Internacional". 30 de abril 1997. Londres, Inglaterra; Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez": "La violación al derecho a la vida en México. Una mirada a través de las recomendaciones de la CNDH". México, julio de 1999, 41 pp.; el reporte de Human Rights Watch "Systemic Injustice, Torture, Disappearance and Extrajudicial Execution in Mexico", EUA, enero de 1999.

³ Sobre la naturaleza jurídico-política de los órganos estatales superiores, véase en extenso la obra de Francisco Javier García Roca, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1978; Jaime Cárdenas Gracia, *Una Constitución para la democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1996.

⁴ Sobre la objeción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al reconocimiento constitucional de la CNDH, es obligada la consulta de José de Jesús Guidño Pelayo, *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal*, Noriega Editores, México, 1998, quien da fiel seguimiento al polémico ensayo de Juventino Castro V., "El Ombudsman escandinavo y el sistema constitucional mexicano", en *Ensayos constitucionales*, Manuel Porrúa, S.A., México, 1977, "addenda" especialmente

crítica a la razón de ser de la CNDH, publicada en agosto de 1995.

En sentido opuesto a esta tendencia de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase de Miguel Sarre, "El Estado contra sí mismo, ¿una visión auto-poyética?", en *Bien Común y Gobierno*, núm. 57, agosto de 1999, pp. 106-110; Francisco Javier Acuña Llamas, *La CNDH, una institución a medio camino. Propuestas para su urgente transformación*, Grupo Mandala Editores-Universidad Anáhuac del Sur, México, 1999.

⁵ Sobre el ejercicio irresponsable y asistemático de revisión constitucional en México, conviene la lectura en extenso del excelente trabajo de investigación doctoral de Salvador O. Nava Gomar intitulado "La interpretación constitucional en México", pendiente de publicación.

⁶ El objetivo de la presentación en marzo del presente año en el auditorio norte de las instalaciones del Congreso de la Unión de la obra de mi autoría *La CNDH, una institución a medio camino...*, *op. cit.*, obedecía a la intención de influir los trabajos del Constituyente Revisor de 1999 sobre el particular, a eso se debe agradecer la amable acogida que para tales efectos brindaron el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados y la asistencia a tal evento de un representante de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores, la presentación a cargo de tres juristas de enorme prestigio: el doctor José Fernández Santillán; el doctor Diego Valadés y el doctor Jaime Cárdenas Gracia.