

LÍMITES JURÍDICOS, POLÍTICOS Y ÉTICOS EN LA ACTUACIÓN DEL OMBUDSMAN * **

DIOGO FREITAS DO AMARAL

Portugués, abogado, graduado en Políticas Económicas (1964) y doctor en Derecho (1967). Catedrático, cinco veces electo presidente del Consejo Científico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Presidente de la Comisión Instaladora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (1996-1999). Fue fundador y Presidente del CDS y diputado y Consejero de Estado, Viceprimer Ministro, Ministro de Negocios Internacionales y Ministro de la Defensa Nacional. Ha sido presidente de la Unión Europea de las Democracias Cristianas y presidente de la 50ª Asamblea General de las Naciones Unidas. Es autor de numerosa bibliografía sobre Derecho Constitucional y Administrativo, de Historia, sobre ideas políticas, política nacional y política exterior y de defensa.

Señor Presidente,
Señoras y señores:

Me siento muy honrado por haber sido invitado por el señor Proveedor de Justicia portugués, doctor Henrique Nascimento Rodríguez, para disertar esta conferencia en la sesión de clausura del VII Congreso de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), realizado en Lisboa.

Saludo a todos los Ombudsmen presentes, son ustedes los defensores del ciudadano de muchos Estados y tienen sobre sus hombros una enorme responsabilidad cívica -la protección eficaz de los derechos humanos ante los abusos y actos ilegales del poder. Su función principal se localiza en la tradición humanista y liberal proveniente de la Revolución francesa, posteriormente enriquecida con los nuevos contenidos sociales, económicos y ambientales incorporados durante el siglo XX. Son todos, en una palabra, defensores de la dignidad de la persona humana.

Por eso, merecen el respeto de los auténticos demócratas y

humanistas. Sean bienvenidos a Portugal, una joven democracia y, simultáneamente, una vieja nación con más de ocho siglos de historia, que legítimamente se enorgullece de haber sido el primer país del mundo en decretar la abolición de la pena de muerte.

Están en su casa. Los portugueses se complacen al recibirlos en su capital, Lisboa, la ciudad más occidental de Europa, que tiene un lazo permanente, a través del Atlántico, con la América Latina que tanto amamos.

Estamos todos entre colegas y amigos. Es entre colegas y amigos que reflexionaremos sobre el tema para el que fui invitado: "Los límites jurídicos, políticos y éticos de la actuación del Ombudsman".

I

Todos conocen, mejor que yo, el concepto de "Ombudsman". Voy a partir en principio, de que al menos en los países latinos, el Ombudsman es un órgano del Estado que defiende al ciudadano contra la ilegalidad y la injusticia en la actuación de los poderes públicos, sin que le pertenezca,

además de eso, investiga el prestigio de la actuación administrativa o controla la eficiencia y productividad de los servicios públicos. De estos otros aspectos se ocupan en nuestros países, otros tipos de órganos del Estado y, en especial, los órganos jurisdiccionales de control económico-financiero procedentes del modelo napoleónico de *Cour des Comptes*.

Concentremos, pues, nuestra atención en la actuación del "Ombudsman" como el protector del ciudadano contra las ilegalidades e injusticias de los poderes públicos. Es esa, en la actualidad, la tarea más importante y característica de los "Ombudsman". ¿Cuáles son sus límites?

Hablaré, primeramente, de los límites jurídicos-políticos de la actuación del "Ombudsman". Después nos referiremos a sus límites éticos. Por último, realizaré un análisis de mis conclusiones.

A) Las finalidades de la acción del "Ombudsman" y los límites de su actuación

Dice el artículo 23 de la Constitución de la República portuguesa que los objetivos del Proveedor de Justicia -y lo mismo se puede afirmar, creo yo, de cualquier otro "Ombudsman" iberoamericano- serán dos:

- a) Determinar y resolver las quejas de los ciudadanos por actos u omisiones de los poderes públicos.
- b) Dirigir a los órganos competentes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar las injusticias.

* Conferencia presentada durante el VII Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), celebrado en la ciudad de Lisboa, Portugal, en noviembre de 2002.

** Traducción de Gabriela Porras Campos.

De este doble objetivo -investigar las actuaciones u omisiones de los poderes públicos, como prevenir y reparar las injusticias-, derivan algunos límites del actuar del "Ombudsman".

Por un lado, debe concentrar su actividad en el control de los poderes públicos: mantener fuera de su competencia los conflictos de derechos o intereses entre sujetos de derecho privado. Es sabido que, a veces, los particulares recurren al "Ombudsman" para solucionar los conflictos de intereses privados con otros particulares, pero la solución de este tipo de conflictos compete, en principio, a los tribunales. Salvo cuando los particulares -individuos o personas colectivas- están investidos en el ejercicio privado de funciones públicas, como ocurre, normalmente, con los concesionarios de los servicios públicos, de obras públicas o del dominio público, como las bien llamadas instituciones particulares de utilidad pública administrativa.

Lo mismo se dice con relación a las empresas o sociedades de derecho privado, con capitales exclusivos o mayoritariamente públicos: tales entidades deben considerarse como parte del sector público y es preciso que su actuación no escape a los controles públicos ("Ombudsman", Tribunal de Cuentas, Inspección General de Finanzas), a fin de evitar resultados perjudiciales de lo que se ha llamado "la fuga para el derecho privado".

El Estatuto del Proveedor de Justicia portugués (Ley No. 9/91 del 9 de abril) -contrariamente a la opinión que acabo de defender- autoriza expresamente a nuestro "Ombudsman" a actuar en la materia de "relaciones entre particulares que impliquen una

relación especial de dominio, en el ámbito de la protección de los derechos, libertades y garantías" (artículo 2º, No. 2).

Pero desde mi punto de vista, ésta no es una solución correcta "de jure condendo" y tal vez sea incluso inconstitucional. Porque la Constitución portuguesa limita la actuación de nuestro "Ombudsman" en el ámbito de los "actos u omisiones de los poderes públicos" -lo que excluye las relaciones entre particulares. Además, dentro del espíritu general de nuestro sistema jurídico, los conflictos de intereses entre particulares deben ser resueltos, en primer término, por los tribunales judiciales y por los recién creados "juicios de paz", y, en segunda instancia, por los centros institucionales de mediación y arbitraje -unos y otros más, bien indicados, a mi parecer, para que el "Ombudsman" pueda solucionar los conflictos de derechos o intereses entre particulares.

Por otro lado, compete al "Ombudsman" hacer las recomendaciones necesarias para prevenir o reparar injusticias: su actuación se sitúa, por tanto, en el campo de la Justicia y el Derecho. Por supuesto, ya Aristóteles enseñaba en la "Política", que la justicia consiste en el acatamiento de la legalidad y en el respeto de la igualdad. Por consiguiente, la actuación del "Ombudsman" encuadra en el plano jurídico, dejando fuera otros planos que no pueden ser, por regla, abordados en términos jurídicos, como por ejemplo, de un lado, el control de la eficiencia y productividad de los servicios públicos (ya lo vimos más atrás) y, por otro lado, el control de la moralidad administrativa -excepto, es claro, si aquellos o estos valores fueran recibidos por orden jurídica y su violación fuera

calificada como ilícita en las áreas penal, disciplinaria, civil o financiera. Pero, en estos casos, la actuación del "Ombudsman" se enfrenta con otro límite, el de no invadir la esfera de competencia reservada a los tribunales: el castigo criminal de la corrupción -caso extremo de la violación al principio de moralidad administrativa- pertenece exclusivamente al Poder Judicial, no entrando, por lo mismo, en la mira del "Ombudsman".

B) El ámbito de acción del "Ombudsman" y los límites de su actuación

Ya vimos que el "Ombudsman" controla los actos y omisiones de los poderes públicos a fin de prevenir o reparar las injusticias en el sentido amplio, esto es, violaciones a los principios de legalidad y justicia.

¿Quiere esto decir que la actuación del "Ombudsman" sólo puede ejercerse en el campo de las actividades relacionadas con los poderes públicos, negándole entrar al centro de la actividad discrecional, ya sea en los aspectos administrativo o técnico? Respondo afirmativamente, sin reserva en las modulaciones, de otra forma sería, por cierto, ir más allá en el condicionamiento de la actuación del "Ombudsman".

Es sabido cómo el Derecho ha venido progresivamente a limitar, por fuera y por dentro, el ejercicio de los poderes discrecionales: primero, fue una afirmación de que la competencia y el fin eran siempre elementos vinculados a la actuación discrecional; después, fue una admisión del error de facto como fundamento de invalidez de los actos de los poderes públicos, es decir, fue una apertura del control jurisdiccional sobre la existencia de los presupuestos de

facto de la competencia de los órganos; más tarde, fue una imposición de la obligación legal de fundamentar las decisiones discrecionales y, por último, se conquistó en la segunda mitad del siglo XX, la sujeción de la actuación de los poderes públicos a un vasto conjunto de principios generales de Derecho –unos de carácter procedimental, como el principio de audiencia previo de los interesados, antes de la toma de una decisión final que puede perjudicar, y otros de naturaleza material, como los principios de justicia, de imparcialidad, de proporcionalidad y de buena fe.

Siendo esto así, pueden hoy en día los tribunales efectuar todos estos controles, ya sea extrínsecos o intrínsecos, de poder discrecional de las autoridades públicas, pero no pueden hacerlo en cualquier sentido, a mi modo de ver, ni permitir, por lo menos, idénticas indagaciones al “Ombudsman”.

Esto surgió en la historia reciente del Derecho Público como un plus y no como un minus, relativamente al control jurisdiccional de los poderes públicos. El Ombudsman puede y debe ir, por lo tanto, más allá de los tribunales en el control jurídico de la discrecionalidad - aunque no deba, como también los tribunales no pueden entrometerse en el control de los méritos de la actuación de los poderes públicos, salvo en los casos de “error manifiesto” (erreur manifeste) o de “total irrazonamiento” (*pure unreasonableness*).

C) El objeto de la acción del “Ombudsman” y los límites de su actuación

Compete al “Ombudsman” controlar la actuación de los poderes públicos. ¿Cómo

interpretar en este contexto el concepto de los “poderes públicos”?

Me parece, sin duda, que tal noción abarca, por un lado, tanto al Estado como a los entes públicos menores -ya sea territoriales, institucionales o corporativos- bien como, inclusive, las autoridades administrativas independientes. Éstas sólo son independientes en el sentido de que no están sujetas a cualquier jerarquía o tutela, pero no se encuentran exentas del control del “Ombudsman”, lo cual incide en los propios órganos de la soberanía, por mayoría de razón tienen que abarcar autoridades que desempeñen, incluso de forma independiente, la función administrativa. Por otro lado, dentro del Estado, la expresión “poderes públicos” abarca todos los poderes del Estado, esto es, el poder presidencial (cuando es autónomo), el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial.

Pero atención: si el control del “Ombudsman” puede y debe abarcar, desde un punto de vista orgánico, todos los poderes del Estado, no se puede decir lo mismo, desde un punto de vista material, con relación a todas las funciones del Estado por él ejercidas.

En efecto, el “Ombudsman” es una figura típica de control del ejercicio de la función administrativa -por tanto se impone el principio de separación de poderes.

De aquí resulta que el “Ombudsman” no puede controlar, so pena de exceso de poder, el contenido material de las funciones política, legislativa y jurisdiccional, sin que se inmiscuya en el centro de las opciones y valorizaciones propias de los órganos políticos, legislativos y jurisdiccionales.

El campo natural de actuación del “Ombudsman” es, por tanto, la administración pública -central, regional y local, directa o indirecta, integrada o autónoma, territorial, institucional o corporativa, burocrática o empresarial.

Mas, si es verdad que todos los órganos administrativos desempeñan la función administrativa, no menos es que ésta -la función administrativa- también es desempeñada, incluso en el plano secundario, por el Presidente de la República, el Parlamento y los tribunales: tiene, como efectos, actos materialmente administrativos practicados por el Presidente o por los servicios de la Presidencia, por la Mesa Directiva del Parlamento o por su Consejo de Administración y sus respectivos servicios, e incluso por los jueces y funcionarios de justicia.

Es para mí evidente que el “Ombudsman” debe controlar la legalidad y la justicia de los actos u omisiones de carácter materialmente administrativo, imputables a todos los órganos no administrativos del Estado, designadamente los órganos políticos, legislativos y jurisdiccionales.

Dicho esto, son pertinentes dos o tres observaciones complementarias.

En primer lugar, cuando hablo de la competencia del “Ombudsman” para controlar, en su totalidad, o desempeñar la función administrativa, voy a emplear este concepto en el sentido amplio, abarcando apenas los actos jurídicos (reglamentos, actos administrativos, propio sensu y contratos administrativos), pero también las operaciones materiales, la actividad técnica y la llamada actuación informal de

la administración, como es el caso, por último, de toda la actividad de la Administración Pública ejercida bajo la regla del Derecho privado.

En segundo lugar, y como corolario del principio de la separación de los poderes, entiendo que el "Ombudsman" no puede dejar de respetar y abstenerse de criticar los actos típicos de las funciones no administrativas del Estado (vgr. Los actos políticos, legislativos y jurisdiccionales). De allí que el "Ombudsman" debe tomar sus decisiones en función de las leyes en vigor –sin perjuicio de poder recomendar su alteración, y, en países como Portugal, requerir al tribunal competente la declaración de inconstitucionalidad- y debe también, por otro lado, respetar integralmente las decisiones judiciales que constituyan cada caso juzgado. Una queja presentada por un ciudadano al "Ombudsman" esperando obtener la no aplicación de una ley en vigor, considerada conforme a la Constitución no merece pruebas, lo mismo se dice *mutatis mutandis*, de una queja destinada a encontrar causa, falta de respeto o impedir la ejecución de una sentencia emitida en juzgado.

¿Qué es la litisprudencia? ¿Qué actitud debe el "Ombudsman" tomar si alguien le presenta una queja sobre un caso que está, simultáneamente, siendo juzgado en un tribunal? ¿Deberá rehusarse a tener conocimiento de tal queja? Depende.

Si la queja tiene el mismo objetivo que el proceso judicial, el "Ombudsman" deberá rechazar liminarmente su valoración, invocando la litispendencia para evitar una duplicación inútil y perjudicial al proceso y la eventual

contradicción en la decisión. También aquí vale, en el sentido diferente al original, el principio *non bis in idem*.

Pero si la queja tiene un objetivo diferente –por ejemplo invocar la violación al principio de justicia o de buena fe- o basada en el error manifiesto en el ejercicio de la técnica discrecional- siendo objeto de un proceso judicial diferente –vgr. limitándose a aspectos de legalidad escrita- entonces no veo por qué no tiene el "Ombudsman" el poder de examinar y decidir la queja al mismo tiempo que sigue su curso el proceso judicial: aquí no habrá duplicación de esfuerzos, ni podrá haber contradicción en las decisiones finales. Deberá aplicarse, por analogía, la regla (que tiene mucho de existir en Portugal) de que de un mismo acto se interpone simultáneamente un recurso jerárquico facultativo y otro contencioso, el superior jerárquico sólo puede valorar el mérito del acto recurrido y mantener reservada al tribunal la valoración de la respectiva legalidad.

En tercer lugar, una última observación. Sucede con relativa frecuencia que se presentan quejas a los "Ombudsmen" por los órganos de una persona colectiva pública contra otros órganos de la misma entidad (por ejemplo, la queja de una junta de integrantes contra la mesa de la respectiva Asamblea de integrantes, o una queja de miembros de la Asamblea Municipal contra la respectiva Cámara Municipal), o bien como quejas de una persona colectiva pública contra otra persona colectiva pública (por ejemplo, queja de un municipio o región autónoma contra el Estado). ¿Puede el "Ombudsman" tomar conocimiento de estas quejas y emitir recomendaciones sobre ellas?

Considero que hay que distinguir:

Si se trata de quejas sobre cuestiones que tienen mecanismos propios y específicos de solución establecidos en la ley, entiendo que éstas deben ser utilizadas en primer lugar y sólo si fueran bloqueadas de mala fe, el "Ombudsman" podrá intervenir (por ejemplo, en principio, una queja de uno o varios miembros de una asamblea local contra la actuación de la respectiva mesa debe, en primer lugar, ser valorada y decidida por el plenario de la Asamblea, y sólo si éste se rehúsa, sin fundamento válido, a valorarla de buena fe, entonces se debe iniciar una queja para la intervención eventual del "Ombudsman").

Si por el contrario, se trata de quejas sobre cuestiones para las cuales no existen mecanismos propios y específicos de solución establecidos por la ley, debe el afectado optar entre dirigir una queja al "Ombudsman" o el ejercicio de una acción judicial (como sucede, por ejemplo, en las solicitudes de indemnización por pérdidas y daños presentadas ocasionalmente por una autoridad local en contra de otra, o contra el Estado, o contra un instituto público autónomo), en la cual nada impide que el interesado opte por el recurso del "Ombudsman", ya que estará siempre, de cualquier modo, en el ámbito de quejas por actos u omisiones de los poderes públicos que hayan causado injusticias. Además, la Constitución portuguesa tiene incluso el cuidado de afirmar, según el artículo 23 número 2, que "la actuación del Proveedor de Justicia ("Ombudsman") es independiente de los medios sugestivos y contenciosos previstos en las Constituciones y en las leyes".

Considero, en tanto, que en esos casos, si el interesado opta por la vía del recurso del "Ombudsman", éste deberá, en cumplimiento del deber de información a los ciudadanos y en observancia al principio de buena fe, informar al quejoso acerca del plazo de que dispone para llevar el asunto al tribunal, advirtiéndole que si no lo hace dentro del plazo legalmente establecido, perderá el derecho de acción judicial y quedará completamente dependiente su éxito o no de las diligencias que efectúe el "Ombudsman", cuyos poderes –deberá también informarle– son meramente persuasivos y no tienen, por tanto, carácter decisivo.

D) El poder de iniciativa del "Ombudsman" y los límites que lo condicionan.

La teoría redaccional de las disposiciones del artículo 23 de la Constitución portuguesa –"Los ciudadanos pueden presentar quejas (...) al Proveedor de Justicia, que las valorará(...)"– es un modelo a consentir, *prima facie*, una interpretación puramente literal, de acuerdo a que el "Ombudsman" y los tribunales deben aguardar pacientemente que los casos a resolver sean expuestos por los interesados para su valoración; sólo así podemos tratar estos casos, negándoles tomar la iniciativa de investigar otros, mismos que tengan por objeto "actos u omisiones de los poderes públicos".

Por lo tanto, tal interpretación se me figura demasiado restrictiva, y anula muchas de las ventajas de la institución del "Ombudsman" que se pretende sea más con relación a la tutela jurisdiccional ofrecida por los tribunales, ya que acabaría por reducirla a menos, convirtiéndola en un órgano tan pasivo como los tribunales, pero

con mucho menos poder que éstos –en vez de decidir, sancionar o anular, sólo podría recomendar e intentar persuadir.

Por otro lado, la *ratio* del "Ombudsman" es, según la historia y el Derecho comparado, proteger eficazmente los derechos fundamentales de los ciudadanos y mejorar el funcionamiento de la administración pública. Ahora, por la teoría de los poderes implícitos, la norma que confiere un poder para determinado fin debe ser interpretada también como la concesión de todos los medios necesarios y suficientes para alcanzar ese fin.

Me parece a mí, pues, constitucionalmente posible –y hasta necesario– reconocerle al "Ombudsman" el poder de iniciativa para investigar, fiscalizar, denunciar irregularidades y recomendar alteraciones, buscando la mejoría de los servicios públicos, independientemente de tener o no haber tenido, al principio, cualquier queja de un afectado.

En este sentido, me parecen correctos y adecuados los estatutos y leyes orgánicas de varios "Ombudsmen" que prevén –como es el caso de Portugal– la posibilidad de que la actuación del "Ombudsman" se ejerza "por iniciativa propia" (artículo 4 del Estatuto del Proveedor de Justicia aprobado por la ley No. 9/91 del 9 de abril), así como el poder de emitir recomendaciones "a fin de mejorar los servicios públicos", o sugerencias "para la elaboración de una nueva legislación", e incluso el Derecho promover y divulgar el contenido y significado de cada uno de los derechos y libertades fundamentales", así como "intervenir en la tutela de los intereses colectivos o difusos cuando estuvieran en las causas

de entidades públicas, y finalmente, en la competencia para "solicitar al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica" (cfr. El artículo 21, No. 1 y 3 del Estatuto).

Me parece que esta concepción amplía las atribuciones del "Ombudsman" y es el que mejor coadyuva a la razón de su existencia como figura única que es compatible con el principio de "máximo objeto útil" de las instituciones creadas por la Constitución o por la ley.

En este sentido y a esta luz, me parece deseable (como ha sido dentro de ciertos límites en la práctica portuguesa) que el "Ombudsman" no se deje desconcertar por el creciente número de procesos iniciados en forma particular que le han sido sometidos para su valoración, sino al contrario, vea como se han ido incrementando sus iniciativas propias, a modo de pasar revista, por la forma regular y permanente, en los más diversos sectores y subsectores de la administración pública: hoy las fuerzas armadas o las fuerzas de seguridad, mañana las prisiones o los centros tutelares de menores, después las universidades y los institutos politécnicos, seguidamente de las administraciones locales y las regiones autónomas, más tarde la seguridad social y los sistemas de vivienda económica, y finalmente, las órdenes profesionales u otras asociaciones públicas que integren el "sector público administrativo" (SPA), además del ya referido "sector público empresarial" (SPE).

El "Ombudsman" se transformará así, paulatinamente, en un instrumento que puede ser muy útil y eficaz en la promoción e impulso de la tan necesaria reforma administrativa.

Claro que aquí también, en el plano de las iniciativas propias del "Ombudsman", tiene límites jurídicos-políticos que respetar: además de las inevitables limitaciones a consecuencia de la falta de medios, el "Ombudsman" deberá tener siempre presente, por un lado, el respeto íntegro al principio de la separación de poderes y, por otro lado, el carácter meramente recomendatorio –y no decisivo– del conjunto de sus competencias.

Normalmente, el "Ombudsman" deberá limitarse a inspeccionar, investigar y describir el estado en que se encuentra la administración pública – el desempeño de la función administrativa por parte de los poderes públicos– sin caer en la tentación de ser juzgador en la encomienda, que la Constitución le atribuye al gobierno de "dirigir la administración directa del Estado, superintendente en la administración indirecta y ejercer la tutela sobre ésta y sobre la administración autónoma" (CRP, artículo 199, línea d).

Pero, en compensación, el "Ombudsman" no deberá tampoco caer en la tentación de refugiarse en el anonimato, en la actuación discreta y distante de mirar al público, y de rehuir el contacto con los órganos de comunicación social. El "Ombudsman" debe utilizar la fuerza de la opinión pública al servicio de las funciones primarias que constitucionalmente le competen.

Esto me lleva a tomar el último punto que trata de cumplir el objetivo de mi ponencia.

E) La difusión de la actuación del "Ombudsman" y los límites que la condicionan

Por lo que acabo de decir, se volvió claro a mi modo de ver, que la

actuación del "Ombudsman", para ser eficaz e inspirar confianza a los ciudadanos y a la opinión pública, debe contar con un fuerte elemento de difusión. En la democracia, el público tiene el derecho a saber – y el sistema tiene interés en que el público sepa– lo que hace el "Ombudsman" y los resultados obtenidos con su actuar. Es fundamental que se divulgue a través de comunicación social –al menos una vez por año, si acaso más frecuentemente– cuáles son los servicios públicos que cooperan con el "Ombudsman" y cuáles no, cuáles son objeto de mayor número de quejas iniciadas y cuáles son las que menos peticiones suscitan, cuáles son los que más rápido o despacio aceptan y cumplen las recomendaciones del "Ombudsman", y cuáles son los que ignoran o tardan en cumplir; cuáles recomendaciones legislativas son las que el Parlamento o el Gobierno deciden hacer suyas, y cuáles son las que no tienen seguimiento; y finalmente, en que estado de buena o mala calidad se encuentran los sectores o subsectores de administración pública investigados en cada periodo por iniciativa propia del "Ombudsman".

La opinión pública es un medio de refuerzo para la eficacia del "Ombudsman", siendo a menudo, a mi modo de ver, absolutamente necesario y útil para el régimen democrático; no debe, con todo, traspasar ciertos límites que importan prevenir. Destacaré tres, entre los más relevantes.

Primer límite: en caso de que una persona presente una queja contra un acto u omisión de un servicio público cierto y determinado, el "Ombudsman" no deberá publicar la queja sin que primero abra un periodo para que el acusado pueda explicarse o defenderse. En

general, solo al final de la primera fase del proceso, cuando el "Ombudsman" tiene pruebas o se califica la buena o mala fundamentación de las quejas recibidas, es cuando deberán ser públicas. Es una exigencia de buena fe y lealtad en la cooperación entre instituciones.

Segundo límite: El "Ombudsman", para garantizar su responsabilidad, independencia e imparcialidad, deberá mantenerse siempre apartado de la lucha política que se desenvuelve libremente en una sociedad abierta. Él no es protagonista de la actividad política ni como sujeto ni siquiera como árbitro: está completamente fuera de esa arena de combate.

No debe, por tanto, el "Ombudsman" tomar partido a favor o en contra de cualquier partido, ni participar en los debates y controversias que alimentan día a día la vida política democrática, ni apoyar o criticar las propuestas, proyectos o programas que el gobierno o la oposición somete a discusión política o pretendan ser aprobados, normalmente, en el Parlamento. Por ende, entiendo también que el "Ombudsman" no debe, por los mismos motivos, divulgar cualesquiera recomendaciones o resultados de las investigaciones que hayan hecho, asimismo de las que ya se concluyeron, en tiempos de campaña electoral o de alta tensión política, sobre todo si tales recomendaciones o investigaciones afectan la situación de personas directamente vinculadas en la coyuntura del momento (quejas contra el presidente de la Cámara que se lanza para un nuevo periodo, investigaciones con resultados negativos para un Ministerio cuyo titular disputa elecciones, lo relativo a un servicio público cuyos dirigentes sean señalados cuando están en vías de

ser sustituidos por otras razones, etc.). Se trata de una exigencia del principio de imparcialidad, que causa un respeto escrupuloso en todos los casos y circunstancias.

Tercer límite: el "Ombudsman" es una institución que goza de un gran prestigio en todo el mundo, es por eso que se ha generalizado un poco por todas partes, en gran medida porque constituye una institución independiente que no goza de poderes decisivos, que actúa por medios informativos, que avanza discretamente en cuanto a cada caso que llega a su término y que mantiene siempre su carácter apartidista y apolítico. El "Ombudsman" es, pues, un poderoso órgano de fiscalización y control de las actividades administrativas de los poderes públicos, mas no es –ni debe parecer que es– un contra poder. El "Ombudsman" no es un sindicato, ni un partido de oposición, ni es un nuevo tribunal del pueblo, tampoco puede ceder nunca a la tentación fácil de la demagogia. Ya Aristóteles condenaba, hace 25 siglos, la demagogia como corruptor de lo que él llamaba la República, y nosotros llamamos hoy Democracia.

De nuevo se puede subrayar aquí, a este respecto, que el "Ombudsman" cumple –en todos los momentos y en todos los aspectos– con el respeto del principio de la separación de poderes y, por consiguiente, ha de tener siempre presente, en los pasos que ha de dar o no, que en una Democracia quien legisla es el Parlamento, quien gobierna es el Gobierno y quien administra la justicia, resolviendo los conflictos de intereses, son los tribunales.

El "Ombudsman" tendrá siempre, sin interferir en la competencia

exclusiva de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, un largo campo de acción para ejercer sus atribuciones. Es importante que siempre lo haga sin invadir las competencias ajenas, y sin querer aparecer, demagógicamente, como el único baluarte de la honestidad pública, cual pequeña isla rodeada por todos lados de políticos y funcionarios deshonestos, corruptos e indignos de confianza de sus conciudadanos. *El honeste vivere* es una regla ética de valor superlativo de una fórmula que pervive de los juristas romanos de la antigüedad. Pero la obsesión malsana con la purificación moral de otros, impuesta por un iluminado que a sí mismo se considera como la única encarnación de la pureza, es un gran peligro que lo puede llevar de las mejores intenciones a los peores resultados: Robespierre comenzó puro, y en nombre de esa pureza se convirtió en tirano, y por causa de esa tiranía acabó en la guillotina. No es esa una trayectoria recomendable para los "Ombudsman" de un régimen democrático, equilibrado y pacífico.

II

Señor Presidente,
Señoras y señores:

De acuerdo con el tema al que fui invitado para participar el día de hoy, debería hablarles ahora de los postulados y límites éticos de la acción del "Ombudsman". No desarrollaré, sin embargo, este aspecto del tema propuesto por dos razones.

En primer lugar, porque el fenómeno relativamente reciente de la "ética del Derecho", se ha vuelto completamente caduco y ha traspasado la vieja noción del

Derecho como "ética mínima", como los primeros criterios y límites éticos de actuación del "Ombudsman" que han sido, en buena hora, asumidos e incorporados por el orden jurídico de los regímenes democráticos. Fueron, los que ya mencionamos en varios títulos anteriores, los principios generales a lo que estaba subordinado, por la Constitución o la ley, la actividad administrativa de los poderes públicos. Es el caso de los principios de la justicia, la igualdad, la proporcionalidad, la imparcialidad y la buena fe (CRP. artículo 266, número 2).

En segundo lugar, entiendo el deber de abstenerme –*hic et nunc*– de hacer más incursiones en el dominio de los criterios y límites éticos de la actuación del "Ombudsman", porque considero que el Estado de Derecho democrático debe confiar internamente en las personas que en cada momento son escogidas para ejercer la alta función del "Ombudsman". No dicen nuestras Constituciones democráticas, y las leyes que aprueban o establecen la figura, ¿que el "Ombudsman" es un órgano exento e imparcial, designado por el Parlamento por una minoría de dos tercios de los diputados, y escogido de entre los ciudadanos que gozan de una "comprobada reputación de integridad e independencia" (Estatuto del proveedor de Justicia, artículo 5º, números 1 y 2)?

Para mí, eso se acerca. Un ciudadano escogido de esa forma, en los términos indicados, merece ser considerado, hasta que se pruebe lo contrario, como un "Ombudsman" íntegro e independiente –y por tanto, capaz de auto-orientarse y auto-vincularse, por los criterios y límites éticos más exigentes.

Debo además decir que confío mucho más en un ciudadano designado por la mayoría de dos tercios, o que es lo mismo por la mayoría simple, de un Parlamento democrático que en la unanimidad de la Asamblea de cualesquiera dictadura militar o de partido único.

¿Cuáles son, entonces, los criterios y límites éticos que deben orientar la actuación de un buen "Ombudsman"?

Pues son, precisamente, aquellos que resultan de la Constitución y de la ley, por un lado, y, por el otro, los que emanan de la conciencia moral de cada uno de ustedes, señoras y señores "Ombudsmen", en quienes tenemos el derecho y el deber de confiar plenamente.

III

Señor Presidente,
Señoras y señores:

Termino con la pregunta inicial: y ¿qué es, a final de cuentas, el "Ombudsman"?

Él es, sin duda, un órgano del Estado. Es un órgano constitucional, es ahí donde fue creado y regulado, primeramente, por la propia Constitución del país.

Pero ¿qué tipo de órgano del Estado es el "Ombudsman"?

No es, propiamente, por lo menos en su configuración más típica, una comisión presidencial, parlamentaria o gubernamental. No es tampoco, un tribunal especial. ¿Acaso será una autoridad administrativa independiente? Tampoco me parece, porque se sitúa en un nivel superior de las autoridades administrativas, tanto que puede

controlar a su manera ciertos aspectos del actuar de todos los órganos de la soberanía – Presidente de la República, Parlamento, gobierno y tribunales. Sobre este aspecto, el "Ombudsman" deber ser, a mi modo de ver, calificado como autoridad constitucional independiente –el cual integra el sistema de "checks and balances" previsto en la Constitución, a fin de defender al ciudadano, por medios informales y de manera persuasiva contra las ilegalidades e injusticias cometidas por actos u omisiones en el ejercicio de la actividad administrativa de los poderes públicos.

¿Será el "Ombudsman" un poder del Estado?

Si los tres poderes inmortalizados por Montesquieu legislan, ejecutan y juzgan, el "Ombudsman" investiga y controla la actuación administrativa de esos tres poderes, con plena independencia e imparcialidad, a fin de prevenir o reparar injusticias. Está, pues, fuera y más allá de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, actuando sobre todos ellos, un destacado y eminente órgano de garantía de los derechos fundamentales del individuo frente al Estado.

Llámesese "Ombudsman", "Proveedor de Justicia", "Defensor del Ciudadano", "Mediador" u otro nombre cualesquiera, él es, en realidad, el protector institucional del ciudadano y de sus derechos fundamentales frente al poder.

Es, por tanto, uno de los pilares básicos en que se asientan las bases del Estado de Derecho democrático. Esos pilares durante cerca de dos siglos, fueron tres, pero después, a partir del primer "Ombudsman", creado en Suecia

en 1809, se extendieron rápidamente al resto del mundo en el siglo XX, esos pilares pasaron a ser cuatro.

El "Ombudsman" es, por consecuencia, en mi opinión, el cuarto poder del Estado. Yo sé que esta designación se acostumbra dar a los medios de comunicación social, a los mass media, pero a mi modo de ver, eso es erróneo, porque ellos no son un poder del Estado, sino un poder fáctico de la sociedad civil, y ése no es el cuarto poder, pero hoy en día el segundo, luego después que el primero, es el poder electoral del pueblo soberano.

Sostengo, pues, que el "Ombudsman" es el cuarto poder. Si Montesquieu volviera a la vida, ciertamente no vacilaría, con todo su realismo y poder de observación, a proclamar una nueva edición del Espíritu de las leyes, con los cuatro poderes del Estado actuales.

No sé que nombre le daría, en francés, al cuarto poder, pero tengo la certeza de que lo consideraría tan importante como los tres primeros y –en un aspecto, por lo menos- hasta podría afirmar, con fundamento válido, que el cuarto poder es más importante que los otros tres, y es que el "Ombudsman" controla y fiscaliza, si no todo en parte, a los otros tres poderes, pero ninguno de esos tres poderes puede controlar o fiscalizar al "Ombudsman".

Digna, pesada y vasta es, pues, señoras y señores, la función cívica del "Ombudsman".

Sólo puedo desearles a ustedes, muy sinceramente, el mejor de los éxitos en el desempeño de sus cargos. Y mi profunda reflexión es esta: por cada ilegalidad por

ustedes eliminada, por cada injusticia por ustedes reparada, por cada mejoría en el funcionamiento por ustedes alcanzada, el ciudadano al que hayan logrado defender, sentirá en su pecho una nueva esperanza en el futuro –y se convencerá de que vale la pena defender sus derechos y luchar por ellos, porque sabe que tiene a su lado, y caminando con él, quien quiera combatir cotidianamente por la supremacía del Derecho, por el triunfo de la justicia y por la tutela efectiva de los derechos humanos.