

CAPÍTULO TERCERO

OMBUDSMAN

I. ANTECEDENTES

Antes de analizar concretamente las comisiones de arbitraje médico nacional y del estado de Nuevo León, así como su régimen jurídico, nos parece pertinente estudiar el papel que realizan como observadoras, orientadoras, evaluadoras, asesoras y resolutorias del derecho a la protección a la salud, características que las colocan como el *Ombudsman* de ese derecho fundamental llamado *salud*.

Al *Ombudsman* se le define como el *defensor del pueblo* (convenional inglés plural: *los defensores del pueblo*); es una persona que actúa como un confiable intermediario entre el Estado (o elementos de ella) o una organización, y algunas electoral interno o externo, mientras que representa no solo, pero sobre todo, la amplia gama de componentes intereses. Un indígena danés, noruego y sueco plazo, “Defensor del Pueblo” es etimológicamente enraizado en el antiguo nórdico *umboðsmaðr* palabra, en esencia significa “representante”. En su uso moderno más frecuente, un *ombudsman* es un funcionario, por lo general nombrado por el gobierno o el parlamento, pero con un alto grado de independencia, que se encarga de representar los intereses del público mediante la investigación y tratamiento de las denuncias reportadas por los individuos. Variaciones modernas de este término incluyen *Ombudsman*, “defensor del pueblo”, “defensor del pueblo”, o “defensora”.¹⁴³

El *Ombudsman* moderno tiene su antecedente en el modelo escandinavo, ya que surge en la Constitución de 1809 en Suecia, y

¹⁴³ Quintana Roldan, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *op. cit.*, p. 113.

es el Parlamento el facultado para expedir la Ley Reglamentaria que le rige así como sus modificaciones.

En la Constitución Sueca de 1974 se regulan cuatro *ombudsman*, a saber:

- 1) *El jefe de la oficina administrativa y el responsable de la dirección.*
Tiene a su cargo el trato al personal de apoyo así como las relaciones públicas, la difusión de sus acciones, y todas sus demás tareas necesarias para el buen funcionamiento de dicha oficina.
- 2) *El segundo ombudsman tiene a su cargo la supervisión de la corte*, así como asuntos de persecución pública, de policía, de prisiones, los que se derivan de ayudas legales y del cumplimiento de asuntos de orden civil en cuanto atañen a las autoridades.
- 3) *El tercer ombudsman supervisa lo relativo a las fuerzas armadas, incluyendo regimientos militares y otros establecimientos castrenses;* conoce de cuestiones relativas a salud general, comunicaciones, asuntos culturales, en general universidades y colegios públicos, y demás asuntos educativos incluyendo aspectos de tipo científico. Corresponde también al tercer *ombudsman* lo relativo a la iglesia sueca, cuestiones de ciudadanía y extranjería, cuidado de la naturaleza y medio ambiente, asuntos campesinos y de agricultura, cuestiones urbanas no supervisadas por los otros *ombudsman* y demás asuntos similares.
- 4) *El cuarto ombudsman tiene a su cargo lo relativo a los impuestos, seguridad y bienestar social,* tales como cuidado de los niños y los ancianos, personas incapacitadas de sus facultades mentales o afectadas físicamente que requieran rehabilitación. Le corresponde también los asuntos del seguro de desempleo, condiciones de trabajo y, en general, las cuestiones sociales de la comunidad.

Estos conservan el mismo estatus jurídico, pero uno de ellos es designado por el propio Parlamento como jefe administrativo,

por lo que en la práctica se convierte en jefe de oficina del *ombudsman*. A él compete resolver cuestiones relativas al funcionamiento administrativo, incluyendo la designación del personal que labora para la institución.

La oficina del *ombudsman* cuenta con facultades para expedir su propio reglamento o manual de trabajo; el reglamento consiguiente detalla los aspectos prácticos y operativos de la función. Por cuanto a la duración de los titulares del cargo, esta es de cuatro años a partir de que son designados por el Parlamento pudiendo ser reelectos hasta por tres períodos, es decir, doce años.

Cuenta la oficina del *ombudsman* con personal de apoyo, destacándose los llamados diputados o delegados, cuya principal función es de realizar fuera de la oficina los trabajos necesarios para recabar datos o investigaciones, incluso llegaron a sustituir a miembros del *ombudsman* por licencia, seguramente estos delegados internos de la oficina del *ombudsman* sueco son los antecedentes de los llamados visitadores de otros sistemas de *ombudsman* en países como el nuestro.

II. ATRIBUCIONES Y FACULTADES DEL OMBUDSMAN

En la legislación que norma la actividad del *ombudsman* encontramos un conjunto de competencias y atribuciones tendentes a facilitar y garantizar su actuación protectora de los derechos de los habitantes de este país. El autor inglés, Alfred Bexelius, clasifica las atribuciones que tiene el *ombudsman* sueco al señalar: para el desempeño de sus actividades de vigilancia, el *ombudsman* tiene acceso a todos los documentos, aun los secretos, y tiene derecho a estar presente en cualquier deliberación que lleven a cabo los jueces para tomar a cabo sus resoluciones. Así obtiene el *ombudsman* una visión completa de las actividades legales y administrativas.

El *ombudsman* tiene la facultad legal para pedir la asistencia de cualquier funcionario con el propósito de realizar las investigaciones necesarias.

De acuerdo con la legislación sueca, el *ombudsman* no puede cambiar las decisiones tomadas por los tribunales ya que no tiene carácter jurisdiccional. Existen otros tipos de *ombudsman*, como son:

- a) El del consumidor
- b) Para la igualdad de oportunidades
- c) Discriminación étnica
- d) De los niños
- e) De los incapacitados
- f) De la prensa

La figura del *ombudsman* y sus particulares procedimientos de actuación como defensor de los derechos fundamentales de los individuos ha proliferado por todo el mundo. Muchos países cuentan con instituciones similares a la de origen sueco.

Al referirse a las funciones del *ombudsman*, el distinguido académico y jurista, Héctor Fix Zamudio,¹⁴⁴ señala que la función esencial de esta institución de origen escandinavo, que se ha difundido por numerosas legislaciones contemporáneas de las más diversas familias jurídicas, es la de recibir quejas frente a los actos y omisiones de la administración pública.

No se encuentra entre sus funciones la de sancionar o de solicitar de otros órganos del Estado que apliquen las sanciones respectivas cuando la conducta de los agentes administrativos pueda dar origen a su responsabilidad.

III. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL OMBUDSMAN

En general, la doctrina moderna atribuye a esta figura protectora de derechos una serie de características distintivas, como son:

¹⁴⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “El *Ombudsman*”, *Excélsior*, 29 de diciembre de 1989, sección A, 2a. columna, p. 1, citado por Quintana Roldan, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *op. cit.*

- a) Independencia de los poderes públicos y de cualquier otra instancia de la sociedad civil.
- b) Su autonomía que le permite organizarse internamente como mejor lo estime conveniente, dictando los reglamentos respectivos de su operación interna.
- c) Su designación mediante rigurosos mecanismos previstos en la ley.
- d) La agilidad y rapidez en los procedimientos que atiende y en la solución de las controversias planteadas.
- e) La ausencia de solemnidades y el antiformalismo en el desarrollo de sus procedimientos y trámites.
- f) Su naturaleza eminentemente técnica y jurídica, ausente de tendencias políticas o partidistas.
- g) Una serie de requisitos que garanticen la autoridad moral de sus titulares, así como su honorabilidad y su capacidad.
- h) El carácter no vinculatorio o coactivo de sus resoluciones, las que se consideran tan solo como recomendaciones.
- i) La obligatoriedad de rendir a diversas instancias una serie de informes, periódicos, y de dar publicidad a estos para conocimiento de la opinión pública.
- j) La agilidad y simplificación de todo tipo de formalidades que sigue en sus procedimientos.

IV. TIPOS DE DESIGNACIÓN

La designación del funcionario o funcionarios que encabezan las tareas protectoras del *ombudsman* no es uniforme en las diversas legislaciones, sobre todo porque en sí mismos los distintos sistemas jurídicos y políticos tienen características notablemente diferentes.

La designación del *ombudsman* puede operar bajo los siguientes mecanismos:

- a) Que sea designado por el Poder Ejecutivo, si bien se le otorga algún grado de autonomía de gestión;

- b) Que sea designado por el Poder Legislativo y que solamente responda a dicho poder por los actos de su gestión.
- c) Que intervengan en la designación del *ombudsman* tanto el Ejecutivo como el Legislativo.
- d) Ocasionalmente se habla de un *ombudsman* judicial, que opera en pocos países, y que es designado internamente dentro de este poder.

V. FACULTADES, COMPETENCIAS Y AUTONOMÍA

Por cuanto hace a las competencias que se le otorgan al *ombudsman*, suele existir una gama muy diferencial entre los diversos sistemas jurídicos, por tratarse de los asuntos que obedecen a diversas orientaciones y estructuras políticas, sociales y jurídicas de las naciones.

En una primera apreciación, existe una gran similitud en las competencias que se le asignan a las oficinas del *ombudsman* sobre asuntos de orden administrativo; también existe una gran uniformidad en otorgarle facultades para conocer las quejas sobre asuntos en torno a los derechos de petición, de los relativos a las libertades públicas de manifestación de las ideas, de libertad, de religión, de credo y otras de similar importancia.

Un aspecto fundamental para la integración y funcionamiento del *ombudsman* es que este no se encuentre subordinado a ninguna otra autoridad, el *ombudsman* debe gozar de la más amplia libertad para realizar sus tareas.

Independencia y autonomía en el *ombudsman* son indispensables para la existencia misma de la institución, con la finalidad de que los titulares y funcionarios que la integran estén exentos de presiones. Además, se habla de cierto tipo de prerrogativas, como son la inviolabilidad, la inmunidad y la inamovilidad.

Para algunos, este tipo de prerrogativas son una extensión del fuero protector del que goza el Parlamento y sus miembros; para otros, este aforamiento no especial, no necesariamente tiene que ver con las tareas originalmente de orden parlamentario,

sino que trata de excepciones que la ley hace en cuanto a la función que realiza el *ombudsman*.

VI. RESOLUCIONES Y FACULTADES SANCIONADORAS

Del análisis de diversos ordenamientos que reglamentan la actividad del *ombudsman*, se concluye que las resoluciones finales de las investigaciones que realizan por denuncias que se presenten en torno a violaciones de los derechos humanos pueden ser afirmativas o negativas de las violaciones investigadas. Cuando son afirmativos se emite la recomendación que corresponda, y cuando son negativos, por no encontrar fundadas las violaciones investigadas, el *ombudsman* emite una resolución de no responsabilidad de la autoridad, en la que se exima al funcionario o institución investigada de la supuesta violación que se le hubiere reclamado; independientemente de estas resoluciones definitivas, también se pueden dictar acuerdos de trámites, con el fin de que las autoridades y servidores públicos aporten información o documentos, comparezcan a audiencias o desahoguen otros trámites procedimentales necesarios para la investigación de las denuncias presentadas.

En relación con las facultades sancionatorias con las que suele contar el *ombudsman*, se presentan amonestaciones y multas, e inclusive puede ordenar que se ejerza acción penal para aquellos funcionarios que se nieguen a proporcionar información o documentos que sean necesarios para la investigación de las reclamaciones que se presenten.

VII. INFORMES

Uno de los elementos fundamentales de la institución del *ombudsman* es precisamente el relativo a los informes que presenta. Estos se dirigen a los parlamentos o al Poder Ejecutivo en su caso. También existen legislaciones que ordenan que sean dirigidos a ambas instancias, como es el caso de México.

El sistema *ombudsman* es el sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos, ya que los organismos que lo conforman se inspiran en gran medida en el *ombudsman* escandinavo.

A través de la evolución de la humanidad observamos que la tendencia es la de defender a los más desprotegidos; sin embargo, en un inicio las civilizaciones no tenían esta preocupación, así tenemos que en las épocas primitivas no existían las garantías individuales, sino que imperaba la ley del más fuerte, tampoco existían autoridades, sino que la humanidad vivía en pleno salvajismo.

En los Estados orientales, aun cuando ya existían autoridades, no se les reconocían a los gobernados derechos subjetivos.¹⁴⁵ En Roma, con las Doce Tablas, encontramos algunos derechos, que se pueden considerar como el cimiento de lo que ahora conocemos como garantías, ejemplo de ello era la igualdad ante la ley, además los derechos que tenía el ciudadano romano, ya sea civiles o políticos, sin embargo, no tenía derechos públicos, oponibles al Estado, por tanto, no podía defenderse de las arbitrariedades que en su contra cometieran las autoridades.¹⁴⁶ Esta última situación también se presentaba en los pueblos griegos, en que los ciudadanos tenían derechos civiles y políticos, pero no tenía derechos oponibles a las autoridades.

En la Edad Media no es sino hasta la denominada Época Municipal en que el feudalismo se debilita, y como resultado de ello el señor feudal concede libertad a sus siervos, expidiéndoles una carta en la que les otorgaba la independencia y con ello la calidad de personas libres, estos fueron formando ciudades a las que se les dio el nombre de municipios, y el derecho contenido en las cartas, *derecho cartulario*; a esto se le puede considerar como el antecedente incipiente de las garantías, ya que por primera vez una persona, sujeta a una autoridad, lograba un beneficio de esa autoridad. En Inglaterra encontramos los primeros indicios de las garantías in-

¹⁴⁵ Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de derechos humanos*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 29.

¹⁴⁶ *Idem*.

dividuales en la Carta Magna de 1215, compuesta de 63 artículos, siendo el 39 el más importante por encontrarse el primer antecedente de nuestros artículos 14 y 16 constitucionales.

En España, no obstante toda la legislación existente, como el Fuero Juzgo, el Fuero Real de Castilla, el Fuero Viejo de Aragón, etcétera, no encontramos derechos oponibles al Estado. La única ley que reconoció el derecho natural fueron Las Siete Partidas, en cuyo séptimo libro se establecía la obligación, por parte de las autoridades estatales, de respetar aquellos derechos que poseían las personas por el solo hecho de ser seres humanos, y la obligación de las autoridades estatales de tratar a la gente con la dignidad que corresponde a un ser humano. Sin embargo, no existía medio jurídico de hacer valer estas disposiciones, por lo que las autoridades constantemente violaban estos derechos humanos.

Es en Francia en donde por primera vez se hace el reconocimiento y Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por la Asamblea Nacional Constituyente, promulgada el 3 de noviembre de 1789 como resultado del movimiento armado que inició en 1784, conocido como la Revolución francesa. En la Declaración, de tipo democrático, individualista y liberal, encontramos el más completo catálogo de garantías de aquella época y son los antecedentes de las garantías consagradas en nuestra Constitución.

Esta Declaración se ve plasmada en las primeras Constituciones de las colonias inglesas de Norteamérica, la más célebre fue la del estado de Virginia, que data del 12 de julio de 1776.¹⁴⁷

VIII. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y EL OMBUDSMAN

En la época precolombina no podemos hablar de garantías como derechos subjetivos públicos, pero sí es posible que los monarcas indígenas cometieran pocas injusticias en contra de sus

¹⁴⁷ *Idem.*

súbditos, ello sin duda se atribuye a su solidez moral y formación personal.

Con la conquista y las innumerables violaciones a los derechos humanos, Fray Bartolomé de las Casas es el precursor y defensor de tales derechos, dándole a esta tendencia el nombre del iusnaturalismo, que menciona que los derechos humanos son inherentes a la condición humana.¹⁴⁸ Es de destacarse que una de las razones del movimiento de independencia fue la constante violación de los derechos fundamentales de los indígenas, particularmente el derecho a la libertad, de ahí que Miguel Hidalgo proscribiera la esclavitud. A partir de ese momento, son innumerables los ordenamientos en los que se ha regulado la defensa de los derechos fundamentales, así tenemos:

- a) La Constitución de Apatzingán (22 de octubre de 1814), aprobada por el Congreso de Chilpancingo a través de don José María Morelos y Pavón, puede considerarse como el primer intento de Constitución para un México libre de la dominación española. Esta Constitución sostuvo principios de soberanía, libertad, abolición de la esclavitud, igualdad frente a la ley, proscripción de la tortura y administración tributaria más humana.
- b) Constitución de 1843. En ella se establece un capítulo de garantías individuales, pero para su cumplimiento solo se contaba con el antiguo juicio de residencia y la responsabilidad por violaciones cometidas a la Constitución.
- c) Constitución de 1847. La parte más importante es sin duda la inserción de las garantías individuales y el procedimiento para remediar las violaciones a las mismas.
- d) Constitución de 1857. En ella se encuentra reflejada fielmente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual fue promulgada el 26 de agosto de 1789. En ella se afirma que los derechos del hombre son

¹⁴⁸ Hidalgo Ballina, Antonio, *La defensa de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 299.

el sustento indispensable de las instituciones sociales y hace patente que todos los mexicanos nacen libres e iguales.¹⁴⁹

e) Constitución de 1917. Justicia, igualdad, seguridad y bienestar social, con ello se superan lo ya alcanzado por las anteriores cartas políticas. Al lado de los derechos individuales, consagra los derechos políticos y se adelanta en materia laboral a todos los países del mundo. Destina los primeros 29 artículos a las garantías individuales, por lo que establece un sistema de igualdad basado en los derechos humanos.¹⁵⁰

IX. EL OMBUDSMAN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO

Se conoció dicho organismo en sus diversos modelos y se iniciaron varios ensayos legislativos, algunos de los cuales quedaron en aplicación práctica y sirvieron de antecedente a la introducción práctica de este modelo, así tenemos:

- 1) El primer *ombudsman* lo encontramos en 1847, en la Ley de Procuraduría de Pobres, institución a nivel local cuya finalidad fue promover el respeto para las personas desvalidas. Esta Ley se publicó en el *Periódico Oficial del Estado de San Luis* en septiembre de 1848, constaba de 20 artículos.
- 2) Ley para la Defensa de los Derechos Humanos promulgada en el *Diario Oficial del Estado de Nuevo León* el 3 de enero de 1979, la cual constaba de 9 artículos y 2 transitorios. Su importancia radica en establecer una defensa gratuita para aquellas personas carentes de recursos.¹⁵¹
- 3) La Procuraduría para la Defensa del Indígena en el Estado de Oaxaca, primera en su género. Fue publicada en el *Diario Oficial del Estado de Oaxaca* el 26 de septiembre de 1986 y consta de 18 artículos. Lo más importante es su conside-

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 303 y 304.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 305.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 306.

- rando, en el que se expresa la importancia que revisten los indígenas y el compromiso histórico que se tiene con ellos.¹⁵²
- 4) Procuraduría Social de la Montaña, cuya creación se publicó en el estado de Guerrero el 29 de abril de 1987, adicionándose el 19 de mayo de 1988. Su objetivo fue impulsar el crecimiento de la población indígena de Guerrero.
- 5) Procuraduría de Protección Ciudadana en Aguascalientes. Su creación fue publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes* el 18 de agosto de 1988; su función es atender las quejas presentadas por personas afectadas a causa de algún acto de autoridad de los servidores públicos locales. Esta institución se asemeja mucho al concepto de *ombudsman*.¹⁵³
- 6) Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación. Puede considerarse como el antecedente de la Comisión Federal de los Derechos Humanos y nace como resultado de la dinámica de una cultura de los derechos humanos. Su creación se publica el 13 de febrero de 1989.
- 7) Comisión de Derechos Humanos del Estado de Morelos; su creación se publica en el *Periódico Oficial Tierra y Libertad* el 5 de abril de 1989. Su función esencial es recibir quejas.
- 8) Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal; su objetivo es recibir quejas y reclamaciones de los habitantes del Distrito Federal contra las autoridades administrativas del mismo. Su creación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1989.
- 9) Comisión Nacional de Derechos Humanos, organismo descentrado de la Secretaría de Gobernación; se integra de manera plural y con una presencia de la sociedad civil. Su creación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de julio de 1989. Con esta creación se fomenta la cultura al respecto de los derechos humanos. Su Ley consta de 76 artículos y 8 transitorios, es de orden público, aplicable en todo el territorio.

¹⁵² *Ibidem*, p. 307.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 308.

Con la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se crean en los estados las comisiones estatales de derechos humanos, sucesivamente.

El sistema *ombudsman* en México está compuesto por las 32 comisiones estatales y por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Sus características son muy similares entre sí, aunque no idénticas, pues algunos organismos estatales no gozan de la autonomía que tiene la CNDH, por lo cual su independencia respecto del Poder Ejecutivo estatal se ve un tanto limitada por presupuesto y otros, como la facultad de proponer integrantes o consejeros.