

¿EXISTE UN SOLO OMBUDSMAN NACIONAL?

Rafael ESTRADA MICHEL

El presente opúsculo, más allá del aparentemente sensacionalista título que lleva, podría perfectamente titularse: *¿Mutó el artículo 97 constitucional?* si estuviésemos dispuestos a trascender la tiranía metódica a que nos ha conducido el voluntarismo de Estado imperante en la letra y en la mentalidad *legal* que nos incuba. Una disposición trascendente que requiere, ante todo, reconocer los vasos que comunican al derecho expresado en leyes (incluso constitucionales) con las fértiles márgenes de la ciencia política, la historia jurídica, la sociología, la filosofía y aun el mero sentido común, y que no es otra que la disposición de que hacía gala Georg Jellinek cuando, tras pronunciar su célebre conferencia ante la Academia Jurídica de Viena en marzo de 1906, se quejaba de sus compatriotas, los constitucionalistas alemanes, afirmando que “en la actualidad ningún gran pueblo culto muestra tan escaso interés sobre las cuestiones políticas como el nuestro”.¹

Y es que la teoría de la mutación constitucional trae aparejado el cuestionamiento de un dogma tan sagrado para el formalismo jerarquizante de las fuentes jurídicas como es el que sostiene que la obra del Poder Constituyente —a un tiempo Moisés devalante de la

¹ JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3. Más adelante (p. 41) nuestro autor afirma: “una ciencia política en cuanto doctrina de los poderes creadores del derecho existe junto, y por encima, del legislador, y es un medio indispensable para la comprensión de los problemas constitucionales... A menudo se advierte cómo el profesor de Derecho constitucional que no puede o no quiere explicar el Estado, deja la política a juicio del poder soberano”.

Ley y *Tetragrámaton* incuestionable—² puede ser modificada por la obra de un poder distinto a sí mismo (esto es, no Constituyente y en ocasiones ni siquiera constitucional), como son las meras prácticas, las revoluciones, la necesidad de Estado y el inexorable paso del tiempo. Se trata de reconocer que la historia, esa losa inhumana que sin embargo de serlo se permite abarcar todo lo humano, pesa y determina. Que *cuenta*, en suma.³

¿Qué pueden tener que ver estas consideraciones, propias de elucubraciones de gabinete, con la cuestión anunciada en el título y que sin más debería llevarnos al cuestionamiento en torno a si contamos en México con más de un defensor de los derechos fundamentales? Vayamos por partes: recientemente se ha producido una ola de opinión que, sustentada en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, busca que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se interese en averiguar un importante número de violaciones a los derechos que nuestra ley fundamental llama “garantías individuales”. Así ha ocurrido, con éxito, en el caso del gobernador de Puebla—involucrado en una polifacética causa que incluye desde protección a probables pederastas hasta violaciones a las libertades de trabajo y expresión, pasando por intervenciones telefónicas y apre-

² El profesor VAN CAENEGEM ha apuntado que, para algunos, ciertos textos jurídicos (entre los que menciona a la Constitución estadounidense de 1787) poseen la categoría de “libros sagrados”, constituyéndose en los equivalentes legales del Corán o la Biblia. VAN CAENEGEM, Raoul C., *I sistema giuridici europei*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 65-74.

³ Sobre las difíciles relaciones que existen entre Historia y Constitución (o mejor, entre historia y poder constituyente), se han pronunciado perspicazmente ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Mínima Trotta, Madrid, 2005, y CARBONELL, Miguel, CRUZ BARNEY, Óscar y PÉREZ PORTILLA, Karla, en el prólogo a su compilación *Constituciones históricas de México*, Porrúa, UNAM, México, 2004. Aquél, el profesor italiano, ha sabido ver que para los revolucionarios de todas las épocas, “lo esencial de la obra constituyente era la sustracción de las relaciones sociales y políticas a las mutables relaciones determinadas por factores históricos espontáneos de transformación. La aspiración a fijar la materia constitucional, para impedir su sumisión a la obra corrosiva del tiempo, era la idea de todos... Siendo así, la historia constitucional está condenada. O porque se pretende incluso eliminar el cambio, o bien porque todo cambio es cambio de la voluntad constituyente”. ZAGREBELSKY, *Historia...*, pp. 33, 34 y 37. Me he referido al espinoso tema de la fijación jurídica en ESTRADA MICHEL, Rafael, “Constitución y Código. Acercamiento a una relación ambivalente”, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano, culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 619-632.

hensiones ilegales— y así parecen pretender algunas organizaciones—entre ellas la empresa Altos Hornos de México— que ocurra en el caso de las violaciones presuntamente cometidas por los gobiernos federal y michoacano en el caso del desalojo de la siderúrgica de Sicartsa en el puerto de Lázaro Cárdenas. No faltarán, a buen seguro, voces que clamen porque la Corte “atraiga” la cuestión de las flagrantes violaciones que una sociedad no siempre bien informada atestiguó en San Salvador Atenco, Estado de México, con ocasión del desalojo de los individuos que poseyeron, durante un par de días, el monopolio en el ejercicio de la violencia en el municipio de Texcoco.

El problema es que ésta que algunos llaman equivocadamente “facultad de atracción” no es propiamente tal. Se trata de una función de *ombudsmanía*, esto es, de vigilancia y recomendación en materia de derechos humanos. En efecto, el artículo 97 constitucional, en su segundo párrafo, establece: “la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún estado, *únicamente* para que *averigüe* algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual...” (las cursivas me pertenecen).

El precepto cuenta con raigambre queretana: ha llegado hasta nosotros desde 1917 pasando por el difícil trance del siglo del exacerbado presidencialismo priista, y ha sobrevivido a varias reformas, incluyendo a la que suprimió, en el mismo párrafo, la facultad de la Suprema Corte para nombrar magistrados de circuito y jueces de distrito supernumerarios “que auxilien las labores de los tribunales o juzgados donde hubiere recargo de negocios, a fin de obtener que la administración de justicia sea pronta y expedita”⁴ y la que separó a la facultad de *ombudsmanía* de la de averiguar “la violación del voto público o algún otro delito castigado por la ley federal”⁵ que hoy en día puede practicar el más alto tribunal federal “sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proce-

⁴ Cfr. CARBONELL *et al.* (comps.), *Constituciones históricas...*, pp. 532-533.

⁵ *Ibidem*, p. 533.

so de elección de alguno de los Poderes de la Unión” para el efecto de hacer llegar los resultados de la investigación “oportunamente a los órganos competentes”. Una *ombudsmania* electoral, pues, sobre la cual en alguna otra ocasión (más propicia y menos ríspida que la actual, marcada por sospechas y triunfalismos equivocados) podríamos preguntarnos también si ha operado o no la mutación constitucional.

Como ya se habrá adivinado, el propósito de estas líneas es inquirir si es que la Constitución de la República ha *mutado* en lo que a la facultad contenida en el segundo párrafo del artículo 97 se refiere. La *mutación constitucional*, noción fértil en significantes y significados donde los haya, es una de las grandes desconocidas del constitucionalismo mexicano. Como ya hemos sugerido, el miedo a enfrentar el hecho de que en ocasiones la realidad —cambiante, compleja y variopinta— supera con creces la letra del texto fundamental ha provocado que, por ejemplo, subsistan quienes aplican (o exigen aplicar) el artículo 33 constitucional en materia de expulsión sumarísima de extranjeros: un precepto a todas luces incompatible con el régimen democrático al que ha tenido acceso la República.

Debemos a Jellinek la sistematización —cuando no la elaboración— de la teoría de la mutación constitucional. La frase del iuspublicista alemán: “las constituciones rígidas... no pueden evitar la formación de nuevos *principios* jurídicos constitucionales de carácter material”⁶ ha permitido razonar a varias generaciones de constitucionalistas que la relación entre hecho y derecho es mucho más profunda que lo que pretende hacernos creer el inflexible esquema del “Poder Constituyente” y su aparentemente exclusiva facultad de reformar la Constitución. Así, para E. W. Böckenforde, “la vinculación del derecho a datos prejurídicos, el problema del *missing link* entre normatividad y facticidad, se da en el caso de la Constitución de forma ineludible. Tiene en ella, y justamente en ella, su posición sistemática”.⁷ Lleva razón: de la solución que demos a la cuestión en materia constitucional depende en buena medida la congruencia del sistema normativo considerado en su integridad, así como la supera-

ción del estricto dualismo neokantiano que postula una estéril separación entre el reino del *ser* y el del *deber ser*.⁸

Para Jellinek, las disposiciones constitucionales pueden transformarse sin que exista una expresa declaración en un sentido tal por parte de quien posea el Poder Constituyente. Los preceptos *mutan* bien en razón de la práctica (parlamentaria, administrativa o jurisdiccional), bien en virtud del reconocimiento de la *necesidad política*, o bien porque así lo determinen la costumbre constitucional (las *conventions* inglesas no son mal ejemplo) o el mero desuso.⁹ Así, mientras la reforma constitucional se produce merced a acciones voluntarias e intencionadas (se trata de lo que los clásicos llamarían un *acto jurídico*), la mutación de la Constitución “deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente” gracias a “hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación”.¹⁰ Las consecuencias jurídicas se producen independientemente de la voluntad de los sujetos agentes: tal es, puntualmente, la definición tradicional del “hecho jurídico”.

Y aquí entramos a terrenos agrestes pues, contra todos los postulados del kelsenianismo constitucional, la teoría de la mutación trae aparejado el reconocimiento de que existen hechos (u omisiones) que provocan el surgimiento de algo que llamamos “derecho”, y un “derecho” no de cualquier calado: se trata de hechos que afectan al derecho normativizado en la más alta de sus jerarquías, la que importa a la norma fundamental. El reconocimiento del que hablamos puede reencender los ánimos de una añeja discusión a mi entender superada (me estoy refiriendo a la ya multiseccular disputa entre el formalismo positivista y las variopintas tendencias que han sido denominadas *iusnaturalistas*) y significarse como vía de retorno a la no menos añejada discusión en torno a los conceptos de Constitución “formal” y “material”, pero no puede caber duda a estas alturas del desarrollo del Estado constitucional y democrático de derecho de que no es necesario incurrir en falacia naturalista para aceptar que la norma fundamental de todo ordenamiento debe mantener en todo tiem-

⁶ JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Oxford University Press, México, 1999, p. 322.

⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 160-161.

⁸ *Ibidem*, p. 182.

⁹ OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *Derecho constitucional consuetudinario*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, pp. 73, 104.

¹⁰ JELLINEK, *Reforma y mutación...*, p. 7.

po una estrecha relación con la realidad política del país al que estructura si es que pretende continuar siendo no sólo fundamental, sino aun mera norma. Ahora bien, es importante puntualizar que la noción de mutación constitucional que aquí habrá de analizarse no incluye a cualquier forma de relación entre la realidad formal de la norma constitucional y la realidad material del país al que pretende constituir, sino que, como ha pretendido Böckenförde en su admirable esfuerzo de sistematización publicado en castellano con el nombre de "Notas sobre el concepto de 'cambio constitucional'", hablaremos "de cambio constitucional cuando se modifica el *contenido* de las normas constitucionales sin que se produzca una transformación del texto constitucional. Cambio constitucional significa entonces una reforma 'tácita' de la Constitución que se produce de forma paralela o en lugar de la reforma de la Constitución que está regulada formalmente en la Carta Magna y se encuentra vinculada a un procedimiento y a mayorías específicas: se produce en tal caso una reforma de la Constitución jurídica que afecta a su contenido normativo material, sin que se produzca una reforma formal".¹¹

Interesa ahora referirnos a las formas que pudo haber revestido la supuesta mutación a la Constitución de Querétaro que pretendemos analizar. Es importante precisar que no estamos afirmando que una reforma constitucional posterior (concretamente las reformas del 28 de enero de 1992 y del 13 de septiembre de 1999 al artículo 102 de la Constitución) haya privado de efectos al segundo párrafo del artículo 97 en virtud de que regula la misma materia (la relativa a las averiguaciones y recomendaciones en tratándose de violaciones a los derechos fundamentales) confiriendo atribuciones a un órgano público que no es la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Afirmar

¹¹ BÖCKENFÖRDE, *Estudios...*, pp. 182-183. Las cursivas son mías. Otros conceptos de cambio o mutación constitucional, que no tienen que ver con un estudio dogmático-normativo propiamente dicho, se refieren a las transformaciones en "la situación constitucional en la que se encuentra una comunidad política", a los cambios en "la realidad ... que resulta de la aplicación o la realización de la correspondiente norma constitucional", y a las modificaciones "del significado de una norma constitucional" llevadas a cabo frecuentemente a través de la interpretación constitucional, situación que al profesor de la Universidad de Friburgo y antiguo magistrado del Bundesverfassungsgericht le interesa especialmente distinguir del concepto propio normativo de "cambio constitucional" al que nos hemos referido.

que cuando se trata de normas de jerarquía fundamental opera el principio de que la ley posterior deroga a la anterior resulta cuando menos discutible (la doctrina de la interpretación constitucional dista de ser pacífica al respecto). No: nos estamos moviendo en tierras propias de la *mutación* (y, por ende, de los hechos o de las omisiones) y no estamos sugiriendo que el órgano revisor de la Constitución haya pretendido en momento alguno privar de facultades en esta materia a la cabeza del Poder Judicial de la Federación. El artículo 102 constitucional, en su apartado B, dispone actualmente lo siguiente:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara 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.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior formularán *recomendaciones públicas 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 se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios...¹²

Si contrastamos las referencias al conocimiento de "quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público" y a la formulación de "recomendaciones públicas no vinculatorias" (artículo 102 B) con la averiguación de "algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual" (artículo 97, segundo párrafo) podría parecer que la Constitución está duplicando inútilmente funciones y violentando el principio de que "las competencias de los órganos supremos del Estado se regulan siempre en forma de poderes exclusivos".¹³ Una impresión falsa puesto que, más allá de que el

¹² Los destacados me pertenecen.

¹³ JELLINEK, *Reforma y mutación...*, p. 37.

artículo 102 excluye de la posibilidad de conocimiento e intervención por parte de las comisiones nacional y estatales de derechos humanos a las probables violaciones relacionadas con las materias jurisdiccionales, laborales y electorales, en las cuales la intervención del alto tribunal estaría plenamente justificada, el artículo 97 incluye la posibilidad de que ciertos órganos del Estado (el Ejecutivo de la Unión, alguna de las Cámaras del Congreso o el gobernador de algún estado) soliciten que la Corte inicie averiguaciones, legitimación que a los ciudadanos comunes les está vedada, a diferencia de lo que ocurre con las comisiones ante las que cualquier persona puede presentar quejas y denuncias en las que, inclusive, prima en toda su amplitud el principio de suplencia de la queja deficiente.¹⁴ Debe tomarse en cuenta, además, que la Suprema Corte puede actuar de oficio en las averiguaciones de violaciones graves a las garantías individuales, mientras que las comisiones de derechos humanos han de aguardar, para intervenir, a que se presente el impulso ciudadano expresado en *quejas*.

Así las cosas, los ámbitos de intervención en la materia parecen correctamente deslindados entre la Suprema Corte de Justicia y las comisiones de los derechos humanos, en particular, en el ámbito federal, la Comisión Nacional. Si, pero posición semejante parece olvidar que el *Ombudsman* nacional podría perfectamente encargarse de la averiguación de hechos que constituyan violaciones graves a los derechos fundamentales sin que para ello tuviera que perturbarse la labor jurisdiccional de la Corte, por lo menos tratándose de hechos que no tengan que ver con lo laboral, lo electoral o lo judicial. Si esto es así, ¿por qué se insiste en solicitar una y otra vez la intervención de la cabeza del Poder Judicial en averiguaciones que se refieren a hechos como los que hemos señalado al principio de este trabajo?

La respuesta tiene que ver, por fin, con el terreno de los hechos (y el reconocimiento social no es, en forma alguna, el de menor significación entre ellos). La confianza en las comisiones de derechos humanos descansa en la *auctoritas* que revisten sus intervenciones (por

¹⁴ "Los *ombudsmen* pueden 'saltar' por encima de faltas de forma o comenzar una investigación si hay 'verdaderas razones' para ello". FAIREN GUILLÉN, Víctor, *El defensor del pueblo —Ombudsman—*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 395.

auctoritas entendemos, con D'Ors, el saber socialmente reconocido).¹⁵ Una confianza consolidada podría motivar, en mi opinión, una mutación constitucional que al día de hoy (y a juzgar por la gran cantidad de voces que exigen una y otra vez que la Suprema Corte participe en todo lo que bajo el sol del país ocurre) no se ha presentado. En el enturbiado ambiente nacional prevalece, bien que dañada, la idea de que los ministros de la Corte poseen una autoridad suficiente para resolver los más variopintos problemas de la nación. Y no parece existir mayor conciencia en torno a la *auctoritas* que deberían gozar las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos en materias que vayan más allá de las actuaciones de los agentes del Ministerio Público o de las policías investigadoras.

Vayamos por partes y cuestionemos mi aseveración en el sentido de que el precepto constitucional no ha mutado aún. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, si ha operado la mutación en razón de la práctica judicial. La respuesta es no. La Suprema Corte de Justicia, único órgano que puede interpretar con fuerza vinculante el sentido que debe dársele a una atribución a ella concedida, no ha expresado que los asuntos atinentes a derechos humanos que se hagan de su conocimiento en términos del artículo 97, segundo párrafo deban ser turnados *ipso facto* al *Ombudsman* para que sea éste quien se encargue de las averiguaciones y recomendaciones que sean del caso. Por el contrario, ha aceptado recientemente hacerse cargo de alguna averiguación relacionada con la materia. También lo hizo con motivo del célebre caso *Aguasblancas*, desarrollado cuando ya existían y funcionaban tanto la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como la Comisión correspondiente del estado de Guerrero. Para el más alto tribunal del país su facultad de *ombudsmania* continúa intacta. Por lo demás, ya hemos dicho que la interpretación jurisdiccional no debe confundirse con el cambio constitucional propiamente dicho.¹⁶ Böckenförde ha denunciado, con razón, que frecuentemente

¹⁵ D'ORS, Álvaro, "Derecho y ley en la experiencia europea desde una perspectiva romana", *Parerga histórica*, Eunsa, Pamplona, 1997, pp. 122-123.

¹⁶ En contra, entre otros, GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 37 y 38. Mueve a la reflexión genérica en torno a la transición mexicana la siguiente afirmación: "mientras que las constituciones simbólicas o carentes de eficacia son relativamente insensibles al cambio social, dado que éste no frustra

se olvida que las observaciones de Rudolph Smend¹⁷ y Hsü Dau-Lin,¹⁸ tan importantes para la configuración de la moderna teoría de la mutación constitucional, se realizaron en un entorno que, como el weimariano, carecía de un mecanismo de jurisdicción constitucional en sentido estricto.¹⁹ Hoy que la Corte mexicana posee facultades de control jurisdiccional de la constitucionalidad (me refiero ante todo a sus atribuciones en materia de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, y sólo en menor medida al tan careado cuanto castrado juicio de amparo) su labor interpretativa podría variar el *sentido* del artículo 97 sin que tal transformación implicase forzosamente una mutación constitucional. En todo caso, la elucubración pierde razón de ser si se considera que el alto tribunal no sólo no se ha pronunciado al respecto, sino que ha reivindicado su facultad de actuar en tanto se trate de averiguaciones sobre violaciones graves a los derechos fundamentales.

Por lo que hace a la práctica legislativa, tampoco puede decirse que el hipotético cambio constitucional haya operado en razón de la actividad desarrollada por el Congreso de la Unión. En primer lugar, porque las reformas al artículo 102 no fueron tarea del órgano parlamentario en funciones de poder constituido, sino del poder revisor de la Constitución, órgano que no agota sus atribuciones en el juego bicamaral de la Unión (artículos 71, 72 y 135 constitucionales). Pero, además, el Congreso mexicano no sólo no ha limitado la facultad investigadora de la Corte, sino que ha solicitado recientemente la intervención del alto tribunal en las averiguaciones relacionadas con

expectativa normativa alguna, el cambio social expone a las constituciones efectivas y normativas a fuertes tensiones”.

¹⁷ Cfr. por todos, en castellano, SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Interesa a nuestros efectos, sobre todo, la feroz crítica del formalismo kelseniano a partir de la noción de “integración”.

¹⁸ HSU, Dau-Lin, *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998.

¹⁹ El propio JELLINEK afirmaba que, en un régimen huérfano de jurisdicción constitucional, las resoluciones legislativas interpretan la Constitución y, por lo tanto, la transforman: “si el gobierno acepta la opinión de las Cámaras, ya que en la mayoría de los Estados los jueces carecen del derecho a examinar la constitucionalidad material de las leyes, entonces no hay medio alguno para proteger a la Constitución contra una mutación ilegal debida a una interpretación ilegítima”. Pero ello, insistimos, en un medio carente de justicia constitucional. JELLINEK, *Reforma y mutación...*, p. 20. Los destacados me pertenecen.

el caso del gobernador poblano Mario Marín, del que ya hemos hablado. La práctica administrativa tampoco ha generado mutación: ni la cabeza de la administración pública federal ha cuestionado jamás la pertinencia de la intervención judicial, ni el *Ombudsman* nacional, jefe de un organismo público autónomo de carácter administrativo, ha reivindicado para sí la exclusividad en las averiguaciones concernientes a las violaciones graves de los derechos fundamentales.

Por seguir con el esquema clásico de Jellinek, tocaría preguntarse si la mutación ha operado en razón de un eventual *desuso* constitucional. Huelga decir que no ha habido tal: la facultad del segundo párrafo del artículo 97 constitucional goza de cabal salud en nuestro sistema jurídico, como prueban las continuas apelaciones que se hacen a la misma por parte tanto de órganos del Estado legitimados para ello (los legisladores) como de entidades pertenecientes a la sociedad civil (algunas corporaciones privadas, incluso de carácter empresarial). Algo ha generado, desde la reforma del año 1995, una patente *auctoritas* en torno a la figura de la Corte, que ni siquiera ciertas resoluciones cuestionables ha logrado minar. Da la impresión de que, ante el despeñadero institucional que padecemos, la sociedad se niega a dejar de creer y se aferra a un reconocimiento que, a la verdad de las cosas, no parece precario. En tal virtud, el desuso que provoque la mutación del artículo 97 no se intuye cercano, si bien es cierto que en sociedades que gozan de Estados constitucionales y democráticos jóvenes y débiles, la autoridad puede perderse en unos cuantos minutos y, con ella, la legitimidad para ejercer determinadas atribuciones conferidas por la ley fundamental.

Otro tanto puede decirse de la *práctica constitucional*, concepto virtualmente inexistente entre nosotros merced a la siempre mal entendida y peor manida noción de la “cultura de la legalidad” que parece pretender que cualquier ley, incluso la más absurda y la menos garantista, por el simple hecho de ser una manifestación formal de la voluntad regulatoria del poderoso merece un respeto y un acatamiento acrílicos. En medios reticentes al ejercicio del sentido común, resulta poco menos que imposible establecer convenciones de derecho político que, por ejemplo, se abstengan de considerar *vigente* un artículo a todas luces *inválido* como es el artículo 38-II de la Constitución mexicana, que establece la tristemente célebre suspensión de los derechos políticos para todo aquel que se vea sujeto a un

proceso del que pueda resultar una privación de la libertad corporal, subvirtiendo y aniquilando con ello la elemental garantía de la presunción de inocencia.²⁰ Si no ha mutado por una *convención* sensata un precepto inicuo como la fracción segunda del 38, mucho menos lo hará uno que, como el 97, mantiene cierta razón de ser y cierta apreciación de utilidad.

La mutación tampoco ha operado en atención a razones de necesidad pública. Muy por el contrario, se ha considerado que es necesario que la Corte continúe ejerciendo atribuciones que en un esquema normal deberían corresponder en exclusiva a órganos autorizadísimos, auténticos procuradores del pueblo, como son las comisiones *ombudsmánicas*. El cambio constitucional se producirá por razón de Estado, por necesidad política, por sentido común, una vez que las determinaciones de las comisiones de derechos humanos (y muy particularmente las de la Comisión Nacional) llenen los huecos de legitimidad, cosa que sólo podrán hacer cuando cumplan estricta y profesionalmente con su importantísima función constitucional. Si en el desahogo de las quejas presentadas por particulares los *Ombudsman* se olvidan de subterfugios legales (algunos en verdad ridículos) y se concentran en su labor de facilitadores del acceso material a la justicia en términos de igualdad, su *auctoritas* crecerá exponencialmente y el valor de sus recomendaciones terminará por ser irresistible. Algunos mecanismos de ingeniería constitucional podrían contribuir a consolidar un estado semejante de cosas. Pienso, por ejemplo, en establecer candados para las ambiciones de los comisionados, esto es, restricciones a su acceso a puestos de relevancia administrativa o jurisdiccional inmediatamente después de la conclusión de su servicio como protectores de los derechos humanos. De esta forma se permitiría que los comisionados estuviesen

²⁰ Para las nociones de "validez" y "vigencia" dentro del Estado constitucional y democrático de derecho, me remito a los trabajos del profesor Luigi FERRAJOLI, en particular a *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, varias ediciones. Varias son las críticas fundadas que ha suscitado la teoría desde su aparición (se pueden consultar en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2005, sin que el esquema pierda, a mi entender, ni su validez científica ni sus capacidades liberadoras.

íntegramente dedicados a su labor (una labor, repito, de radical importancia) sin tener que preocuparse por los compromisos políticos o por el futuro desarrollo de sus *cursus honorum*. Un régimen muy severo de responsabilidades políticas y administrativas que recaiga sobre todos los funcionarios de las comisiones que no desempeñen su encargo con la solvencia moral y técnica que exige la naturaleza de su mandato, contribuiría también a la multiplicación del prestigio social y, con ello, a la reivindicación de facultades que, sensatamente, tendrían que ser exclusivas del *Ombudsman*.²¹

Así las cosas, habría que preguntarse cuáles son las causas de la desconfianza que en torno a la actuación de las comisiones de derechos humanos subsiste. Se trata de un asunto que atañe a la historia del derecho en tanto que historia de las ideas y las representaciones colectivas. El hecho es que desde hace prácticamente tres lustros tenemos *Ombudsman* nacional. ¿Por qué su *auctoritas* no ha resultado lo suficientemente fáctica como para provocar que el artículo 97 constitucional haya mutado?

Cualquiera sabe que los cambios y las transiciones no se dan del ocaso al amanecer sin solución de continuidad. La construcción del Estado constitucional y democrático de derecho comporta, como ha sabido ver M. Núñez, la creación de un *Orden político ideal* a través de la conservación de un *Orden jurídico dado*,²² esto es, la final conciliación de los principios que ordenaron lo que M. Fioravanti ha llamado la "Constitución de los antiguos" con los valores propios de la "Constitución medieval" para desembocar en una *Constitución de los modernos* que, alejada de formalismos inútiles, llegue a un estadio auténticamente garantista a través de la crítica científica, del

²¹ No ayuda a ello el hecho de que, por su naturaleza de organismos públicos autónomos, las comisiones posean órganos internos de control independientes de las contralorías administrativas y legislativas del caso. Tampoco ayuda la reticencia, que va venciéndose poco a poco, a considerar a los comisionados como autoridades responsables para efectos del amparo.

²² Michael NÚÑEZ ha postulado una singular (y, en mi concepto, muy sugerente) interpretación del magnífico trabajo de Maurizio FIORAVANTI, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001. La postura de NÚÑEZ podrá localizarse en el libro de próxima aparición *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, ITESM, México, 2006, coordinado por Pedro TORRES ESTRADA. Utilizo la versión mecanoscrita del trabajo por gentileza de M. NÚÑEZ.

análisis realista y, sobre todo, de la prudencia, es decir, del ejercicio disciplinado del sentido común.²³

El deber de imparcialidad entre las partes contendientes en un proceso obliga a todos los órganos jurisdiccionales que conocen de él, así se trate del más alto tribunal de la nación. No cabe duda de que las comisiones de derechos humanos tienen que guardar también una cierta neutralidad en el desahogo de las quejas que se formulen ante ellas, pero también parece cierto que la propia naturaleza de sus funciones las hace organismos *ad hoc* para la defensa y promoción de los derechos fundamentales que son, ante todo, reivindicaciones de la dignidad del individuo frente al ejercicio indebido del poder público: son protectoras de la ciudadanía. En lo tocante a las atribuciones de averiguación, las comisiones pueden desempeñar un papel de buena fe mucho más cercano al de las agencias del Ministerio Público que al de los jueces. Por lo demás, la participación de un órgano judicial en las averiguaciones e investigaciones lleva, tarde que temprano y aunque esté prevista en el texto constitucional, a la asunción de un sistema inquisitivo que termina por ser contrario a la garantía de los derechos fundamentales.

Comisiones que se asuman como entidades incómodas para el poder público en cualquiera de sus manifestaciones (incluyendo la sólo aparentemente privada de las corporaciones económicas)²⁴ y que renuncien a más satisfacciones que las estrictamente relacionadas con la defensa de lo que en otra ocasión he llamado la *soberanía de los derechos humanos*²⁵ provocarán, a buen seguro, una irresistible toma de conciencia tanto en los órganos públicos como en los ámbitos ciudadanos en torno a la *necesidad política* que existe de privilegiar su accionar y respetar irrestrictamente sus *recomendaciones*, pletóricas

²³ Sobre el concepto de *prudencia* (y acerca de su derivado, la *iuris-prudentia*) véase DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "La tradición democrática y la dimensión sapiencial del derecho en la independencia de Aguascalientes", Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, Aguascalientes, 2005, pp. 27-29 y, sobre todo, DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Las virtudes del jurista", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 21, ELD, México, 1997, pp. 9-36.

²⁴ ESTRADA TANCK, E. Dorothy, *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*, Porrúa, México, 2005.

²⁵ ESTRADA MICHEL, Rafael, "Derrotar al mito: la soberanía de los derechos humanos", *Juridica*, núm. 35, UIA, México, 2005, pp. 319-328.

de autoridad. Entre tanto llega ese momento —un momento de mutación, de cambio, de transformación constitucional— tendremos que esperar que la Suprema Corte siga siendo llamada a resolver todos y cada uno de los grandes problemas de la nación.