

Capítulo I

¿Qué es la Defensoría del Pueblo?

1. Definición, origen e historia

1.1. Desarrollo histórico y filosófico de la idea del Ombudsman

Antes del surgimiento de la institución del Ombudsman, como se lo conoce hoy en día, existieron varias figuras que, por sus características similares y sobre todo por su objetivo común, pueden ser tomadas como antecedentes. El ejercicio del poder da lugar a conflictos entre gobernados y gobernantes; por ello desde siempre el hombre buscó mecanismos de solución y control, así como de amparo, debido a las arbitrariedades que las autoridades podían cometer en el ejercicio de sus funciones. A través de la etnología sabemos que los antiguos reyes egipcios tuvieron en sus cortes funcionarios para recibir quejas. Moisés nombró a enviados especiales para que recibieran las quejas de los hebreos.¹

En la antigua Grecia, existieron en algunas *polis* varios funcionarios oficiales encargados del control de la Tesorería; sin embargo, esta competencia de vigilancia y control podía extenderse por sobre todos los funcionarios. En Atenas, los ciudadanos y los extranjeros tenían la posibilidad de quejarse del funcionario con el competente *Euthynoi*, el cual debía observar que los funcionarios cumplieran con la resolución del Consejo, para lo cual podía también actuar por propia iniciativa. En Esparta, el órgano de control más conocido fue el *Ephorat*, establecido en la mitad del siglo VII a. C., elegido por un período de un año, que debía vigilar las actividades estatales, inclusive el ejercicio de las funciones del rey y el cumplimiento de las leyes por los vecinos del lugar. Actuaban de jueces en litigios de derecho privado y ejercían una competencia casi sin limitaciones en el ámbito penal.²

1 C. Ferris, B. Goodman y G. Meyer, citados por N. Caiden, N. MacDermot y A. Sandler (eds.): *The Institution of Ombudsman en International Handbook of the Ombudsman*, tomo I, Wesport, Connecticut, 1983, p. 9.

2 G. Dulkeit, F. Schwarz, W. Waldstein, F. Gschnitzer, W. Haller, J. Hansen, H. Kunkel, citados por H. Matthes: *Der Bürgerbeauftragte: eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des Ombudsman-Models in Rheinland-Pfalz, Schriften zum Öffentlichen Recht*, Band 389, Berlín, 1980, p. 24. Al respecto comentan los autores de las consecuencias positivas y negativas que tuvo una institución netamente política como fue el Ephorat. Igualmente opinan con respecto al carácter demagógico que tuvo el defensor civitatis, pese a las restricciones impuestas.

También el Imperio romano tuvo originariamente al *tribuni plebis*, regulado legalmente en el año 368 por el emperador Valentiano I. Este funcionario era nombrado por el *praefectus praetorio*;³ al principio el cargo fue vitalicio, pero luego su duración fue de cinco años. En el siglo IV d. C. existió el *defensor civitatis*, que actuaba como abogado de los pobres, protegiendo y resguardándolos de la opresión de las autoridades locales y estatales. Una vez adoptado el cristianismo como religión oficial del Estado romano, Constantino (306-337) concedió grandes ventajas a los obispos, quienes con rango senatorial también participaron en la defensa de los pobres. En los primeros años de la República (494 d. C.) se establecieron los tribunales populares. Originalmente tuvieron que proteger a los ciudadanos plebeyos del abuso de los magistrados, pero la competencia de estos varones sacrosantos fue más allá del control de los funcionarios; basados en su *jus intercedendi* podían arruinar las disposiciones administrativas y aun las del cónsul. El largo contacto a través de los siglos IV-VII del pueblo visigodo con los romanos y la posterior fusión de visigodos e hispanorromanos dio como resultado la combinación de derechos. El *defensor civitatis* fue el cargo más importante de la curia municipal visigoda; sin embargo, a lo largo de ese siglo, luego de la batalla de Guadalete (711) y la invasión de árabes y beréberes a España, esta figura acabó por desaparecer.

En el Imperio chino la gestión de los funcionarios estaba a cargo de los censores, quienes ejercían una extraordinaria e intensiva vigilancia a través de una gran maquinaria de control. La actividad de los censores se inició en la dinastía Manchu, cerca del siglo III a. C., y se expandió hasta lograr su mayor desarrollo bajo la dinastía Yung Cheng, en el año 1725. Dio origen a una organización con posibilidades de control sobre la Constitución en general, sobre toda la jurisprudencia hasta el más alto dignatario del Imperio. Este immenseo aparato de control fue, luego de la caída de la monarquía, en el año 1912, asumido por el régimen republicano con un nuevo formato. En los disturbios de este período republicano, el sistema de control experimentó varios cambios, como la creación del primer control Yuan, en 1925, en la provincia de Cantón. Éste consistió en un censor y un tribunal de cuentas que se mantuvieron hasta luego del desalojo del régimen nacionalista del continente con Mao Tse-Tung, cuyos rezagos acabaron por extinguirse en Taiwán.⁴

La Constitución de 1676 de Nueva Jersey y la de Pennsylvania de 1681-2 contenían la disposición que fue encomendada a los censores de defender la libertad de los ciudadanos de las acciones inconstitucionales y de las autoridades públicas. El artículo 47 de la Constitución de Pennsylvania de 1776 esta-

3 Vladimir Serrano P. (comp.): *Derecho, ecología y sociedad*, Quito, 1994, p. 186.

4 G. Brunner: *Kontrolle in Deutschland*, Colonia, 1972, p. 294.

bleció para el pueblo un Council of Censors.⁵ Los censores fueron además elegidos con el propósito de emitir informes, hacer propuestas de *lege referenda* y otras recomendaciones pertinentes. Similares disposiciones se encuentran también posteriormente en la Constitución del Estado de Vermont y en la de Nueva York.

Sin embargo, a pesar de todos los antecedentes anotados, según los datos que recoge Anderson,⁶ la palabra misma *Ombudsman* tiene sus raíces etimológicas en el alemán antiguo de las tribus germanas del Medioevo. Posteriormente esta definición se extendió para todo agente de gobierno.

1.2. Desarrollo sociológico y político. La sociedad civil y el Estado

Como vemos, la historia está llena de ejemplos dignos de citar; la variedad de las concepciones del control y vigilancia del poder planteadas aparecen muchas veces como poco realistas, ya que en su mayoría difícilmente lograron hacerse efectivas en la práctica y terminaron por sucumbir junto con sus respectivas formas de poder. Mientras tanto, subyace el conflicto que reaparece en cada época como consecuencia de la interacción de poder y de su injerencia en la esfera de la libertad de las personas.

La naturaleza misma de la institución del Ombudsman o Defensor nos lleva a revisar la historia del Estado como punto de partida de éste. La formación de los Estados es un proceso histórico lento cuyo origen data del Renacimiento⁷ europeo. Como sucesos importantes que se dieron en este proceso citamos la secularización y la centralización del poder. Vinculada todavía al derecho divino de los reyes, surge la forma de Estado absolutista, apoyada en el derecho y la administración *regia* como elementos unificadores de su poderío.

Esta nueva forma de poder da lugar a un nuevo tipo de problemas en su control; si bien desaparecen las instancias intermedias y los mecanismos de control grupal propios del feudalismo, así como los pactos imperiales y papales, a la par van generándose nuevos componentes sociales, como los funcionarios o servidores de la corona,⁸ que “sustituyeron a estos poderes y quedaron in-

5 Haller y Hansen: o. cit., p. 28: “The Federal Judicial Act of 1789: [...] the constitution has been preserved inviolate in every part and whether the legislative and executive branches of government have performed their duty as guardians of the people [...]”.

6 S. Anderson: *Ombudsman Papers: American Experience and Proposals*, Institute of Governmental Studies, University of California, Berkley, 1969, pp. 2-3. Esta persona a la que Anderson se refiere fue el Ombudsman: “‘Om’ being ‘About’, ‘Bud’ being the messenger collecting the fine” que, según la descripción etimológica que hace de la palabra, designa al encargado de cobrar la multa.

7 Antonio Torres del Moral: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, 1991, pp. 26-27. Entre los hechos que dan origen al Estado cuentan la “asunción de la civilización grecorromana” que “aportó la seguridad jurídica indispensable en un mundo económico complejo”, “un mundo en transformación” en el cual se amplían no sólo las fronteras sino la ciencia, el conocimiento, el mercado, el comercio, la competencia incipientemente capitalista, los derechos y la libertad de pensamiento.

8 Ibídem, p. 28. Torres del Moral señala que ya en el feudalismo la Iglesia poseía una organización monista, que desvinculaba el ejercicio con la titularidad del poder; se trataba de los cargos u *officia*, tomados del Imperio romano, que sirvieron de modelo y “pieza técnica esencial de la forma estatal de ejercicio del poder”.

sertos en una organización impersonal, centralizada y jerárquica”; por su parte, la nobleza pugnaba también por sus privilegios cuando la racionalidad de la administración centralizada buscaba la igualdad de derechos para todos los súbditos; a todo ello se sumó la creciente burguesía, resultado de la economía capitalista emergente.

La transición de lento despliegue hacia los Estados independientes supuso un replanteamiento de varios principios y estructuras medievales, condicionados tanto a factores ideológicos como políticos y materiales. Para sustentar las guerras civiles (XIV-XV) y afrontar sus costos se necesitaron no sólo grandes ejércitos, sino también reorganizar los ingresos públicos y crear una infraestructura administrativa adicional que se encargara de ellos y de los asuntos externos; además, gracias a las ambiciones expansionistas, aumentaron la economía manufacturera y las transacciones mercantiles. Con la llegada de plata y oro americanos (XV-XVI) se incrementaron la circulación monetaria y el consumo suntuario. La religión influyó definitivamente para fortalecer el poder del Estado, sobre todo la iglesia protestante, al poner al rey como cabeza. “La salvación eterna dependerá de las Iglesias, pero la salvación histórica de las Iglesias depende del Estado”.⁹ Un factor decisivo en el afianzamiento del poder del Estado fue la adopción del derecho romano en el sentido jurídico formal. Para sostener esta estructura surgieron nuevas cortes,¹⁰ contadurías encargadas de los asuntos financieros, consejos de estado y representantes del poder de la corona.

La razón del Estado en “un mundo nuevo que no gira en torno a Dios ni al diablo, ni a lo bueno ni a lo malo, sino en torno al *poder*”¹¹ es el nuevo replanteamiento que rechaza los conceptos sacralizantes y los reemplaza con los del análisis de la naturaleza de los hombres: iguales y egoístas, éstos se ven obligados a pactar en busca de la paz en una organización social y política llamada Estado. Siguiendo con la misma corriente iusnaturalista de las teorías del pacto, reforzada con la idea de defensa de la libertad, la igualdad, la dignidad y la propiedad de los ciudadanos, se van sentando las bases del Estado moderno de naturaleza civil; una comunidad política basada en la superioridad de la ley en la cual se distinguen las tres funciones: legislativa, judicial y ejecutiva.

Durante los siglos XVII y XVIII se va gestando el nuevo modelo de Estado liberal como resultado de la hegemonía social y económica de la burguesía; mientras Inglaterra y Holanda dieron paso al nuevo orden político, el

9 Manuel García Pelayo: “Del mito y de la razón política”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1968, citado por Andrés de Blas Guerrero y Ramón García Cotarelo: *Teoría del Estado*, 6^a reimpr., Madrid, 2000, p. 75.

10 Tal es el caso de la creación del Canciller de Justicia o *Justitiëkansler*, precedente inmediato del Ombudsman sueco.

11 Torres del Moral: o. cit., pp. 41 y 42. Al analizar las obras y el pensamiento de Maquiavelo y Hobbes, el autor concluye que “mientras el eje de la teoría de Maquiavelo es el principio y su gloria (proporcionada por el poder), en Hobbes el eje es ya el poder por sí mismo”.

resto de las monarquías europeas y sus colonias tuvieron que tocar fondo en los problemas causados por la centralización del poder político. Inglaterra, reivindicó en 1628 los derechos reconocidos en la Carta Magna de 1215; a pesar del intento republicano de 1653, se volvió a restaurar la monarquía en 1660, y en 1679 se aprobó la Ley del Hábeas Corpus. Diez años más tarde, Guillermo de Orange firmó el *Bill of Rights* e instauró un régimen parlamentarista oligárquico; se aumentaron las libertades populares gracias al triunfo de la burguesía representada mediante sufragio corporativo y unitario en una de las cámaras, formando alianza con la nobleza y con la monarquía. Las colonias americanas rechazaron el cobro de tributos y suspendieron el comercio con Inglaterra hasta declarar finalmente su independencia en 1776. Francia rompió bruscamente con el antiguo régimen absolutista y proclamó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789.

Los primerísimos valores liberales acuñados a lo largo de este proceso histórico y recogidos por los textos constitucionales —derechos, libertad e igualdad intrínsecas en todos los seres humanos; tecnología, progreso y libre comercio como generadoras de libertad económica; imperio de la ley, división de poderes, representación política y soberanía nacional— no dejaban sin embargo de tener varias contradicciones, más aún a principios del liberalismo: la limitación del voto censitario, la aceptación de la esclavitud, la corrupción en colaboración con la burguesía, la libertad confesional, etc.

Pero aún más profundas resultan las contradicciones del Estado liberal, puesto que, si bien por un lado se presenta como un Estado de Derecho,¹² por otro minimiza¹³ su participación política, dando lugar a varios cuestionamientos políticos y económicos de gran contenido social, como la lucha por la igualdad a través del sufragio universal, la imposición de una política fiscal que a través de la redistribución de la renta ayudara a sostener funciones subsidiarias del Estado que no solventaba la empresa privada, como los servicios públicos, la polémica del librecambio y el proteccionismo, etc.

Esta disparidad entre la teoría y la práctica del Estado liberal evidencia su posición clasista, lo cual haría inevitable el surgimiento de nuevas crisis sociales y la necesidad de dar nuevas respuestas políticas. Los movimientos sociales de mediados del siglo XIX retomaron la idea de igualdad postulada en la Revolución francesa y concretaron su lucha hacia la consecución del su-

12 Ibídem, p. 73. Acertadamente Torres del Moral menciona la falta de neutralidad de esta teoría; “la clave de su trasfondo ideológico nos la proporciona la índole de los derechos y libertades que garantizaba este derecho limitador del poder: son derechos civiles y políticos, no sociales ni económicos. No requieren del Estado prestaciones sociales sino sólo vigilancia y represión de las posibles perturbaciones. Son, en fin, los derechos ‘naturales’ de la burguesía decimonónica”.

13 Adam Smith formula que en el liberalismo el poder político tiene únicamente tres funciones: 1) asumir las obras de interés público que no sean campo de las empresas privadas; 2) garantizar el orden público y 3) garantizar la defensa del país contra las agresiones exteriores.

fragio universal. Las clases sociales explotadas en el proceso de acumulación capitalista también trataron de organizarse para luchar por sus intereses y ser reconocidas legalmente, con lo cual se evidencia ya la lucha democrática.¹⁴

Hasta entonces predominó el ideal de un Estado liberal¹⁵ en el cual las autoridades públicas debían velar por conservar el orden interno y la seguridad exterior. La administración pública tenía una función esencial cuando la política dejaba al individuo en libertad de orientación de su personalidad, trasladando a la sociedad civil la transformación del orden social existente.

A principios del siglo XX se inicia un cambio fundamental en la estructura de la administración y en las leyes del régimen administrativo. Varios son los factores que intervienen para definir el nuevo concepto y la tarea del Estado: las secuelas que deja la Primera Guerra Mundial, la incapacidad del Estado de asegurar el orden político y económico, las experiencias socialistas y anarquistas y el advenimiento de la tecnología y la industrialización, entre otras.

En un nuevo intento por dar solución a las consecutivas crisis políticas y buscando alcanzar además la justicia social distributiva, el Estado asume dentro de sus potestades las de índole económica y se convierte en un ente regulador y estructurador que procede a intervenir con subsidios, promover la educación, la tecnología, fomentar una política nacional y redistribuir la riqueza con criterios de igualdad y justicia;¹⁶ es decir, en un Estado social en el cual la voluntad ciudadana debe ser establecida en un Estado de Derecho social, pero no como categoría contradictoria sino de implicación recíproca, donde los valores y los fines del Estado social se ven encaminados hacia la consecución de la “procura existencial” (*Deseinvorsorgebedürfnisse*) que incluye tanto las posibilidades de existencia materiales como inmateriales y “que rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como de la política social *sensu stricto*” y cuya carencia produce “menesterosidad social”.¹⁷

14 H. Wolff y O. Bachof: *Verwaltungsrecht I Studienbuch*, 9^a ed., Múnich, 1974, p. 44. El advenimiento de la democracia acaba con la dualidad entre Estado y sociedad; el Estado, que era un garante del orden social, asume el rol de gestor.

15 Manuel García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 10^a reimpr., Madrid, 1996, p. 22: “el Estado, organización artificial, ni debía, ni a la larga podía tratar de modificar el orden social natural, sino que su función habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo [...]. De este modo, el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos, cada uno de límites bien definidos, con regulaciones autónomas y con mínimas relaciones entre sí”.

16 H. Heller (*Gesammelte Schriften*, 1^a ed., Gesammelte Schriften, Sijthoff, Leiden, 1971, t. II, pp. 443 y ss.) formuló la idea del Estado social de Derecho. “La solución no está en renunciar al Estado de Derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes: sólo el Estado social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización”.

17 Forsthoff (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Múnich, 1973, p. 370 y ss.): “Toda actuación de la Administración para proporcionar a la generalidad [...] prestaciones útiles” que incluyen: el desarrollo o el control de sistemas; la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional; la realización de una serie de prestaciones sociales garantizadas por los textos constitucionales tales como la fijación de un salario mínimo vital, la procura de un puesto de trabajo, la atención de los incapacitados para el trabajo y el acrecentamiento de las posibilidades vitales especialmente de empleados y obreros mediante una justa distribución de ingresos, acceso a los bienes culturales y servicio social.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la manifestación de esta forma de Estado¹⁸ se hizo sin embargo presente tanto en los programas de los partidos socialistas y socialdemócratas como en sus antagónicos demócrata-cristianos; aunque ambos aplicaron políticas reformistas, intervencionistas, providenciales o benefactoras, el concepto ideológico plasmado en las Constituciones poco a poco fue perdiendo ese contenido. Apegado a la doctrina neocapitalista,¹⁹ el Estado —ya servidor y concesionario de energía, transporte, medios de comunicación, educación, salud, propulsor de la industria y el comercio, de asegurar la propiedad privada— se hacía responsable de asegurar la vida de los ciudadanos, de procurar la disponibilidad y el abastecimiento necesarios para su existencia; intervenía además en el control del proceso económico con el fin de solucionar los problemas sociales y de tratar de disminuir las diferencias sociales.

Basta observar el ámbito de acción que ocupa el Estado dentro de la amplia gama de servicios que ofrece, a lo que se suma, además, su gestión empresarial en la explotación, generación, comercialización y redistribución de materias primas, para calcular las dimensiones que adquirió. Junto con esta demanda debía marchar el engranaje de la administración pública y fiscal estatal, y con mayor razón el rendimiento administrativo establecido, con lo cual, paralelamente el Estado fue incrementando no sólo su tamaño sino también su gestión. El supuesto de que el neocapitalismo exige el crecimiento del consumo es además relativo al fin del Estado social de procurar bienestar social; por lo tanto, le corresponde al Estado no sólo contribuir al aumento del consumo sino también asumir la función distribuidora de los bienes y servicios que presta. La plurifacética función distribuidora conduce al Estado, asimismo, a asumir la responsabilidad de un Estado *manager* o planificador de la dirección general del proceso económico, lo cual supone una transformación en sus funciones tradicionales de un Estado predominantemente legislativo a un Estado predominantemente administrativo o de prestaciones.

Entre las consecuencias más significativas de esta conversión, a la participación en la voluntad estatal a través de los partidos se suma el derecho de la lucha por la participación en la distribución de las prestaciones que el Estado brinda. La participación en esta lucha no es homogénea sino diversificada según los actores, quienes buscan soluciones concretas a sus proble-

¹⁸ Dahrendorf, citado por De Blas Guerrero y García Cotarelo, o. cit., p. 104. “Como ha señalado Dahrendorf, el Estado de Bienestar ha de entenderse como el resultado de un pacto entre socialdemócratas y liberales al final de la Segunda Guerra Mundial”.

¹⁹ John Maynard Keynes: *Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes*, 7^a ed., Duncker & Humboldt, 1994. Teoría económica formulada por Keynes en 1936 según la cual, mediante el control del proceso económico por parte del Estado, era posible por métodos democráticos, manteniendo la propiedad privada de los medios de producción, sin alterar fundamentalmente la economía capitalista, fomentar el crecimiento de la producción y, por consiguiente, la oferta de empleo, evitar el desempleo y aumentar la capacidad adquisitiva de las masas.

mas específicos. Las demandas de la sociedad al Estado se canalizan por diferentes vías; no únicamente a través de los partidos políticos, sino también a través de las organizaciones de intereses, empresas, sindicatos o asociaciones defensoras de estos intereses,²⁰ que entran en constante interacción con el Estado y llevan a cabo el proceso de socialización de éste.

Con la sensación de responsabilidad ante nuevas tareas, y más tarde ante otras variables que se conjugaron —como una población creciente, el desarrollo de una sociedad de masas, el proceso de urbanización y el desarrollo tecnológico—, la administración pública creció de tal forma que existía el consenso de que un gran aparato administrativo era señal de una sociedad altamente industrializada. Por desgracia, no existen registros²¹ que muestren que dicho crecimiento representa el verdadero alcance y rendimiento de la administración para luego dar origen a una efectiva legislación. Este crecimiento no sólo multiplicaba las autoridades administrativas, sino que particularmente promovía la gestión de la administración, puesto que el orden social debía ser una realidad producto de la tarea de la organización.²² La expansión de las funciones del Estado como resultado de las obligaciones adquiridas para con los ciudadanos por mantener el orden social tuvo como consecuencia que la vida de las sociedades y las naciones en desarrollo, en cierto sentido, llevaran el sello estatal de la burocratización²³ y de la tecnoburocracia.²⁴

20 Lo que los alemanes denominan *Estado de asociaciones* (*Verbändestaat*), en el cual “la política se convierte en una buena parte en un conflicto de intereses concretos”.

21 Un ejemplo claro de este proceso se lo encuentra en las estadísticas que arroja Alemania Federal, donde la administración, sin contar con el personal de defensa, creció de 59.885 empleados en 1950 a 280.437 en 1967.

22 Manuel García Pelayo: *Burocracia y tecnorocia y otros escritos*, Madrid, 1974, p. 204. Se entiende por organización al “orden estructurado por una racionalidad previa a la realidad ordenada”, contrapuesto al de la ordenación, que es un “orden estructurado por una racionalidad inmanente a la realidad misma”. “Lo importante es que en la organización el planteamiento racional es previo a la *praxis*, mientras que en la ordenación se descubre una racionalidad en la *praxis misma*”.

23 Ibídem, 1974, pp. 15-22. La palabra *burocracia* tiene una pluralidad de significaciones: entendida como un “sistema de gestión y administración altamente racionalizado y de máxima eficiencia técnica, caracterizado por ciertas notas como la organización jerárquico-autoritaria, la asignación de funciones en virtud de una capacidad objetivamente demostrada”, etc., es el tipo ideal concebido por Max Weber; o como un “sistema de racionalidad y funcionalidad aparentes y de arbitrariedad y disfuncionalidad reales, cuyo resultado es la ineficacia”, etc. El autor concluye que la primera puede transformarse en la disfuncionalidad que “preside la segunda en virtud de que las respuestas expresadas en la conducta efectiva de los funcionarios y que se articularán entre sí hasta llegar a constituir un sistema fáctico o una *informal organization*, difieren de las imaginadas en el sistema formal”. Otro significado es el de un “cuerpo o conjunto de personas (funcionarios) jerárquicamente organizadas y caracterizadas por ciertas notas estructural o coyunturalmente cambiantes”, como el carecer de propiedad sobre el objeto, no ser elegido por los administrados, estar dotados de un específico saber o status jurídico y/o social, tener como profesión única o principal el servicio burocrático y actuar rigurosamente de acuerdo a ciertas normas o precedentes aunque ello contradiga sus propios criterios y convicciones; definición que corresponde al *estamento de funcionarios* (*Beamtenstand*), frente al cual la sociedad civil consta como *Privatstand*. En ciertos contextos se entiende también como “un sistema político no sólo administrado, sino también dirigido por funcionarios, de cuyas capas superiores se reclutan preponderantemente —o, en los casos límites, totalmente— los miembros de la clase política, de modo que la burocracia viene a acumular los poderes de decisión política y contradice los de ejecución administrativa, sea formal, sea fáctica”. “También aquí la disfuncionalidad interna del aparato o subsistema burocrático puede ser el costo a pagar para el mantenimiento del conjunto del sistema político en el que esté inserto, si es que éste tiene la suficiente capacidad de adaptación o de absorción de disfuncionalidades”. Con este análisis llega a elaborar ciertos criterios con los cuales se puede determinar el grado de burocratización de un sistema político.

24 Ibídem, 1974, pp. 32-33: La tecnorocia “tiene como supuestos la imagen del Estado, de la sociedad global y de las sociedades sectoriales como sistemas técnicos o, simplemente, como ‘sistemas’ en el sentido genérico; [...] tales entidades han de ser configuradas y orientadas fundamentalmente según los principios y los objetivos propios de la razón

La técnica moderna de la organización trató de brindar soluciones para detener la excesiva burocratización. El punto de vista del derecho estatal evidenció como respuesta una tendencia a perfeccionar la legislación y aun a incrementar su número para áreas especializadas. Disposiciones de dudosa calidad, como diligencias, trámites e instrucciones de orden especiales que exigían al empleado estatal la diaria aplicación de reformas permanentes, también llevaban el riesgo de subestimar el conocimiento del ciudadano. Esta tarea duplicó el trabajo y la exigencia de rendimiento, pero fue un fenómeno contradictorio que, según algunos críticos, fue el germen del crecimiento del aparato burocrático, producto no del aumento de trabajo sino de su complejidad. “La guerra de los papeles”, “el idioma de los juristas”, “la espesura de las competencias” eran las calificaciones del trámite burocrático, que se convirtió en lo que algunos autores llamaron “el nuevo despotismo” o lo que Max Weber²⁵ describió como *la verdadera soberanía de los Estados modernos*, que finalmente convierte al Parlamento en un órgano “superficial y aficionado” en comparación con el “especialista” burocrático.

En virtud del impacto que puede tener la burocracia sobre el orden político y el ejercicio del poder, resulta interesante mencionar ciertas características diferenciales entre la burocracia y la tecnocracia.²⁶ Ninguna de las dos es elegida por los administrados, sino designada por una autoridad superior, pero difieren básicamente en el hecho de que las reglas de la buroestructura son de carácter primordialmente jurídico, fijas, y están dotadas de imperatividad formal, mientras que las de la tecnoestructura son de carácter primordialmente técnico, fundamentalmente flexibles, de carácter fáctico, adaptables al progreso tecnológico, a la especificidad del problema a resolver, a la necesidad de las cosas sobre las que el técnico es el único competente. En la buroestructura, la jerarquía de autoridad es monocéntrica y configura un riguroso y formalizado orden de autoridad donde el control es ejercido por la

técnica, a la que llega a identificar con la razón política o incluso con la razón en general; los conocimientos adecuados a la configuración y dirección del Estado y en general del sistema político [...] son proporcionados o bien por disciplinas sectoriales, o bien por disciplinas multisectoriales, cuyas conclusiones son válidas y aplicables a distintos sistemas; se parte del principio de que para cada problema existe *the best one way*, la solución óptima, ante la cual no cabe discrepancia razonable, lo que, de ser cierto, excluiría los antagonismos ideológicos o de intereses, todo lo cual desemboca en una absorción o, por ahora, en una adaptación de la estructura político-institucional a las exigencias estructurales de la razón técnica y a la dialéctica de los sistemas. [...] En lógica conexión con ello, se entiende también por tecnocracia una estructura de poder en la cual los técnicos condicionan o determinan la toma de decisiones, teniendo así a sustituir al político (o sustituyéndolo definitivamente) en la fijación de las *policies* y a los burócratas tradicionales en la operacionalización de las decisiones o en su participación en la decisión misma. La tecnocracia significa, así, la presencia de una nueva ‘clase política’ compuesta por ‘tecnócratas’, que comprende no sólo a los técnicos del proceso productivo, sino también a los especialistas en *management*, planificación, organización, comunicación de masas, investigaciones operacionales, análisis de sistemas, etc.; en una palabra, los entendidos en teoría y práctica de sistemas”.

25 Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe, 5^a ed., Tübinga, 1972, p. 572. Sieht er eine Gefahr in der “Überlegenheit des berufsmäßig Wissenden”, die “jede Bürokratie noch durch das Mittel der Geheimhaltung ihrer Kenntnisse und Absichten zu steigern”.

26 García Pelayo: *Burocracia y tecnocracia...*, o. cit., pp. 62-65.

superioridad. En la tecnoestructura, el orden de autoridad (más bien *auctoritas*) es pluricéntrico y flexible; el control es ejercido por órganos o equipos paralelos o inferiores, pero técnicamente competentes. En la buroestructura la línea de comunicaciones es descendente-ascendente; en la tecnoestructura la red de comunicaciones es compleja, se despliega vertical u horizontalmente y se extiende en distintas direcciones asumiendo formas diversas según el problema a tratar. En la buroestructura, la asignación de papeles en forma de cargos permanentes y la atribución de competencias están delimitadas por normas jurídicas; en cambio, en la tecnoestructura la asignación de papeles se lleva a cabo a través de equipos que dotan de atribuciones según necesidades, objetivos y competencia técnica de los sujetos. En la buroestructura, los funcionarios están unidos al Estado por vínculos de subordinación y lealtad, entran al servicio mediante concurso, perciben un sueldo de acuerdo con su jerarquía, mérito y antigüedad y hacen de tal servicio su profesión única o principal. En la tecnoestructura, el servicio al Estado se hace generalmente por contratación, sea como una persona particular o a través de una empresa; se supone que el tecnócrata posee la capacidad y sus ingresos no dependen de la jerarquía formal.

Aparentemente, la tecnocracia carece de interés político, es ajena a la pugna del poder y no tiene ideología, pero lo cierto es que el interés por la razón técnica y la relevancia que puede tener una determinada línea de acción en el seno de la organización del Estado la lleva también a constituir grupos de intereses que se vinculan, lógicamente, con las grandes empresas en el tecnodemocratismo, con el fin de asegurar su posición. En resumen: la tecnocracia es oportunismo que se impone por sí misma bajo el supuesto de ser la *best one way*; elimina la incertidumbre en las decisiones y por tanto encubre las situaciones conflictivas de diversidad de grupos de intereses. La coronación del orden tecnocrático es el político manipulador.

Confrontando las críticas que se han hecho a la burocracia, lo cierto es que, ante una arbitrariedad, “hay una norma jurídica a la que referirse y un sistema de recursos jurisdiccionales para deshacer el entuerto; en cambio, ante un error tecnocrático no hay, en principio, apelación posible, de un lado porque se trata de decisiones técnicas y no jurídicas, más allá de la *ratio juris*, y de otro lado porque se diluye la responsabilidad a través de la maraña de la tecnoestructura, de modo que, queriéndolo o no, puede abrirse vía franca a la irresponsabilidad. En fin, los malos efectos de una decisión burocrática son limitados, mientras que los malos efectos de una decisión tecnocrática pueden ser incalculables”.²⁷

27 Ibídem, p. 99.

El sistema estatal de nuestro tiempo, tanto en los países industrializados como en aquellos en vías de desarrollo, ha cobrado una complejidad tal, que para muchos tratadistas la dificultad empieza por encontrar un nombre adecuado²⁸ para designarlo o una teoría que pueda explicar y tratar de solucionar dicha complejidad. García Pelayo estima que la designación más adecuada es la de *Estado social* “con una tendencia a la estatización de la sociedad, pero también con una tendencia a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos términos”.²⁹

Como hechos notorios de esta complejidad —además de la transformación descrita de la administración como una potestad autónoma,³⁰ que ha pasado a ser un participante en el contenido de las decisiones gubernamentales, lo que le ha valido para calificarla como el cuarto poder—, el autor observa el aumento cuantitativo de los órganos estatales; además de su diversificación y dispersión. En consecuencia, los partidos y las organizaciones de intereses han pasado a constituirse en subsistemas de un sistema más amplio, ajenos a la organización estatal, más o menos diversificados en distintos centros.

Pero además del aumento y la diversificación de órganos, poderes y actores estatales, al Estado lo acompaña la diversificación de funciones que incluyen cubrir el amplio espectro y complejidad de la procura existencial. Como una consecuencia inmediata, los instrumentos clásicos de acción y relación entre ellos, leyes y acciones administrativas, tampoco son suficientes, amén de que también en éstas se puede distinguir una diversificación debido a su proveniencia no sólo del Parlamento, del Gobierno, sino de entidades extraestatales como empresas, sindicatos y otras organizaciones de intereses, lo que el autor denomina *principio de la instrumentalidad recíproca*. A esto se añade la práctica del *government by contract* (empresas privadas que asumen funciones públicas). En cuanto al aumento y la diversificación en materia de relaciones exteriores, la complejidad es mayor: se ha consolidado una “tercera sociedad” y una “tercera especie de política estatal” resultado de la interacción entre componentes de distintas sociedades nacionales, cuyos actores —Estados, unidades departamentales de Estado, organizaciones

28 Denominado Estado social, Estado de partidos, Estado de asociaciones u organizaciones (*Verbändenstaat*), Estado manager, *Welfare State*, *Sozialstaat*, etc.

29 García Pelayo (*Las transformaciones...*, o. cit., pp. 184-193) señala que entre las tendencias contemporáneas subyace la idea de que un sistema que es “incapaz de reducir la complejidad ambiental iría perdiendo su autonomía hasta ser finalmente absorbido por el ambiente”. Lo cual podría tener como “resultado que el Estado, en tanto que institución histórica concreta, entrara en un proceso de entropía o de desorganización creciente, para ser sustituido por otro tipo de orden político”.

30 Eduardo García de Enterría (*Revolución Francesa y administración contemporánea*, 4^a ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 41) demuestra como “paradójicamente la misma Revolución Francesa [...] va a ser la que alumbre la poderosa Administración contemporánea” como un poder autónomo de acción permanente con potestades y jurisdicción propias, dotado de la facultad de reglamentación de la ley; autor y actor de una específica rama jurídica: *el derecho administrativo*.

31 Resulta didáctico para comprender, aunque sea relativo, cómo señala al crecimiento de la complejidad del sistema internacional la combinación de cinco variables que dan 25 posibilidades.

mundiales, organizaciones regionales, organizaciones transnacionales³¹ y, de otra parte, entidades sociales del exterior que representan a la sociedad nacional o que se relacionan con ella, como compañías multinacionales, partidos políticos, organizaciones de intereses— ejercitan una “política transnacional”. “El resultado es un sistema estatal altamente complejo, dominado por la interacción entre la cantidad y diversificación de componentes, funciones, instrumentos de acción y tipos y modalidades de relaciones”.

Las razones de la complejidad son igualmente variadas; aparte de las motivaciones internas, el autor señala “la ampliación de la actividad del Estado exigida por la civilización industrial y posindustrial”, “la complejidad de la sociedad de nuestro tiempo o, en términos más generales, del ambiente en que se mueve el sistema estatal” y “la interacción entre ambos términos”. Es una reacción en cadena: si las exigencias del mundo ambiental se incrementan, el Estado tiene que “acrecer y diferenciar el número de órganos, de funciones, de estructuras y de interacciones” destinadas a satisfacer las demandas políticas, sociales, económicas y culturales. Esa complejidad será mayor cuanto mayores sean la “variedad y la velocidad de los problemas planteados por el ambiente”. Lo cierto es que, para cualquier Estado, la tarea de autodeterminar, controlar y reducir su complejidad resulta sumamente problemática porque no es un accionar automático o natural, sino que requiere un planteamiento y una capacidad selectiva propia del sistema.³²

Para que una complejidad como la del Estado sea “autodeterminada o controlada”, las autoridades del sistema deben estar “en condiciones de decidir sobre grado, modalidades y funcionamiento de la complejidad, es decir, cuando tienen una conciencia clara de la complejidad requerida y una posibilidad efectiva de satisfacerla, y cuando son capaces de orientarla o, si se quiere, de manipularla hacia los objetivos planteados con el mayor grado posible de certidumbre o, al menos, con riesgos calculados”. La misma complejidad presenta una serie de “tendencias obstaculizadoras de la autodeterminación y el control de la complejidad estatal”; testimonios de ello son los fenómenos que se perciben en la actualidad: “la difuminación de límites precisos entre el Estado y la sociedad, entre lo público y lo privado, entre los intereses generales y los intereses particularizados”, potenciada por el “corporativismo o ‘privatización’ de los propios órganos, sectores o subsistemas del Estado; fenómeno que se agrava todavía más si va unido a la tendencia de que ellos —y no los políticos u otros sectores estatales— son la verdadera en-

32 Niklas Luhman (*Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 1^a ed., Westdt. Verlag, Opladen, 1970) desarrolla unos principios para la reducción de la complejidad: “propia representación de la realidad”, “normalización y simplificación de las relaciones con el ambiente”, “diferenciar el ambiente en sectores y subsistemas”, “diferenciación interna de estructuras, funciones y procesos” y “constitución de subsistemas dotados de autonomía suficiente para que los acontecimientos perturbadores puedan ser localizados y encapsulados en determinadas partes sin que la perturbación se transmita a los demás”.

carnación de este interés. Un paso más adelante tiene lugar cuando las subunidades estatales vinculan su acción a la de grupos u organizaciones de la sociedad, no motivadas aparentemente por la corrupción, sino por entender que tales grupos son los mejores *partenaires* para la realización de sus políticas”, lo cual en definitiva no sólo “quebrantaría la unidad sistemática” sino que “pondría en cuestión la unidad de acción y decisión del Estado”.

Frente a esta situación, existen dos tendencias. De una parte, las pluralistas,³³ que piensan que el poder debe estar distribuido entre todos los grupos de intereses de la sociedad y que la autoridad política debe estar dispersa entre todas las organizaciones que legitiman el ejercicio del poder a través de su interés; que “el llamado Estado” debe ser considerado como uno más de los grupos de intereses que interactúan en la sociedad y, por lo tanto, su acción se limita a coordinar y su función a integrar y satisfacer las demandas que le plantean los grupos de la sociedad, mas no a plantearse autodemandas o a imponer decisiones propias y unilaterales. Otros señalan que el Estado “es un curioso híbrido de organización y anarquía, de acción y de dimisión”, que ha perdido “su capacidad de autodeterminación”, “que absorbe todas las funciones que le reclaman, pero que es incapaz de ejercer un control efectivo o de cumplir a cabalidad sus funciones”.

La tendencia que este autor percibe no es la de una crisis, sino que estamos “más bien ante el riesgo de la disolución del Estado como forma histórica concreta para dar paso, de modo relativamente imperceptible, hacia otro *status político*”. Sin embargo, cree que esta tendencia podría ser reversible si el Estado recobra la capacidad de autodeterminación, posibilidad factible únicamente si regresa desde una “idea económico-instrumental” hacia una “idea política” de sí mismo. Ello es concebible, puesto que el mismo crecimiento obliga al Estado a decidir sobre los “objetivos y los tipos concretos” de este crecimiento, teniendo en cuenta “variables no sólo económicas sino extraeconómicas”; además, la nueva situación económica mundial contribuirá paulatinamente a una mayor “politización de las decisiones económicas”.³⁴ Tomar conciencia de la complejidad del sistema estatal y de las conse-

33 La proyección que tuvo la revolución tecnológica en las sociedades altamente industrializadas y toda la conceptualización ideológica expresada en la teoría de los sistemas políticos, limitó la esfera de la acción política a un sistema que está en constante relación con sus ambientes intra y extrasocial, de los cuales recibe los *inputs* o aportaciones positivas o negativas, demandas, apoyos, seleccionados en términos de funcionalidad o disfuncionalidad para su persistencia y para el mantenimiento de su status, independientemente de quiénes puedan ser los beneficiarios. El sistema político transforma los *inputs* en *outputs* o aportaciones al ambiente; es decir, toma decisiones, regulaciones, orientaciones políticas como son la promoción de actividades de control social y cultural, la dotación o mejora de servicios públicos, la creación de condiciones favorables para el desarrollo del bienestar económico, o simplemente la eliminación de *inputs* negativos que lo pongan en riesgo. A través de un proceso de retroacción circular, *feedback*, los *outputs* se transforman en nuevos *inputs* y así sucesivamente. Además comparar la teoría de los sistemas de Easton y la obra de Arno Wachkuhn, *Demokratietheorien: Politiktheoretische und ideengeschichtliche Grundzüge*, Múnich, 1998.

34 Jacques Attali y Marc Guillaume: *L'Anti-économique*, 1^a ed., “Quadrige”, Presses Universitaires de France, París, 1990, p. 122: “La ciencia económica deberá insertarse como un subsistema de la ciencia política. Los modelos económicos deberán convertirse en submodelos de los sistemas políticos”.

cuencias a las que conduce, requiere de una teoría específica de la organización estatal a la altura de la situación y de las necesidades de nuestro tiempo; una teoría que incluya no sólo las dimensiones jurídicas y políticas del Estado, sino también su dimensión organizativa.

2. La propuesta de solución: el Ombudsman

Desde el punto de vista de la teoría de la política y del Estado, el sistema clásico de la división de poderes ha experimentado cambios profundos en su estructura. La concepción clásica dividía las tareas fundamentales del Estado —formular, ejecutar y controlar las leyes— y las designaba a cada órgano por separado. Este modelo de unidad entre función e institución no se corresponde con la realidad social actual; en la complejidad del sistema descrito, sucede que un mismo poder cumple distintas funciones y la misma función puede ser cumplida por distintos poderes. Sin embargo, esto no significa que la funcionalidad jurídico-política de esta división carezca de sentido; como dice Weber: “la división de los tres poderes ‘tiene todavía un cierto valor disciplinario y sustentador del Estado’, tiene la función de ‘disciplinar y limitar el uso del aparato estatal por los pretendientes y tenedores del poder’”.³⁵ Como función principal está, por lo tanto, la de asegurar la unidad y la estabilidad del Estado democrático articulando el ejercicio del poder político y garantizando el control de la constitucionalidad a través de un Estado de Derecho. Creemos que la labor del Ombudsman, a pesar de no ser un órgano previsto constitucionalmente por la democracia clásica, tiene como fin mantener esta tradición.

Al extenderse el ámbito del Estado con permanentes intervenciones en el proceso económico y social, nos encontramos con que la legislación forzosamente tiene también que aumentar, tanto en cantidad como en diversificación.³⁶ Por otra parte, la mayoría de las leyes que afectan la vida del hombre no han sido aprobadas sólo por el Parlamento, sino por el Gobierno, la Administración o las corporaciones de derecho público. En principio, aunque el control de la legalidad y la constitucionalidad de los actos del Estado está a cargo de los tribunales ordinarios, especiales o administrativos, “en un Estado en el cual la vida cotidiana del hombre está sometida a la intervención o al trámite administrativos, los tribunales no bastan para la protección de los

35 W. Weber: “Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem”, en H. Rauch (ed.): *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt, 1969, p. 329 y ss.

36 Ernst Forsthoff: *Rechtsstaat im Wandel: verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, 2^a ed., Beck, Múnich, 1976. Junto con las formas clásicas de ley proliferan otros tipos como las leyes medida; leyes que, como dice Forsthoff, no son *constitutio*, sino *actio*, es decir, no crean un orden para la ejecución, sino que son en sí mismas acción. Una vez conseguido el fin propuesto dejan de tener vigencia y se convierten en una “curiosidad legal”.

37 García Pelayo: *Las transformaciones...*, o. cit., p. 65.

derechos e intereses ciudadanos".³⁷ De allí que la figura del Ombudsman resurge con la función primordial de defender a los ciudadanos de las arbitriedades administrativas o de la mala administración.

Pero recordemos además que, sobre el supuesto de la complejidad organizacional y técnica de nuestro tiempo, el principio de legalidad responde ya no a una legitimidad racional en la cual el concepto de ley era el de una normatividad general y abstracta, indefinida y acrónica, sino que se transforma en una razón instrumental, funcional, sistémica, operacional, etc. que no tiene siempre carácter general ni abstracto, sino específico y concreto. Estos nuevos supuestos plantean nuevos requerimientos para controlarla, ya que rebasan las posibilidades del control judicial. "Su solución radica en unos sistemas de control mucho más complejos, que incluyen no sólo órganos estatales, sino también paraestatales o sociales".³⁸

No menos importante resulta el impacto que puede tener la sociedad organizacional en el sistema político. Si bien es cierto que el poder emana del pueblo, el cual se pronuncia a través de elecciones libres y periódicas por sufragio universal para elegir a sus representantes, no es menos cierto que en la práctica los partidos políticos no reflejan exactamente la voluntad popular, ni cumplen enteramente con la representación democrática otorgada, toda vez que no se preocupan por los intereses de sus votantes. "La sociedad del presente es una sociedad organizacional, una sociedad estructurada en organizaciones en la que ni los objetivos individuales ni los colectivos pueden conseguirse más que a través de las organizaciones".³⁹ Inclusive, la relación entre el ciudadano y el Estado, es decir, el ascenso de la sociedad hacia el Estado, es posible sólo a través de organizaciones. En este sentido, el Ombudsman o Defensor sería la única organización con posibilidades de mediatizar las demandas que se plantean sobre todos los ciudadanos no organizados.

El propósito de esta investigación es conocer sobre la figura de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Un recorrido previo a través de la historia del país, el desarrollo y las condiciones de organización del sistema de gobierno y de sus instituciones democráticas, la estructura y el funcionamiento de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, serán el marco de referencia que nos proporcionará una idea sobre la realidad en la cual ha de actuar dicha figura. Además, al enterarnos sobre el proceso legislativo podremos visualizar las posibilidades reales de participación democrática de las minorías y de la ciudadanía en general, visto que es el medio a través del cual estos sectores pueden presentar alternativas para canalizar sus problemas y éstas ser consideradas y traducidas en instrumentos legales. Únicamente así

³⁸ Ibídem, p. 66.

³⁹ Ibídem, p. 129

podremos saber si efectivamente la autonomía institucional y el poder de coerción con los cuales lo dota la Constitución le permiten, al igual que a sus pares en otras latitudes del mundo, cumplir con los objetivos para los cuales fue creado. La pregunta que subsiste es cuál sería el rol que cumple el Ombudsman en el desarrollo y la consolidación de la democracia ecuatoriana, dado que fue difundido principalmente con el propósito de fortalecerla, promoviendo la observancia de los derechos fundamentales y humanos.

Interesante resulta sobre todo plantearse si, a través del procedimiento de recepción de las quejas y reclamos particularizados provenientes de la comunidad, el Defensor logra aunarlas y canalizarlas como demandas sociales concretas a través de sus informes al Parlamento o mediante sus gestiones directas dentro de los diferentes organismos del Estado o los responsables afines (*inputs*), y, de otra parte, también cumplir y complementar una doble función al responsabilizarse de proteger a las personas, dando solución caso por caso a los atentados contra sus derechos ciudadanos (*outputs*). Entonces estaríamos tratando con un actor político-constitucional, en los términos de la teoría organizacional, que cumple con dos funciones estratégicas desde una perspectiva o mentalidad sistémica y que pretende con su gestión ayudar al Estado a autodeterminarse, alimentándolo para responder a los estímulos ambientales, al tiempo que le permite “politizarse” y formular “su propia concepción de la realidad desde la cual pueda acometer más racionalmente el problema de la representación de intereses y controlar su “complejidad”.⁴⁰

40 Ibídem, p. 141