

## Capítulo VI

### Características jurídicas del Defensor del Pueblo ecuatoriano en el derecho comparado

## 1. Naturaleza jurídica

La figura del Ombudsman nace en los países nórdicos con una característica especial que después se convierte en requisito fundamental para quienes ejercen el cargo en el resto de países que lo adoptan. Éste es un cargo que requiere de gran autoridad, experiencia e influencia. Al decir de Napione, el Ombudsman “no vence”, “convence”; y si “no convence”, “informa al Parlamento y al público; y en cuanto a aquél, también serán sus dotes personales las que podrán influir sobre la mayoría para aprobar su actuación y desaprobar la de la Administración”.<sup>1</sup> En su análisis no podemos dejar de lado este punto de vista de una magistratura cuya superioridad está fundamentada en factores suprajurídicos<sup>2</sup> y que sin embargo cada vez cobra más terreno en las ciencias y en los procedimientos jurídicos.<sup>3</sup> Conocida como una magistratura de persuasión, “su fuerza depende de tres factores principales: a) de la estima personal que haya sabido conquistarse; b) de ser el hombre de confianza del Parlamento, y c) del peso de sus argumentos”.<sup>4</sup>

### 1.1. *La auctoritas*

Tanto en las legislaciones de los diferentes países nombrados, sobre todo en los países pioneros y del resto de Europa, cuanto en sus informes anuales o especiales, gran parte del éxito en la labor que realiza el Ombudsman o Defensor del Pueblo radica en el prestigio de la persona nombrada; en su *auctoritas*.

- 
- 1 Napione, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 161.
- 2 Fairén Guillén: o. cit., p. 160: “Los requisitos jurídicos para devenir ombudsman deben ir acompañados de otros que nosotros [citando a Elías Díaz, Sociología y Filosofía del Derecho] calificamos de suprajurídicos: autoridad, prestigio personal, superioridad moral, ‘savoir faire’ (que es una calidad también jurídica; no es lo mismo un juez que aterroriza a una persona desde la primera pregunta de un interrogatorio ‘por sus malas formas’ —aunque sea sabio y honesto— que otro que, sin prescindir de la ‘autoridad’, la emplee con afabilidad, cortesía, dando al interrogatorio el tono de una conversación social —que se transforma en valor jurídico-social—)”.
- 3 Jean Rivero, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 160: “El sistema —dice con referencia al del control jurisdiccional— presenta tres evidentes ventajas: para comenzar, la facilidad con que la intervención del Ombudsman puede ser solicitada, completada por la posibilidad (potestad pura, diríramos nosotros) que le está reconocida de actuar *ex officio*; de otro lado, los poderes de investigación quasi limitados de que dispone, y por último, la amplia publicidad que da a sus intervenciones”.
- 4 Napione: citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 161.

En la fase “superior” de la República romana, los jurisconsultos y el Pretor eran quienes elaboraban las leyes en el campo del derecho privado, a pesar de no ser órganos constitucionalmente autorizados para hacer derecho. El valor jurídico de sus consejos o *responsa* radicaba en el prestigio, en la *auctoritas prudentium* con la cual obraba el jurista que los emitía, como resultado de la autonomía de la conciencia y la responsabilidad personal que ponían de manifiesto los propios deberes y por tanto la obligación de comportarse de acuerdo con uno mismo.<sup>5</sup> La *auctoritas*, de indiscutible validez, sustentada por una serie de valores morales y sociales, tuvo incidencia inclusive en la política a través del *ius publice respondendi ex autoritate principis* concedido por Augusto a los dictámenes de los juristas. Esta fuente de elaboración del derecho que en otra hora sirvió para perpetuar la antiguas concepciones jurídicas romanas se recoge con sabiduría en lo que Fairén Guillén llama un fundamental y apasionante concepto (que no puede ser confundido con el concepto de *autoridad*): “un prestigio, una dignidad social, una fuerza moral que, de rechazo revierte a nuestro ser, reafirmando y robusteciendo la obligación de ser fieles a nosotros mismos para poder seguir siendo dignos de tal *auctoritas*”.<sup>6</sup>

En la actualidad, los medios para adquirir *auctoritas* se pueden concretar básicamente en la publicidad de la gestión que realiza el Ombudsman o Defensor del Pueblo y en las prerrogativas de quien ejerce el cargo. los concreta en cinco puntos.

El primero es “ser ajeno y estar alejado de la política”, condición cuyo fin es asegurar la imparcialidad del Ombudsman y que a menudo se encuentra explícitamente regulada en varias leyes orgánicas —como en el caso del Ecuador, donde “se precisa ser una persona independiente de toda filiación o militancia partidista o de participación en movimientos electorales durante los tres últimos años anteriores a su elección”—.<sup>7</sup> El prestigio del Ombudsman no se basa únicamente en sus cualidades y logros personales sino, en primer lugar, en los de la institución; se trata de una confianza adquirida para perdurarla y legarla a sus sucesores.

El segundo punto es la “publicidad” del cargo, que es una actividad fundamental para darse a conocer, pero no en una actitud demagógica sino efectiva al presentar los resultados de su trabajo, así como también al receptar e intercambiar ideas e inquietudes en reuniones públicas, visitas de inspec-

5 Álvarez Suárez: “La jurisprudencia romana en la hora presente”, discurso de ingreso en la Real Academia de Derecho y Legislación, Madrid, 1966, p. 66; U. Von Lübtow: “De iustitia et iure”, ZZS, *Romanische Abteilung*, Weimar, tomo LXVI, 1948, p. 438, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 48.

6 De Francisci: *Sintesi storica del Diritto romano*, Roma, 1948, 228-328; Arcan Imperii, Milán, 1948, tomo III, I, p. 303; Fenich-Carreras: “Las fronteras del Juez”, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1962, p. 111, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 48.

7 LODP del Ecuador, artículo 4.

ción, conferencias de prensa, programas informativos, etc. Al respecto, la Ley Orgánica ecuatoriana cubre un amplio campo de acción que está desarrollado entre los deberes y atribuciones del Defensor. Además de su obligación de informar anualmente al Congreso Nacional, podrá hacerlo “en cualquier momento cuando la gravedad del caso lo exija o el Congreso Nacional lo requiera”.<sup>8</sup> En el mismo artículo enumera, entre otras formas, la de “pronunciarse públicamente sobre los casos sometidos a su consideración”, “hacer públicas las recomendaciones, observaciones que hubiera dispuesto”, “emitir censura pública”, “realizar visitas periódicas”, “representar al país”...; en fin, cualquier tipo de contacto con la sociedad.

El tercer aspecto importante para mantener su prestigio que es el “acceso directo y fácil por parte de los ciudadanos”.<sup>9</sup> Un indicador de la capacidad de recepción que obtiene el Ombudsman podría ser el número de quejas recibidas y las que éste ha tramitado. En el Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional del año 1998 a 1999,<sup>10</sup> se registraron en el país 10.920 quejas, de las cuales el 75% fueron resueltas y 25% quedaron en trámite; mientras que para el 2000 se receptaron 15.171,<sup>11</sup> lo cual significa un incremento del 38,9% en un año.

Para que este contacto se mantenga, es evidente que la institución debe realizar una labor constante de “mentalización” de los ciudadanos, sin descuidar ningún estrato de la sociedad; es decir, difundir el conocimiento cabal de sus derechos y deberes democráticos, así como de todo el proceso administrativo desde el inicio de la queja, su tratamiento y su resolución. Precisamente, gracias a esta labor también contemplada en la ley,<sup>12</sup> la Defensoría, mantiene programas de educación conjuntamente con varias organizaciones y agrupaciones tanto civiles como gubernamentales.<sup>13</sup>

Finalmente, Fairén Guillén se refiere a “la publicidad de las actividades y decisiones de los ombudsman”, tarea sin la cual no se podría completar este círculo informativo. Además del informe anual, que por lo general está obligado a presentar, es necesario que el Ombudsman haga uso de todo medio de comunicación posible, para lo cual está legitimado, acudien-

8 LODP del Ecuador, artículo 8, literal *p*.

9 LODP del Ecuador, artículo 14 como referencia. El tema será tratado por separado dentro de las facultades del Defensor.

10 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe del Defensor del Pueblo al Honorable Congreso Nacional del Ecuador 1998-1999*, Quito, 2000, p. 95.

11 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *El Defensor*, nº 24, septiembre del 2001, Quito, p. 8.

12 LODP del Ecuador, artículo 8, literal *h*: “Promover la capacitación, difusión y asesoramiento [...]”.

13 Defensoría del Pueblo del Ecuador: campaña “La Defensoría dice sí a los niños y a las niñas”, realizada el 27 de julio del 2001; seminario-taller “Recuperar la confianza en la Justicia y los Derechos Humanos”, realizado del 31 de mayo al 2 de junio del 2001; convenio INFA, CONAMU, MEC, MSP, UNICEF y Defensoría del Pueblo: “Proyecto de promoción de la salud e educación de adolescentes embarazadas”; etc.

do si es necesario a la prensa diaria para dar a conocer directamente a los ciudadanos el seguimiento, desarrollo y resultado de su gestión. La Ley Orgánica ecuatoriana no contempla disposición explícita al respecto; sin embargo, el Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría<sup>14</sup> dispone que con carácter auxiliar o de apoyo se cree la Dirección Nacional de Comunicación y Promoción Social, la cual, entre otras, tiene la función de "informar oportuna y debidamente a la opinión pública sobre las actividades emprendidas", "coordinar y obtener la colaboración de los medios de comunicación social para promover y difundir masivamente el conocimiento de los derechos y las garantías fundamentales", "editar periódicamente un órgano de difusión con los logros y objetivos permanentes de la Defensoría del Pueblo".

Gracias al seguimiento permanente que hace la Dirección de las informaciones publicadas en once diarios del país, se conoce el número de noticias referentes de la Defensoría que éstos publicaron en el período enero-agosto del 2001: *El Comercio*, 106; *El Universo*, 160; *El Telégrafo*, 79; *Expreso*, 99; *Hoy*, 105; *La Hora*, 149; *El Mercurio*, 65; *El Tiempo*, 53; *El Diario*, 43; *Últimas Noticias*, 5; y *Tiempos del Mundo*, 6; lo cual da un total de 870 noticias. "Existen tres categorías para calificar las noticias publicadas: Positivas (83%): son aquellas informaciones donde se resalta el trabajo, las actividades, y las gestiones realizadas por la Defensoría del Pueblo o sus personeros. Negativas (7%): Son aquellas informaciones donde se censura o rechaza a las actividades y gestiones realizadas por la DDP o sus funcionarios. Neutras (10%): son aquellas informaciones donde la Defensoría es tomada como un referente de datos, mas no como actora de los acontecimientos".<sup>15</sup>

## 1.2. Consagración en la Constitución

El Ombudsman, nacido dentro de un régimen monárquico, en el transcurso de su propio desarrollo, así como del de las naciones que lo han ido adoptando, ha encontrando cabida en diversas formas de gobierno: democrático, monárquico-parlamentario, federal, de representación uní o bicameral, e inclusive en gobiernos de facto. Su partida de nacimiento no ha estado supeditada —aunque en muchos casos ha sido promovida— por la creación de una nueva Constitución; con el poder que confiere el pueblo a los órganos de gobierno, lo hemos visto nacer al amparo de leyes, decretos presidenciales e inclusive ordenanzas municipales. Sin embargo, la

14 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo*, 12 de septiembre del 2001.

15 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *El Defensor*, n° 24, septiembre del 2001, Quito, p. 9.

**CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ECUATORIANO EN EL DERECHO COMPARADO**

tendencia final ha sido la de llegar a consagrarlo en la Constitución y dotarlo de la supremacía de dicha norma.<sup>16</sup>

Dentro de la jerarquía y control del orden jurídico ecuatoriano, la supremacía radica en la Constitución.<sup>17</sup> Siguiendo la tradición de este principio, la Defensoría del Pueblo del Ecuador nace, como hemos visto, en el año de 1996, siendo parte de un proyecto de reformas constitucionales, el mismo que fue ratificado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1998. Las funciones con las que se la dotó fueron las de “promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo [...]”; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales [...]”; observar la calidad de los servicios públicos<sup>18</sup> y ejercer las demás funciones que le asigne la ley”. La redacción del artículo 96 nos lleva a distinguir las acciones que el Defensor puede ejercitar perfilándose definitivamente en la línea de desarrollo posterior, en la cual se pone énfasis en la garantía de los derechos fundamentales, lo que nos demuestra su pleno desarrollo histórico.

En el análisis jurídico nos encontramos constantemente con la dificultad de emplear ciertos conceptos usados con diversos sentidos. Aunque las Constituciones consignen al Ombudsman en sus normas, se dice que no se trata de un órgano constitucional,<sup>19</sup> pues, según Víctor Fairén Guillén, “sólo en los casos en que al Ombudsman le sea autorizado [por la propia Constitución, por leyes] el promover acción y pretensión ante un Tribunal Constitucional [...] se puede decir que se trata de un órgano constitucional”.<sup>20</sup> Si no, en los términos en que lo ha planteado Joaquín Varela Suanzes-Carpegna,<sup>21</sup> estaríamos hablando de un órgano constitucionalizado u órgano auxiliar, “a

16 Hans Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado*, mimeografiado. Hans Kelsen: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Neudruck der zweiten neubearbeiteten Auflage von 1929, Tübinga, 1963. Kelsen sostiene en su teoría que la Constitución conforma la totalidad del sistema jurídico y que todo el ordenamiento, hasta el de menor rango, ha de ser interpretado de acuerdo con la norma suprema del Estado.

17 La Constitución vigente establece en el artículo 272 (“Jerarquía de la Constitución. Conflicto de Leyes”): “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. = Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”.

18 Esta enmienda, la de “observar la calidad de los servicios públicos”, fue introducida en 1998.

19 Fairén Guillén: o. cit., p. 166: “Se argumenta en favor de esta posición que en tales países (Suecia, Finlandia, Dinamarca y la RFA —militar—) son los Parlamentos los que legislan y controlan a la pública Administración, los cuales pueden servirse a tal efecto, bien de comisiones parlamentarias, o del ombudsman como un órgano especializado”.

20 Ibídem, p. 189.

21 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna: “Naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, nº 8, mayo-agosto, Madrid, 1983, p. 64. Apoyándose en la doctrina italiana (Giuseppe Ferrari y Constantino Moriati), el autor habla de *órgano auxiliar* contraponiendo este concepto al de *órgano constitucional* y refiriéndose a aquellos órganos del Estado que llevan a cabo funciones de vigilancia, de control o bien de asesoramiento y consulta. Los órganos auxiliares, al contrario, “son aquellos que no llevan a cabo una función constitucional, es decir, creadora de derecho y que, por tanto, no incide en la forma de Estado. ‘Órgano auxiliar’ y ‘órgano no constitucional’ o ‘no activo’ vienen a ser así sinónimos, del mismo modo que ‘órgano constitucional’ y ‘órgano activo’ [...] tanto por las funciones que lleva a cabo, como por la vinculación no paritaria que le liga a las Cortes [...] no es un órgano interno de las Cortes, sino que actúa respecto a ellas con una indudable autonomía orgánica o funcional, [...] su voluntad, por ende, no puede de ser imputada a las Cortes, ya que el DP actúa en nombre propio y no en el de aquéllas”.

tenor de un criterio orgánico-funcional, al que se le encomienda el ejercicio de un control bidimensional”; el de supervisar la actividad administrativa, de un lado, y el de interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo, de otro. “A tenor de un criterio teleológico, en cambio, este instituto se presenta como un órgano garantizador de los derechos fundamentales”, que son “la finalidad e incluso la causa, la razón de ser del DP. Su porqué y su para qué. El control de la actividad administrativa y el impulso de la jurisdicción constitucional son sólo los medios que el ordenamiento pone a su alcance para realizar tan alta y delicada labor”.

Esencial o no para la estructura misma del Estado y los otros órganos correspondientes a los tres poderes clásicos,<sup>22</sup> es evidente que, en los últimos años, la institución del Ombudsman o el Defensor del Pueblo se ha incorporado sistemáticamente, cada vez con mayor generalización y certeza, como un órgano con especialísimas peculiaridades, de carácter no jurisdiccional, para arbitrar la protección de las garantías fundamentales consagradas en las Constituciones<sup>23</sup> de los Estados modernos.

### 1.3. La organización

#### 1.3.1. Nombramiento

El nombramiento del Defensor del Pueblo es quizás una de las características que más variaciones presenta según las diferentes regiones geográficas y las exigencias de la evolución de la estructura política y administrativa de cada país donde esta institución ha sido adoptada. Ya en el relato de sus antecedentes históricos en el derecho comparado hemos mencionado algunas peculiaridades que presentan los Ombudsman en cuanto a su nombramiento. Con fines didácticos se han distinguido dos grandes tendencias<sup>24</sup> que se han ido imponiendo: por un lado, a que éste sea nombrado por el Gobierno —llámese Ejecutivo, Presidente, Primer Ministro, Consejeros de Estado, la Corona, Su Majestad o los Ministros de Gabinete—, y por otro, a que sea nombrado por el Legislati-

22 Tema que desarrollaremos en la relación con otros órganos de control.

23 Álvaro Gil Robles: *El Defensor del Pueblo*, Cuadernos Civitas, Madrid 1979, p. 84. “No creo que sean necesarios muchos argumentos para defender esta propuesta si consideramos que estamos tratando de una importante institución del Estado, constitucionalizada y con la misma categoría que el Tribunal Constitucional u otras instituciones semejantes”. Ceretti: “Funzione legislativa e controllo di legittimità”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, p. 61, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 189. El autor recalca la función primordial de control del Ombudsman, pero opina que se trata, en cuanto al “control parlamentario”, de un “control administrativo”.

24 Fairén Guillén (o. cit., p. 142) advierte, citando al *Boletim do Ministério da Justiça*, el nacimiento de un “tipo intermedio” que entra en el “grupo mixto”, ya que según el artículo 2º.1 del decreto-ley que instituye el Proveedor de Justicia de Portugal, éste “es nombrado por el Presidente de la República de una terna que le propone el Primer Ministro y el ministro de Justicia (mientras el ‘clásico’, arquetípico ombudsman —el sueco— es elegido por el Parlamento), y a tenor del art. 7º.1, las quejas pueden ser presentadas no solamente a él mismo —sistema arquetípico—, sino también a través del agente del Ministerio Público de la comarca donde reside el reclamante, que las transmitirá inmediatamente al Proveedor a través de la Procuraduría General de la República”. Aquí, en esta ‘entrega indirecta de quejas’ al Proveedor, se ve ya ‘asomar’ el sistema francés e inglés”.

vo –Congreso, *Riksdag*, *Bundestag*, Parlamento, Cortes Generales o Cámaras–. Sin lugar a dudas este hecho ha creado serias discrepancias a nivel doctrinal, llegando inclusive a cuestionarse la verdadera identidad de las instituciones que fungen como tales. Al respecto hemos de recordar los casos citados de la institución francesa del *Médiateur* y la inglesa del *Parliamentary Commissioner for Administration*, especialmente el modo de elección de ambas, que ha sido objeto de varias críticas y censuras por quienes consideran que siendo una persona procedente del gobierno siempre tendrá de un nivel de dependencia mayor que coartará su labor de control.

La reconocida solvencia y la extraordinaria integridad son sin embargo características universalmente reconocidas que, además de ser la base de la *auctoritas*, tienen por objeto evitar el problema más discutido en la doctrina, que es la posible politización, en los términos de utilizar al Ombudsman o Defensor del Pueblo como instrumento de uno u otro partido político. En el derecho comparado se ha tratado de resolver estos problemas estableciendo mayorías cualificadas tanto para la designación como para la eventual revocación.

En el Ecuador, el nombramiento del Defensor del Pueblo está a cargo del Congreso Nacional, que lo elegirá en el “Pleno con el voto de las dos terceras partes, por lo menos, de sus miembros, para un período de cuatro años y podrá ser reelegido por una sola vez”.<sup>25</sup> Acorde con la doctrina, tenemos un Defensor “parlamentario” clásico y opuesto al “ejecutivo”. Como resultado del examen efectuado a través del derecho comparado, podríamos plantearnos que ni la Constitución ni la Ley Orgánica dan razón de dónde se elegirá a los candidatos a ocupar el cargo. Otras legislaciones disponen que se proponga una terna, ya sea por parte del Ejecutivo o en combinación inclusive con el Poder Judicial. En la Constitución hay una referencia sugestiva que no se elabora en la Ley Orgánica: el artículo 96, inciso 2º, menciona que el Defensor será elegido por el Congreso Nacional “de fuera de su seno”, “luego de haber escuchado a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas”. Esta falta de precisión legal puede conducir inclusive a una tardanza en el nombramiento en detrimento del seguimiento y el buen nombre de la institución, así como dar lugar a discusiones y a pretender obtener ventajas partidistas.

### 1.3.2. Requisitos

Otra de las peculiaridades de cada país en cuanto al nombramiento del Ombudsman la encontramos en los requisitos que la persona que ocupe el cargo debe reunir para poder optar por ejercerlo. En la mayoría de los países

---

<sup>25</sup> LODP del Ecuador, artículo 3.

es un requisito fundamental explícito que el postulante al cargo sea jurista, abogado o doctor en jurisprudencia,<sup>26</sup> lo cual resulta ser lo más apropiado y cercano tanto por los conocimientos requeridos como por las actividades que como tal desempeñará. Otros países han considerado que este principio de elección no es razonable, puesto que un parlamentario, un funcionario de carrera o técnico de gran experiencia puede realizar este trabajo aún con más eficacia. En la práctica, sin embargo, estos países,<sup>27</sup> a pesar de no mencionar los requisitos científicos de una formación legal universitaria, además de haberse guiado por la experiencia, la práctica y el buen nombre, han elegido casi siempre a personas eminentemente conocidas como expertas en materia legal. Lo que resulta indudablemente imposible de desconocer es la enorme responsabilidad que implica desempeñar este cargo de tan amplia y reconocida competencia jurídica.

Las condiciones que requiere el postulante al cargo en el Ecuador son las mismas que para ser “Magistrado de la Corte Suprema de Justicia<sup>28</sup>, con excepción del referente a la carrera judicial: Se precisa además ser una persona independiente de toda filiación o militancia partidista o de participación en movimientos electorales durante los tres últimos años anteriores a su elección”.<sup>29</sup> La Ley dio importancia a la formación académica y además puso énfasis en la trayectoria política y a la posible tendencia partidista que empañen su imparcialidad e independencia.

### 1.3.3. Suplentes y comisionados

Por lo general, los suplentes del Ombudsman deben reunir las mismas cualidades exigidas al titular. El número de ellos y su capacidad de acción varían en el derecho comparado, al parecer de acuerdo con la cantidad y la diversidad de trabajo que éste debe atender. Las legislaciones se han ido reformando conforme a esta necesidad; así por ejemplo, tenemos el caso de Suecia, donde en 1963 se concedió al suplente la capacidad de actuar en re-

<sup>26</sup> Ley de Ordenanzas del Ombudsman Sueco: El *Riksdag* debe elegir como Ombudsman a una persona de reconocida competencia jurídica y de destacada integridad. Constitución de Finlandia, artículo 49: Debe ser elegida una persona conocida como eminentemente experta en leyes como Ombudsman. En Noruega, los Ombudsman deben ser elegidos entre juristas con capacidad para ser magistrados del Tribunal Supremo. Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 2: se precisa formación jurídica.

<sup>27</sup> La Ley del Controlador del Estado y del Comisionado para las Quejas del Pueblo de Israel nada mencionan sobre estos requisitos académicos; tampoco lo hace la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español; sin embargo, en ambos casos los cargos han sido ocupados por personas con alta formación académica y en su mayoría han sido juristas.

<sup>28</sup> LOJ del Ecuador, artículo 12, inciso tercero: “Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere: 1. Ser ecuatoriano por nacimiento; 2. Hallarse en ejercicio de los derechos de ciudadanía; 3. Tener cuarenta y cinco años de edad, por lo menos; 4. Tener título de doctor en Jurisprudencia; 5. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judecatura o la cátedra universitaria en Ciencias Jurídicas por el lapso mínimo de veinte años; y 6. Cumplir con los demás requisitos que establezca la Constitución Política de la República y la Ley” (L. 39. RO-S 201: 25/11/97).

<sup>29</sup> LODP del Ecuador: artículo 4.

emplazo del titular durante todo el año. En Dinamarca, es el mismo Ombudsman quien, en caso de impedimento, tiene la capacidad de nombrar al suplente. Lo mismo ocurre en Inglaterra: el Comisionado del Parlamento nombra a quien considere necesario y lo autoriza a reemplazarlo en cualquiera de sus funciones. El caso de Nueva Zelanda difiere: son las Cámaras reunidas las que proponen al Suplente y el Gobernador lo nombra; caso contrario, el Gobernador general en Consejo cubre el puesto hasta ser ratificado por las Cámaras cuando éstas se reúnan.<sup>30</sup>

En Ecuador se procede casi de igual forma que en España: los Adjuntos del Defensor del Pueblo<sup>31</sup> son dos funcionarios en quienes él puede delegar sus funciones;<sup>32</sup> éstos son nombrados por él (en el caso de España, con el consentimiento previo de las Cámaras). Estas figuras comparten las mismas prerrogativas e incompatibilidades, y si el puesto queda vacante, ya sea por incapacidad temporal o definitiva, serán ellos mismos quienes en el orden de designación lo reemplacen interinamente hasta que el Congreso Nacional (las Cortes Generales en el caso de España) procedan a una nueva designación.

Los Comisionados Provinciales<sup>33</sup> o adjuntos territoriales son representantes de la Defensoría en cada provincia;<sup>34</sup> sus funciones, deberes y atribuciones les serán encomendados de acuerdo con la Constitución Política, la Ley Orgánica, el Reglamento de Delegación de Firmas y más normas conexas. Los requisitos son ser nativo de la respectiva provincia o haber residido en ella los últimos tres años inmediatamente anteriores a su designación; sus funciones las ejercen en coordinación con los Defensores Adjuntos y los Directores Nacionales. Sobre las gestiones a su cargo, informarán al Defensor del Pueblo mensualmente o cuando éste lo solicite.

#### 1.3.4. *Plazo de desempeño del cargo*

En relación con el plazo de desempeño del cargo, encontramos también en la literatura del derecho comparado una gran variedad. Lo más común es que, al ser el Ombudsman o Defensor del Pueblo un órgano de “control auxiliar” nombrado por la función legislativa, la duración del cargo de aquél se asocie al período de mandato de ésta o al período de elecciones ge-

30 Fairén Guillén: o. cit., p. 157.

31 LODP del Ecuador: artículo 9.

32 Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo, artículo 8: “Los Adjuntos Primero y Segundo ejercerán las funciones, deberes y atribuciones que el Defensor del Pueblo les delegue mediante resolución. Le subrogan, en su orden, en los casos y forma previstos en la Constitución y la Ley”.

33 Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, artículos 37-39.

34 El Ecuador se divide administrativamente en 22 provincias, 5 en la Costa, 10 en la Sierra, 6 en la Región Amazónica y una en Galápagos.

nerales.<sup>35</sup> A pesar de que aparentemente la duración del cargo no incide directamente en la doctrina, los criterios utilizados en cuanto a determinar cuál sería el plazo propicio no le son ajenos. Se conjugan varios criterios como la eficacia, la relativa independencia e inclusive la renovación de ideas. Así lo demuestran las opiniones vertidas al respecto, ya que para lograr la confianza ciudadana se necesita no sólo la eficacia que de por sí implica adquirir experiencia, la cual a su vez se obtiene con el tiempo, sino también de una permanencia estable que asegure el éxito de su labor.

En Suecia el tiempo de duración del cargo es de cuatro años, pero la reelección es permitida hasta por tres períodos (doce años en total); se considera necesario el cambio a esas alturas únicamente por la necesidad de contar con una persona que aporte ideas nuevas.<sup>36</sup> En Francia, el *Médiateur* permanece en sus funciones por un período de seis años pero no es reelegible. En Inglaterra no existe la reelección por cuanto el mandato es vitalicio hasta la edad del retiro forzoso. En España nada impide la reelección; la ley no la menciona y así debe interpretarse el silencio legal, pero el período de duración del cargo es de cinco años. Se pretendió de esta forma evitar la coincidencia temporal de mandatos, siguiendo el mismo criterio que Alemania en la elección del Ombudsman Militar (*Wehrbeauftragter des Deutschen Bundestages*, WB) y pretendiendo proveerlo de una relativa independencia respecto a quienes lo nombren. Finalmente, habilitar una permanencia demasiado prolongada en el cargo ha sido objeto de discusiones respecto a evitar la burocratización de éste, así como que se convierta en un cargo político.

En el Ecuador también se optó por este criterio; la Constitución establece en el artículo 96, inciso 2º, que el Defensor “desempeñará sus funciones durante cinco años y podrá ser reelegido una sola vez”.

## 2. Facultades del Defensor del Pueblo

En la doctrina hemos encontrado una gran diversidad respecto a las facultades de las cuales se dota al Ombudsman, al Defensor o a los Comisionados. Indudablemente esta situación responde a varios factores de los que algo se ha mencionado. La realidad social, política, económica y cultural de cada pueblo son elementos decisivos, así como los factores externos de influencia en el momento histórico en el cual nace la figura. En el caso de Latinoamérica

35 Comisión Andina de Juristas / Projusticia: *La Defensoría del Pueblo en el Ecuador: retos y posibilidades*, Quito, 1998, p.

36 En el estudio realizado por la Comisión Andina de Juristas y Projusticia se estable que la “duración del cargo del titular de la Defensoría fluctúa entre tres y cinco años. Así por ejemplo, en El Salvador es de tres y en Colombia y Costa Rica, cuatro. De otro lado, Ecuador, Guatemala y Perú establecen que el cargo de Defensor del Pueblo dura cinco años”.

36 Ulf Lundwik, citado por Rowat: *El Ombudsman...*, o. cit, p. 45.

mérica hemos visto cuán importante fue el nacimiento de los Defensores de España y de Portugal, sobre todo por las “nuevas facultades” de las cuales se los dotó, con lo que se pretendía fortalecer aún más su *auctoritas*, acoplarlos en un sistema jurídico distinto de aquel en el cual habían nacido, asociarlos a diversidades culturales, encaminarlos en democracias nacientes y, sobre todo, tutelar los derechos y garantías constitucionales.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo Ecuatoriana, concede amplias facultades al Defensor para “organizar la Defensoría en todo el territorio nacional”, elaborar y aprobar cuantos reglamentos sean “necesarios para el buen funcionamiento de la institución”.<sup>37</sup> Según se menciona en su primer informe de labores, esta ley contribuyó decisivamente para convertirlo “en una de las instituciones de mayor fortaleza política y jurídica de su género en nuestro continente, pues virtualmente tiene a su cargo la tutela de todos los derechos y garantías individuales y sociales que incluye nuestra Constitución, que desarrolla nuestra legislación y que se hallan consagrados en el derecho internacional humanitario. A diferencia de otras defensorías, su ámbito de acción no sólo se circunscribe al sector público, sino que abarca también al sector privado”.<sup>38</sup>

Otra de las atribuciones características es la de actuar como mediador cuando sea procedente, y sobre todo necesario para paliar conflictos sociales “sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública”. No menos importante es la labor de intervenir como “parte en asuntos relacionados a la protección del medio ambiente y al patrimonio cultural resguardando el interés de la colectividad”, así como, en representación de la iniciativa popular, “presentar proyectos de ley”<sup>39</sup> al Congreso Nacional, y otras funciones más afines a los derechos humanos y a las características tradicionales de sus colegas en otras latitudes, que iremos analizando puntualmente.

## 2.1. Acceso directo del ciudadano

El acceso directo del ciudadano es una característica primordial que ha sido ya mencionada como fundamento propio e innovador de la institución; además, como un medio para adquirir *auctoritas*, resulta sin lugar a dudas también una ventaja sobre otros medios de control. El fácil e inmediato acceso del ciudadano, en contraste con la tediosa tarea que resulta enfrentarse con la burocracia administrativa, potencia las garantías constitucionales propias de un Estado de Derecho democrático.

37 LODP del Ecuador, artículo 8, literales *c, d* y *j*.

38 Defensor del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe...*, o. cit., p. 7.

39 LODP del Ecuador, artículo 8, literales *f* y *g*.

Con toda razón, una de las críticas más severas se fundamenta en las adaptaciones o variaciones que se han hecho a la institución original respecto al acceso y servicio directo que el Ombudsman debe proveer. Nos referimos a aquellos casos de acceso indirecto, de los cuales se ha dicho que:

[El] filtro parlamentario sólo puede llevar a dos formas de operar: o no resulta eficaz en la práctica y se transmiten todas las reclamaciones, por complacer a los electores, por falta de tiempo, de preparación o de interés, con lo que sirve más que para añadir un escalón intermedio al administrado; o funciona y convierte al diputado en un árbitro que discrimina la esfera de competencia del ombudsman y puede cercenar las aspiraciones de los particulares de ser oídos por éste.

En lo que se refiere también al acceso, por la naturaleza misma de la institución, se reconoce el derecho de queja de todo ciudadano. Podrá presentar quejas toda persona natural y jurídica, inclusive los incapaces legales; es decir, personas privadas de libertad, como es el caso de quienes se hallen en un centro de reclusión o penitenciario, cuya correspondencia y conversaciones dirigidas al Defensor del Pueblo o sus Delegados no pueden ser objeto de censura ni de interferencia de ningún tipo. El único límite que en ciertas legislaciones se prevé es para las autoridades administrativas, las cuales no pueden presentar quejas en los asuntos de su competencia.<sup>40</sup>

La Constitución ecuatoriana reconoce la igualdad de derechos a todos los seres humanos; “cualquier persona, en forma individual o colectiva, que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna podrá dirigirse al Defensor del Pueblo para presentar una queja, incluyéndose a los incapaces relativos, y por los incapaces absolutos podrán hacerlo sus representantes”.<sup>41</sup>

### 2.1.1. Procedimientos sumarios e informales

La característica anterior conlleva la configuración de otro rasgo propio, como es el evitar el procedimiento riguroso para resolver las quejas o para efectuar las investigaciones pertinentes. Recordemos las razones y las justificaciones por las cuales se adopta la figura y se la recomienda a nivel mundial. La experiencia negativa de la larga tramitación procesal que entorpece la gestión eficaz de la administración pública, y también a los tribunales de justicia, cuando se busca auxilio inmediato para reponer los daños causados cuando los derechos ciudadanos han sido violentados, requiere de un procedimiento informal, ágil, flexible. En este sentido, ya algunos países han agili-

40 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español 3/1981, de 6 de abril, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). título II, capítulo I, artículo 10.3.

41 LODP del Ecuador, artículo 14.

tado el sistema, receptando inclusive las quejas orales, con lo cual además se soluciona el problema del acceso de quien tiene dificultades para redactar la queja o aun del iletrado, que es quien mayormente necesita de este servicio. A ello se suma la innovación de obviar la necesidad de la intermediación o el auxilio de un letrado, procurador o jurista; si es preciso, encargar a los funcionarios de la oficina del Ombudsman que hagan uso de un formulario, o traduzcan la queja por escrito luego de haber hecho un interrogatorio o mantenido una conversación preliminar con el quejoso.

### 2.1.2. *Gratuidad del servicio*

La ayuda, patrocinio o gratuidad del servicio legal, conocido en otros tiempos como *beneficio de pobreza*, es una característica propia del Ombudsman, puesto que refleja la esencia de servicio a la comunidad.

Existen datos curiosos en el derecho comparado respecto a los gastos y costas del proceso En Finlandia, aparece el principio de gratuidad para ambas partes —“no hay que pagar derechos en ninguna fase de tratamiento de las quejas”—,<sup>42</sup> pero existe una sanción de mala conducta del quejoso que va más allá de la simple “condena a pago de gastos”; “según el Código Penal, el quejoso o quien firmase una información o certificación incorrecta será castigado con una multa o con un máximo de un año de prisión”.<sup>43</sup> Pero luego de la queja viene la etapa de investigación, en la cual resulta aún más difícil mantener el principio de gratuidad. En esta fase se necesita de la intervención de terceras personas que tienen derecho a recibir honorarios; muchas de ellas son peritos en la materia que es objeto de reclamo y no pertenecen a la oficina del Ombudsman. Por ello, siempre será necesario, en el momento de nombrar al equipo de trabajo, tener en cuenta que debe un personal calificado, técnicos y científicos capacitados para actuar como tales.

En suma, todos los rasgos señalados son complementarios. Así lo dispone también el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: el Defensor “al realizar sus investigaciones organizará el procedimiento basándose en los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez”.

### 2.2. *Investigación y colaboración*

La labor de investigación que ejerce el ombudsman está sujeta a las facultades y a la “jurisdicción” que la ley le concede. En términos generales podríamos decir que, para operar el control de la administración y la defensa de los derechos fundamentales, el campo de acción se extiende a todos los

42 Jorma S. Aalto, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 501.

43 Hidénn, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 501.

sectores de la administración en general, a diferencia de lo que sucede con aquellos Ombudsman sectoriales cuyo campo de acción y tareas son específicos, como por ejemplo, el Ombudsman Militar, el Ombudsman de los Extranjeros, el Ombudsman del Consumidor, etc., quienes, no obstante, también pueden recibir en forma indirecta el apoyo logístico y la información que requieren de sus colegas.

Recordemos que en la literatura del derecho comparado hemos encontrado diversas disposiciones, unas que limitan e inclusive anulan esta capacidad y otras que, al contrario, permiten una amplia cobertura investigativa que potencia la facultad de inspeccionar y examinar toda la documentación existente, incluidos documentos secretos o confidenciales, la que se extiende en algunos casos no sólo a los órganos de servicio de la administración general, sino que incluye a ministros, empresas públicas y privadas que son concesionarias de servicios públicos e inclusive los tribunales.<sup>44</sup> Dentro de la facultad investigativa que tiene, también se puede mencionar la solicitud mediante escrito motivado por parte de la función judicial o sus comisiones para solicitar al Ombudsman o Defensor una “investigación o esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las Administraciones públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en el ámbito de sus competencias”.<sup>45</sup>

Se suma además en favor de esta labor la obligación “con carácter de preferente y urgente” de brindar colaboración que tienen los poderes públicos las Administraciones y las Autoridades para que el Ombudsman pueda realizar las inspecciones correspondientes en la fase de investigación y comprobación de una queja o en expediente iniciado de oficio”. Para el efecto, no podrá negársele el acceso a ningún archivo, expediente o documento relacionado con la investigación o a cualquier persona que se requiera entrevistar o inclusive podrá “personarse para comprobar cuantos datos fuere menester”.<sup>46</sup>

El Defensor ecuatoriano tiene un amplio poder investigativo; ya sea de oficio o en el proceso de trámite de una queja, a petición de parte cuando se trate de defender la observancia de los derechos individuales y colectivos y cuando patrocine los recursos constitucionales de *hábeas corpus*, *hábeas da-*

44 En Suecia y en Finlandia, el Ombudsman puede tener acceso a los documentos y minutos de los tribunales y estar presente en las deliberaciones; así como también solicitar información a cualquier tribunal o autoridad y funcionario civil.

45 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español, 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo I, artículo 9.2. Las atribuciones investigativas del Defensor del Pueblo español se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas. Artículo 10.2.

46 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español, 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo IV, artículo 19.

ta y de amparo ya sea que éstos provengan del sector público o de los particulares. “Sus facultades de investigación se extienden a las actividades de cualquier autoridad, funcionario, empleado público o personas jurídicas relacionadas con los casos que se investiguen”.<sup>47</sup>

Como un avance importante que va siendo característica que comparten otros Defensores, sobre todo a nivel latinoamericano, podemos señalar el deber que tiene de “proteger y defender, de oficio o a petición de parte, las violaciones de derechos humanos que sufren los ecuatorianos residentes en el exterior, mediante la utilización de vías diplomática o judicial internacional”.<sup>48</sup>

La obligación de colaborar de manera “activa e inmediata, con ayuda técnica, logística funcional o de personal” y la de proporcionar toda clase de información sin reserva, por parte de toda autoridad pública y de los particulares, debe ser suministrada en el plazo de ocho días; la falta de colaboración se entenderá como un desacato, que en el caso de los funcionarios y empleados del sector público será sancionado a pedido del Defensor, previo un procedimiento sumario administrativo, con una multa de uno a diez salarios mínimos vitales y, según la gravedad del caso, hasta la destitución del cargo. Tanto el Defensor como el afectado podrán impugnar la resolución ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Estas sanciones no excluyen ni interrumpen la acción penal por delitos contra las libertades constitucionales, ni la civil por daños y perjuicios. En el caso de los particulares, el Defensor del Pueblo podrá interponer las acciones correspondientes.<sup>49</sup>

Otra forma de colaboración importante que recibe la Defensoría es la de los defensores públicos,<sup>50</sup> quienes patrocinarán las acciones y recursos con el fin de garantizar el derecho de defensa y de tutela penal efectiva en las indagaciones previas y en las investigaciones procesales penales.

### 2.2.1. Inspecciones sucesivas

Las quejas, solicitudes o reclamos que hace el ciudadano son medios con los que cuenta el Ombudsman para supervisar el trabajo de la administración y el cumplimiento de los derechos fundamentales; pero éstas no son las únicas claves para abrir una investigación. El Ombudsman tiene el poder de actuar *ex officio* por iniciativa propia. Las ideas de investigar ciertos casos las puede adquirir a través de las inspecciones que algunas legislaciones le encargan realizar de manera explícita. Del conjunto de las quejas que recibe, puede aunar las inquietudes y los problemas similares que se presenten en la

47 LODP del Ecuador, artículo 13.

48 LODP del Ecuador, artículo 8, literal *o*.

49 LODP del Ecuador, artículo 21, 22 y 23.

50 LODP del Ecuador, artículo 11 y LOFJ, artículo 144.

sociedad y convertirlos en casos especiales de interés público que posteriormente pueden devenir inclusive en propuestas a reformas legales de interés para la función legislativa.

Debido a lo lábil que puede resultar el cumplimiento de los derechos humanos, especialmente en ciertos medios, las visitas periódicas a los centros de rehabilitación social, unidades de investigación, recintos policiales y militares<sup>51</sup> están dentro de los deberes que debe observar el Defensor.

En España, como hemos visto, el Defensor del Pueblo también está autorizado para actuar de oficio,<sup>52</sup> pero cuando se trate de quejas referidas al funcionamiento de la administración de Justicia, el Reglamento de Organización y Funcionamiento, en el artículo 25, en concordancia con el artículo 13 de la Ley Orgánica, establece que deberá hacerlo “coordinadamente con el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y el Fiscal General del Estado, en su caso, a quienes informará del resultado de sus gestiones”. Continúa indicando que “de cuantas actuaciones acuerde practicar en relación con la Administración de Justicia y del resultado de las mismas dará cuenta a las Cortes Generales en sus informes periódicos o en el Informe Anual”. Al parecer el legislador pretendió con esta disposición también controlar en cierta forma la capacidad de actuar de oficio del Defensor sin coartarla. En comparación con algunas legislaciones iberoamericanas, y específicamente con la del Ecuador, esta potestad conferida al Defensor no tiene tal restricción.

Finalmente, cabe señalar una acotación importante al procedimiento que hace Fairén Guillén,<sup>53</sup> respecto al “doble papel de las inspecciones” y la diferencia esencial que él encuentra entre las inspecciones efectuadas por iniciativa de parte y las efectuadas *ex officio*. La primera, que se inicia con la queja al Ombudsman “tiene carácter simplemente probatorio”, mientras la segunda, sin queja previa, es la primera actuación del Ombudsman y tiene un doble objetivo: “1) el de averiguar ‘hechos desconocidos’ hasta entonces por el ombudsman ignorados, y 2)—si aparece el ‘injusto’— abrir inmediatamente una investigación”. Estos hechos, ya sea de “contribuir a formar su convicción” cuando la investigación esté ya iniciada o de “provocar” la apertura de una investigación, son matices importantes, “ya que en el primer caso, a) el ombudsman actúa cuando ya se ha denunciado una infracción de ley, etc., por medio de la ‘queja’, y en el segundo, b) el ombudsman no sabe si se ha cometido o no alguna infracción”.

51 LODP del Ecuador, artículo 8, literal i).

52 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español, 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo I, artículo 9.1. y capítulo II, artículo 12.1. y 2.: Sobre la supervisión de la actividad de la Comunidad Autónoma y los órganos similares de la Comunidades Autónomas.

53 Fairén Guillén: o. cit., p. 393.

### 2.2.2. Noticias de prensa y otras fuentes de información

Otra fuente de información útil y de primera mano para el Ombudsman son las noticias de prensa. Estos medios, manejados apropiadamente, también le sirven para supervisar el trabajo de la administración. En Finlandia, así como en Dinamarca, una de las obligaciones del equipo de trabajo del Ombudsman es la revisión diaria de la prensa nacional.

En la actualidad, el sofisticado avance de los medios de comunicación, especialmente audiovisuales, atraen la atención del público a través de noticieros, programas televisivos de reportajes, denuncias y atentados contra los derechos fundamentales. Cada vez se hace más necesario un equipo de trabajo técnico y especializado que efectúe un seguimiento oportuno de estos temas que muchas veces no pasan de ser noticias sensacionalistas, pero que en ocasiones también pueden contener datos ciertos que merecen ser investigados y que son de la competencia del Ombudsman.

Hemos mencionado ya que el análisis y procesamiento de datos de las noticias de prensa también es una tarea que se lleva a cabo con éxito en la Defensoría del Ecuador. A pesar de los medidos recursos con que cuenta para inversiones de tecnología y medios de comunicación, la Defensoría ha logrado integrarse dentro del sistema de Internet y hace uso de los convenios con medios de comunicación locales, así como con organismos afines en el ámbito mundial y regional con los cuales mantiene un intercambio de correspondencia y de información que tiene a sus funcionarios actualizados y desarrollando e intercambiando ideas nuevas.

Los documentos oficiales son otra fuente de información para el Ombudsman. En el caso de Suecia, la regulación con respecto al acceso y a la utilización que debe hacer de dichos documentos el Ombudsman<sup>54</sup> se halla inserta tanto en la Constitución como en la Ley y el Reglamento del Ombudsman. La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo español, en el artículo 22 y siguientes, establece sobre los documentos reservados el libre acceso a todos los que él considere necesarios, “incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la ley. En este último supuesto la no remisión de dichos documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros y se acompañará de una certificación acreditativa del acuerdo denegitorio”.

### 2.2.3. Interpretación de la ley

La interpretación de la ley es una función que recae sobre otros órganos de control del Estado, no sólo con carácter “obligatorio”, en virtud de la

---

<sup>54</sup> Constitución sueca de 1975, artículo 6º, capítulo 12 de la “Ley de Instrumento de Gobierno”: “Un ombudsman debe tener acceso a las minutas y otros documentos de cualquier Tribunal o autoridad administrativa. [...] Cualquier Tribunal o autoridad administrativa, así como cualquier empleado civil del Estado o de las municipalidades, debe suministrar al ombudsman la información e informes que este último les pida”.

potestad legislativa, sino también con carácter competitivo, como es el caso del Tribunal Constitucional en un sistema de jurisdicción concentrada. En el ejercicio de las funciones especiales que tiene el Ombudsman, la tarea de interpretar la norma jurídica está implícita dentro de sus competencias de control. Si bien al inspeccionar las administraciones públicas éste no tiene competencia ejecutiva, ni al revisar las quejas se convierte en un juez administrativo, cuando estime que se ha producido una violación de los derechos fundamentales, algunas legislaciones lo han legitimado para iniciar recursos<sup>55</sup> constitucionales de amparo o declarar casos de inconstitucionalidad. Esta tarea definitivamente lo convierte en un intérprete de primer orden para dar paso a las quejas que recibe. Esta responsabilidad sumamente delicada que lo ubica al mismo nivel de interpretación legal que los tribunales es actualmente la más importante que ejerce, como nos lo demuestran los ejemplos prácticos que encontramos en sus informes de labores.<sup>56</sup>

En la búsqueda del cumplimiento del objetivo fundamental de velar por que se cumplan las disposiciones legales, debe realizar una interpretación de la norma mal aplicada o no aplicada, para entonces incluso poder denunciar los defectos de ésta. Para ser eficaz en este ejercicio, el Ombudsman requiere de un conocimiento profundo de la ley que le permita interpretarla de forma imparcial, recordando que la razón principal de formular su punto de vista no es la de dirigir simples críticas<sup>57</sup> o poner en entredicho posiciones políticas o partidistas, sino la de aportar como defensor de la legalidad en la necesidad de defender el derecho objetivo y en el esclarecimiento de una problemática, para lo cual además conjuga una serie de elementos propios de la interpretación. Los criterios de la sociología y psicología jurídica son

55 Fairén Guillén: *o. cit.*, pp. 309-310: En Suecia, “la decisión de proseguir el caso ante el Tribunal Supremo no puede ser adoptada sino por el ombudsman. En los casos iniciados ante los Tribunales inferiores, las apelaciones sólo pueden ser llevadas ante el Tribunal Supremo cuando haya especiales razones para hacerlo”. En Finlandia, “Y si bien, como ya se dijo, *supra*, el ombudsman finés no puede alterar resoluciones judiciales, ‘en el momento presente se le considera en el Tribunal Supremo como detentador del poder [sic] de proponer la revocación de decisiones en lo civil y en lo criminal si está involucrado el interés público. En materia administrativa sólo puede solicitar la anulación ante el Tribunal Supremo Administrativo si el error se cometió en la elaboración de la sentencia’”.

56 Defensor del Pueblo Español: “Informe a las Cortes Generales del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2001”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura, nº 316, Madrid, 11 de junio de 2002, pp. 381-394: “Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Tras la promulgación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se recibieron casi ochocientas peticiones, en su mayoría de particulares, colectivos sin personalidad jurídica, algunas organizaciones no gubernamentales y asociaciones, y un número reducido de ayuntamientos, cuestionando su inconstitucionalidad. [...] Es verdad que, por un lado, las múltiples implicaciones políticas, jurídicas, sociales y económicas que conlleva cualquier ley de extranjería, y, por otro, los singulares avatares recorridos parlamentariamente por la Ley Orgánica 8/2000 (que no hace al caso recordar ahora), determinaron que dicha ley no se pueda ciertamente presentar como un modelo de técnica legislativa. Son múltiples las objeciones que cabe realizar a la redacción de una buena parte de su articulado. Ahora bien, una cosa son los aciertos o desaciertos de técnica legislativa, y otra muy distinta que esos desaciertos impliquen por necesidad motivos de inconstitucionalidad. Lo que equivale a indicar que, desde la óptica del Defensor del Pueblo, no es apelando a la vía de la inconstitucionalidad, sino a la del desarrollo reglamentario de la ley, como debe orientarse su actuación.[...].”

57 Es necesario recordar la cautela con la cual debe exponer sus criterios para no desgastar su buen nombre y autoridad, más aún siendo su trabajo, como hemos mencionado, material de primera mano de la prensa.

básicos para actuar con “humanidad”<sup>58</sup> cuando se trata de eximir la dureza de ciertas leyes a los grupos más débiles de la sociedad, mientras lo hace con “severidad”<sup>59</sup> cuando percibe la existencia de injusticias y negligencias. En definitiva, el espíritu de equidad que demuestra el Ombudsman en la interpretación de la Ley responde una vez más al principio fundamental de la *auctoritas*.

En la función de supervisión de los funcionarios públicos, puede establecer si la actuación individual de éstos responde o no a las normas administrativas establecidas y reconocer los actos punibles.<sup>60</sup> En la práctica, el procedimiento administrativo puede verse confrontado con decisiones discretionales<sup>61</sup> que en ciertos casos afecten a los administrados; cuando esto ocurre, la intervención del Ombudsman requiere, además, una investigación exhaustiva de circunstancias y hechos que por lo general están fuera del alcance de los tribunales especiales.

Según Napióne,<sup>62</sup> en Finlandia el Ombudsman puede interpretar las normas siempre y cuando coordine con las interpretaciones de los Tribunales Supremo y Supremo Administrativo. En Suecia, aunque la interpretación legal le corresponda al Tribunal Supremo, el Ombudsman puede pedir regularmente que las oficinas administrativas emitan la interpretación de determinadas normas, especialmente cuando éstas han sido recientemente emitidas; en contrapartida, cuando el Tribunal se pronuncia en la interpretación de alguna ley, debe de transmitir él su opinión al Ombudsman, quien está en la obligación de comentarlo en su Informe anual al Parlamento.

- 58 Informe del Ombudsman de Israel: Annual Report nº 1, en *Four Years of Israel's Ombudsman*, p. 6, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 308: “Es también un criterio de humanidad el que le impele a pedir al Ministro de Sanidad que hiciera rebajar los impuestos a personas físicamente incapacitadas para tomar un medio de transporte público, a fin de que pudieran adquirir un medio de locomoción propio (y que antes no estaban comprendidas como exentas físicamente)”.
- 59 Informe del Ombudsman de Israel: Annual Report nº 3, en *Four Years of Israel's Ombudsman*: “The Annual Reports of the State Comptroller in his capacity of Commissioner for Complaints from the public”, Jerusalén, ulterior a 1975, pp. 17-24, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 307. Existen varios ejemplos dignos de mencionar, que inclusive pueden servir de guía práctica para quienes se encuentran ejerciendo las funciones y afrontan similares problemas.
- 60 Defensor del Pueblo Español: “Informe a las Cortes Generales del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2001”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura, nº 316, Madrid, 11 de junio de 2002, p. 114: “3.1.2. Tratamiento Incorrecto. En ocasiones los ciudadanos denuncian el trato, a su juicio incorrecto, que les ha sido proporcionado por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esta Institución es consciente de las dificultades que entraña la investigación de estos hechos, pues en muchas circunstancias, y lógicamente, sólo podrá disponerse de dos versiones contradictorias, sin ningún indicio material que permita discernir la veracidad de cada una de ellas. A pesar de ello, en algunas ocasiones, por la gravedad de los hechos denunciados o por la existencia de circunstancias que lo aconsejan, se ha procedido a investigar estas quejas ante las autoridades correspondientes [...]”.
- 61 O. Alzaga: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1979, p. 355. Se ha considerado que el DP podría ocuparse de la vigilancia de determinadas prácticas viciosas, a veces corrientes en la Administración, y de faltas de ética. También G. Zagrebelsky: “Problemi costituzionali sulla nomina di un comisario parlamentare in Italia”, en C. Mortati, *L’Ombudsman (Il difensore civico)*, UTET, Turín, 1974, p. 152, se refiere a las posibles disfunciones propias de los mismos procedimientos administrativos cada vez más complejos. En otras latitudes se refieren a la mala administración, entendida como negligencia, lentitud, pérdida de expedientes, retraso, incompetencia, ineptitud, arbitrariedad, perjuicio, despotismo, etc., actitudes todas que acarrean igualmente injusticias.
- 62 Giovanni Napióne: *L’Ombudsman, il controllo della pubblica amministrazione*, Varese, Guiffrè, 1969, pp. 96-97.

En el caso del Ecuador, el Defensor, dotado de las atribuciones que la Ley Orgánica le ha conferido, se enfrenta con la necesidad de interpretar la norma tanto al analizar las quejas como al actuar de oficio,<sup>63</sup> al presentar demandas<sup>64</sup> de inconstitucionalidad como al patrocinar otros recursos, y sobre todo al pronunciarse sobre los casos sometidos a su consideración, con criterios que constituirían doctrina para la defensa de los derechos humanos.<sup>65</sup>

#### 2.2.4. *Opinión y sugerencias prelegislativas*

Aunque sea una característica común que las opiniones del Ombudsman no tienen fuerza legal, el valor que se les atribuye, reiteramos, parte nuevamente de su *auctoritas*. En el derecho comparado podemos observar una cierta “evolución” del contenido de las decisiones que el Ombudsman puede emitir; así hallamos, con sus propias características semánticas, que las opiniones,<sup>66</sup> las recomendaciones, las críticas,<sup>67</sup> las admoniciones<sup>68</sup> o reproches, los recordatorios, las sugerencias, son términos de difícil diferenciación, pero que, a pesar de que sus efectos sean los mismos, son importantes en el momento de ser requeridos para calificar las intervenciones y sobre todo para medir la incidencia que éstas puedan llegar a tener.

En el caso de España, el resultado de la investigación de los hechos que se ponen a consideración del Ombudsman y que éste presenta en su informe anual son las resoluciones. Para abordar en detalle sus matices, se han diferenciado en “recomendaciones, sugerencias, recordatorios de deberes legales, advertencias y recursos de constitucionalidad y amparo. Las recomendaciones y sugerencias se presentan en cada uno de ambos tipos separadas en tres grupos: las admitidas, las rechazadas y las pendientes de recibir respuesta”.<sup>69</sup> Además, pueden incluirse investigaciones que han sido desarrolladas como tratamientos monográficos de determinados temas cuya importancia ha requerido de un estudio especial con miras a plantear posibles sugerencias.

63 LODP del Ecuador, artículo 1, literal *b*.

64 LODP del Ecuador, artículo 8, literal *e*.

65 LODP del Ecuador, artículo 8, literal *k*.

66 Fairén Guillén: o. cit., p. 453: “En Noruega, aunque las ‘instrucciones’ hablan de la ‘opinión’ del ombudsman —y no de sus ‘recomendaciones’—, en la práctica se utiliza este expresión y se la distingue de las ‘críticas’”.

67 Hidén, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 450. “En Finlandia, la ‘crítica’ se confunde con el ‘recordatorio’ y con las ‘representaciones’ (expresión ésta última utilizada en el art. 4.º de las ‘Instrucciones’: ‘El Ombudsman está legitimado para hacer representaciones al Consejo de Ministros si éste mismo o uno de sus miembros ha procedido contra la ley en el ejercicio de sus funciones oficiales. En este caso debe especificarse lo que se produce contra la ley en el modo de proceder. Si la representación del Ombudsman fuese desatendida, él mismo está legitimado para poner el asunto en conocimiento del Parlamento’); aquí, según Hidén, no se trataba de ‘criticismo’, sino de simples ‘recordatorios’, de los que cita cuatro en concreto”.

68 Lundvik, Wennergren y Thyresson, en *The Swedish Parliamentary Ombudsman, Informe 1976-1977*, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 450: “El arma principal del ombudsman en el futuro debe ser la de amonestar o criticar a funcionarios hallados en falta”.

69 Defensor del Pueblo Español: “Informe a las Cortes Generales del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2001”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura, nº 316, Madrid, 11 de junio de 2002, p. 334.

cias prelegislativas o reformas legales.<sup>70</sup> En México, la Comisión de Derechos Humanos del DF elabora recomendaciones<sup>71</sup> en respuesta a las quejas recibidas, mientras que la Defensoría del Pueblo del Ecuador emite pronunciamientos.<sup>72</sup>

En varios países los Ombudsman tienen la facultad de examinar inclusive los trabajos preparatorios, anteproyectos y discusiones de normas y leyes y emitir su opinión al respecto, si bien, según Napione, esta disposición no pasa de ser mera “sugerencia” y no un “poder jurídico propiamente dicho”.<sup>73</sup> En cambio, en el caso de Finlandia, como opina Fairén Guillén, el Ombudsman tiene el “derecho” —de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, artículo 59 de la Ley del Parlamento y artículos 2 y 4 de las Instrucciones— de estar presente en las sesiones plenarias, habiendo recibido previamente la agenda de cada uno de los ministros y pudiendo intervenir en los debates con su opinión, pero no en las resoluciones.

Además, el artículo 8 (enmendado el 8 de febrero de 1928) le encargaba ya la observancia de imperfecciones, expresiones inadecuadas, fraseología conflictiva de leyes y normas que posteriormente dan lugar a interpretaciones diferentes y a inconvenientes en la práctica legal y administrativa. “Aun cuando no tengan un efecto legal vinculante”,<sup>74</sup> pueden someter al Parlamento, al Presidente de la República, al Consejo de Ministros o a cualquier autoridad pública a las proposiciones basadas en sus observaciones. En este sentido, la opinión que el Ombudsman vierte sobre la interpretación que hace de la ley puede ser la base de una sugerencia prelegislativa para modificar, corregir o crear una nueva estructura normativa o cualquier otra medida administrativa que el Estado deba adoptar.

Los informes de labores están llenos de casos que ejemplifican las reformas legales efectuadas en las legislaciones luego de las sugerencias he-

70 Ídem, *Informe Anual 1996 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pp. 37-65.

71 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México: “Octavo Informe de Labores de la CDHDF”, *Gaceta*, nº 10, año VIII, octubre de 2001, pp. 17-42. En realidad el porcentaje de recomendaciones es bajo (0,23%) con respecto al número de quejas que se presentan (del 1 al 30 de septiembre de 2001); para obtener una visión global del trabajo que realiza es necesario analizar conjuntamente los tipos de conclusión de las 5.652 quejas tramitadas: Por solución durante su tramitación (52,97%); por orientación al quejoso (12,58%); por incompetencia de la CDHDF (4,55%); por desestimiento del quejoso (2,83%); por acumulación (0,87%); por falta de interés del quejoso en la continuación del procedimiento (8,60%); por tratarse de hechos no violatorios a los derechos humanos (17%); por acuerdo de no responsabilidad (0,02%); mediante procedimiento de conciliación (0,14%); y por no haber evidencias que permitan la identificación del autor del acto violatorio de derechos humanos (0,09%)”.

72 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe...*, o. cit., pp. 83-94: Con respecto a la inhibición de los jueces de lo civil para resolver sobre el recurso de amparo, el Defensor del Pueblo, “me permito formular la siguiente exhortación: 1. A los jueces y tribunales [...]. 2. Al Tribunal Constitucional [...]. 3. Al Consejo Nacional de la Judicatura, [...]. 4. A los colegios de abogados del país, para que sus miembros contribuyan a mantener a plenitud la vigencia recta y eficaz del recurso de Amparo, [...].”

73 Napione: *L’Ombudsman...*, o. cit., p. 98.

74 Aalto, p. 20, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 316: “Las sugerencias del ombudsman no contienen, habitualmente, un borrador preparado ya para las nuevas regulaciones, sino tan sólo las observaciones del mismo y su posición sobre el asunto. No hay establecido un procedimiento para el reconocimiento de los resultados de tales propuestas; pueden ser consideradas como un punto débil en el sistema de supervisión”.

chas por los Ombudsman con el fundamento de las situaciones reales que se presentaron a través de las quejas.<sup>75</sup>

## 2.3. Procedimiento

Dentro de las facultades del Ombudsman o Defensor del Pueblo hemos destacado que el procedimiento sumario e informal es una característica fundamental para lograr a través del acceso directo cumplir con el objetivo de servir con eficacia al ciudadano afectado. A continuación revisaremos algunos de los pasos que sigue la investigación, recordando que, a pesar de los vastos poderes que tiene el Ombudsman para la búsqueda de información, así como de la flexibilidad y adaptabilidad del procedimiento frente a las exigencias particulares de cada caso y de no ceñirse al concepto del *procedimiento jurisdiccional* clásico,<sup>76</sup> debe seguirse, como principio fundamental del modo de actuar con autoridad basada en el prestigio personal, la superioridad moral y la conciencia de su alta responsabilidad. Además, en varios procedimientos el Ombudsman ya sólo tiene el derecho de actuar, como hemos visto, sino inclusive la obligación de ejercer las funciones de acusador, que tampoco puede ser comparada con la de los jueces tradicionales, pero tiene sus formalidades.

### 2.3.1. Interposición del reclamo

En la gran mayoría de los casos, el procedimiento se inicia con la queja de los afectados,<sup>77</sup> aunque algunas legislaciones aceptan inclusive tramitar reclamos de quejoso que no tengan interés directo.<sup>78</sup> Algunos ordenamientos jurídicos difieren en cuanto a quién o quiénes tienen derecho a presentar

75 Defensor del Pueblo Español: *Informe Anual 1996 y Debates en las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 346: "En el ámbito de la atención y protección a la infancia, es menester dejar constancia de la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya exposición de motivos se señala que el texto legal se hace eco de las demandas formuladas, entre otros, por la institución del Defensor del Pueblo. Esta institución había dedicado un tratamiento específico en el estudio sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España, realizado en el año 1991, a las garantías que deben rodear el internamiento de los menores de edad por razón de trastorno psíquico. La reforma que introduce la referida ley orgánica en el artículo 211 del Código Civil viene a resolver el problema, al señalar de forma inequívoca que los internamientos por tal razón requerirán autorización judicial, aun en el caso de que el afectado esté sometido a la patria potestad (9125665)".

76 Alcalá Zamora Castillo: "Notas relativas al concepto de Jurisdicción", en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974, Tomo I, p. 54.

77 Audvar y Walnum, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 365: "En Noruega, según el Anteproyecto de Ley del Ombudsman, cualquier persona podría presentar una queja al Ombudsman; pero el Gobierno restringió el proyecto al exigir *cierto interés*, como condición para que la queja se admitiera; pero esto no va más allá de pedir que el quejoso debe ser *afectado* por el asunto personalmente. Si la supuesta injusticia hubiera afectado a una persona diferente del quejoso, la queja debe ser presentada a dicha persona antes de que se tomen las medidas pertinentes".

78 Hidén, Pedersen y Kregemorse, citados por Fairén Guillén: o. cit., pp. 364-365: En Finlandia y Dinamarca, cualquier persona puede formular una queja al Ombudsman; "cualquiera, incluso una persona no necesariamente interesada puede hacerlo; sin embargo, y en la práctica, si el quejoso no tiene un *interés razonable* en el caso, el Ombudsman se mostrará reacio a iniciar una investigación".

la queja ante el Ombudsman. Por lo general, no existen limitaciones respecto a la personería natural o jurídica. En Suecia, la Ley de Instrucciones, sección 5<sup>a</sup>, trata de las quejas recibidas por el “público en general”; no se exige la prueba de un interés particular; cualquier ciudadano<sup>79</sup> puede quejarse ante el Ombudsman: nacionales, extranjeros, adolescentes, niños, profesores, estudiantes, profesionales, obreros y los propios miembros del *Riksdag*; inclusive pueden hacerlo quienes están privados de libertad y todos, si así lo desean, exigir un certificado de que la queja ha sido presentada. En el Ecuador, hemos mencionado la disposición contemplada en la Constitución y que se repite en la Ley Orgánica, en el artículo 14: cualquier persona que invoque interés legítimo, en forma individual o colectiva, puede presentar una queja, incluidos los incapaces relativos, y por los absolutos, sus representantes.

Al facilitar la interposición del reclamo, rigen los principios de acceso directo con el ciudadano; quizás la restricción que existe en algunas legislaciones responde a la necesidad de exigir una cierta responsabilidad por parte de quien presenta una queja, para evitar que hagan mal uso de ella los que persigan otros objetivos, ya sea políticos o inclusive propagandísticos para desacreditar o tratar de tomar ventaja del sistema. La ley ecuatoriana contempla rechazar las quejas anónimas, las que revelan mala fe, carencia de pretensión o fundamentos, y aquellas cuyo trámite irrogue perjuicio a derechos de terceros.<sup>80</sup>

En este sentido y guardando el principio de observar el interés legítimo, algunas legislaciones también exigen que la queja se presente “en escrito razonado” y lleve la firma de responsabilidad del quejoso.<sup>81</sup> La Ley Orgánica ecuatoriana dispone en el artículo 15 que éstas “podrán ser formuladas por escrito o verbalmente”; que “serán reducidas a escrito y firmadas por quien las formule; de no saber firmar, bastará la impresión de la huella digital, el registro de la cédula de identidad o pasaporte. A falta de la cédula de identidad, valdrá la de un testigo que declare conocer al actor”.

En primer lugar, recibida la queja, si es del caso que la acompañen documentos, se comprueban éstos y su admisibilidad para proceder al trámite. Antes de registrar su aceptación a trámite, sobre todo para obviar in-

79 Igualas disposiciones hemos encontrado en otras legislaciones a las cuales hemos hecho referencia en el inciso sobre “Acceso directo al ciudadano”; así la LODP española, especialmente artículo 9 y 10, la LODP ecuatoriana, artículos 12-20.

80 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo III, artículo 17.3: “El Defensor del Pueblo rechazará las quejas anónimas y podrá rechazar aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, así como aquellas otras cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. Sus decisiones no serán susceptibles de recurso”. LODP del Ecuador, artículo 14.

81 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo III, artículo 15.1.

terferencias y no duplicar el trabajo investigativo, algunas legislaciones han preferido denegar aquellas que tengan pendiente una resolución judicial.<sup>82</sup> Así, en el caso del Ecuador, la Ley Orgánica, en el artículo 18, dispone que, “cuando la cuestión o asunto objeto de la queja estuviera sometida a resolución judicial o administrativa, la Defensoría del Pueblo se limitará a vigilar el respeto al debido proceso, pudiendo para este efecto interponer las acciones y recursos contemplados en la Constitución Política de la República y la Ley”.

Un procedimiento formal, pero que resulta necesario para la persona que interpone la queja, es el recibir una acuse de recibo de la autoridad.<sup>83</sup> La 7<sup>a</sup> instrucción del Ombudsman finés se limita a decir que el quejoso puede reclamar y obtener una respuesta acusando recibo de su carta de queja. Una acotación importante dirigida a proteger la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica de las personas es la que hace la Ley Orgánica ecuatoriana, artículo 16: en los casos de quejas sobre hechos que las afecten, el “Defensor del Pueblo, de encontrarlas fundadas, promoverá sin demora alguna, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución”.

Una vez admitida la queja, entra en una etapa administrativa preliminar dentro de la Oficina de la Defensoría. El curso del procedimiento depende del grado de organización interna y de la forma en la cual esté distribuido el trabajo. Es necesario fijar una metodología de trabajo a seguir durante el procedimiento para alcanzar la agilidad necesaria que requieren las características que lo distinguen. Las reglas de trabajo de la Oficina del Ombudsman finés contienen una serie de disposiciones útiles, como son, por ejemplo, las de organizar la oficina y su personal según temas específicos, la necesidad de llevar libros de registros de correo, de correspondencia y de ingreso de quejas, instruir cada caso durante el procedimiento, fijar un sistema de reparto del trabajo, así como de sustituciones de personal en el caso de que ocurra algún impedimento; sin embargo, según el ombudsman Aalto, es finalmente “la propia naturaleza particular de cada caso lo que determina el procedimiento. Las posibilidades varían: el caso, a veces, puede ser resuelto sin que sea necesaria otra previa información; puede ocurrir que sólo sean necesarios documentos remitidos por la Oficina interesada; que sean necesarias declaraciones hechas por dicha Oficina o posiblemente por autoridades más altas; que sean necesarias

82 Ibídem. artículo 17.2: “Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre problemas generales planteados en las quejas presentadas. En cualquier caso velará por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le han sido formulados”.

83 Ibídem, artículo 15.2.

aclaraciones adicionales; que se precise una nueva constatación de la queja; que el ombudsman encuentre necesario ordenar investigaciones a la policía, etc.”.<sup>84</sup>

El Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador dispone que la Dirección Nacional de Quejas aceptará al trámite y sustanciará las quejas “hasta ponerlas en estado de resolución de primera instancia”, y requerirá “los informes necesarios para la investigación y esclarecimiento de los hechos materia de la queja”.<sup>85</sup> La Defensoría cuenta a nivel operativo<sup>86</sup> con varias unidades diversificadas de acuerdo con los temas de más concurrencia; cada una de ellas cuenta con personal técnico capacitado en las diferentes áreas que coordinan el trabajo a nivel nacional.

El Ombudsman o el Defensor del Pueblo tiene la obligación de promover la investigación con la característica de “sumaria e informal”. En el Ecuador se admite cualquier medio de prueba conforme a derecho.<sup>87</sup> Seguidamente se notifica a los “presuntos responsables de las acciones u omisiones materia de la queja, para que contesten en un plazo de ocho días, prorrogables por ocho días más, a petición fundamentada de parte y sin perjuicio de lo contemplado en el artículo 16 de esta Ley; la falta de contestación será tomada como aceptación de la queja, debiéndose en todo caso investigar sobre sus fundamentos”. Al exigir una respuesta a la queja, cada legislación contempla diferente plazo; en España, una vez que ha informado el contenido sustancial de la solicitud al jefe o al organismo de la dependencia administrativa, da un plazo máximo de quince días para que conteste por escrito, únicamente a juicio del Defensor, cuando concurran circunstancias especiales, se ampliará este plazo.<sup>88</sup>

Puesta en conocimiento de la parte pasiva interesada, “hay un principio fundamental del proceso —y del procedimiento— que se respeta, que es el de la contradicción (*audiatur et altera pars*)”.<sup>89</sup> Por otra parte, la administración también tiene la oportunidad de comentar lo que haya sido alegado en su contra. El funcionario o autoridad contra el que se formuló la queja tiene el derecho de actuar, pero además tiene la obligación de contestar. En la LODP española, el Defensor del Pueblo dará cuenta de la queja “al afectado y a su inmediato superior u Organismo de quien aquél dependiera. El afectado responderá por escrito, y con la aportación de cuantos documentos y testimonios considere oportunos, en el plazo que se le haya fijado, que en nin-

84 Aalto, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 409.

85 Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: artículos 21-23.

86 Organigrama de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: Anexo nº 8.

87 LODP del Ecuador, artículo 19.

88 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo III, artículo 18.

89 Fairén Guillén: o. cit., p. 404.

gún caso será inferior a diez días, pudiendo ser prorrogado, a instancia de parte, por la mitad del concedido. El Defensor del Pueblo podrá comprobar la veracidad de los mismos y proponer al funcionario afectado una entrevisita ampliatoria de datos. Los funcionarios que se negaren a ello podrán ser requeridos por aquél para que manifiesten por escrito las razones que justifiquen tal decisión”.<sup>90</sup>

En Finlandia, el ombudsman debe oír siempre (“dar oportunidad a que presente explicaciones”) al funcionario interesado; en Dinamarca, la queja debe comunicarse “lo más rápidamente posible al departamento interesado para que produzca una declaración”; en Noruega, la queja debe ser presentada, en general, “a la dependencia o empleado (*sic*) interesados”; en Inglaterra también se debe conceder una oportunidad “al funcionario principal de la autoridad o departamento interesados para comentar los alegatos contenidos en la actuación por la cual se reclama o la autorizó”. La única excepción a la regla se da en Noruega “cuando se estima que el procedimiento va a evitar la instrucción sobre el caso”. En la regulación inglesa, “la audiencia prevista en la sección 7<sup>a</sup>, 1, de la ley, al funcionario principal del departamento o autoridad interesados, se da antes de que el Comisionado resuelva si ha lugar o no a ulterior investigación”.<sup>91</sup>

La información que recibe el Ombudsman tiene carácter reservado; éste está obligado a guardar secreto sobre cualquier cuestión de la que pueda llegar a tener conocimiento en el desempeño de sus funciones. En Nueva Zelanda, “el ombudsman y su equipo deben prestar juramento de guardar secreto relativo a la información que obtengan, pero están protegidos (mas no de modo absoluto) contra procedimientos legales relacionados con lo que se dice o hace en el cumplimiento de sus obligaciones legales”.<sup>92</sup> También el Defensor del Pueblo ecuatoriano, los adjuntos y comisionados están obligados a mantener la misma reserva cuando requieran información que por la ley debe mantenerse como secreta. No podrán por consiguiente difundirla o hacerla pública, sino solamente utilizarla como elemento para ilustrar sus criterios respecto de los hechos que se investigan.<sup>93</sup>

El Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Español especifica en el artículo 26 que únicamente el Defensor, los Adjuntos o el Secretario, en su caso, tendrán acceso a los documentos e informes clasificados oficialmente como secretos o reservados. Incluye además la

90 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo IV, artículo 20. También en la LODP del Ecuador, artículo 21, que hemos citado en el acápite 6.2.2. de este capítulo: “Investigación y colaboración”.

91 Aalto, Hidén, Pedersen, Audvar, Waldnum y Stacey, citados por Fairén Guillén: o. cit., pp. 404-405.

92 Northey, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 418.

93 LODP del Ecuador, artículo 21.

responsabilidad en el manejo interno, la clasificación, la custodia y la prohibición de referirse a los documentos secretos en los informes. En todos los casos se da prioridad al tratamiento de revelar los asuntos de carácter confidencial que el Ombudsman haya llegado a conocer en el desempeño de sus obligaciones. Otras legislaciones contemplan además que esta obligación no se extingue aun cuando éste deje su puesto; en el artículo 9º de las Instrucciones, el Ombudsman danés tiene la obligación de guardar secreto profesional sobre situaciones y hechos que no son públicamente conocidos y sobre secretos de industria o comercio; “el secreto profesional perdura también después del cese del ombudsman. El mismo secreto profesional liga al personal a su servicio”.<sup>94</sup>

Otra regla principal del procedimiento que se observa en todas las legislaciones es la de comunicar al quejoso el resultado de su trámite<sup>95</sup> o el rechazo de éste, por escrito, explicando motivadamente las razones y además informándole sobre las alternativas legales, acciones o recursos que pueda ejercitar, “sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes”.<sup>96</sup>

Últimamente las múltiples organizaciones de derechos civiles y asociaciones afines cumplen un papel importante de intermediación de la sociedad civil. A ellas acuden varias personas con intereses similares a presentar sus quejas para que éstas las asistan. El trabajo conjunto de difusión y educación ciudadana entre estos organismos y los Ombudsman o Defensores vuelve cada vez más eficaz la posibilidad de hacer uso de la queja colectiva.

### 2.3.2. Contenido de la queja

El reclamo lleva implícita la formulación de una pretensión por parte del ciudadano que quiere alcanzar a través de la gestión del Ombudsman el resarcimiento de sus derechos. Para ser admitida la queja, la narración y fundamentación del motivo deben demostrar que, además del interés personal, existen hechos susceptibles de ser probados, y mejor aún si a la fundamentación se acompaña algún documento de relevancia para la investigación y el examen del caso. De los informes anuales surge —cosa que la doctrina admite— que los Ombudsman deben tener en su poder un mínimo de material

---

94 Fairén Guillén: o. cit., p. 417.

95 Audvar, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 405: “Esto es, al lado del ‘Informe General’ del ombudsman al Parlamento o de otro ‘especial’ que la haya remitido, el quejoso, en general, debe saber el resultado de su queja. Pero esta regla tiene excepciones. Así, en Noruega corresponde al ombudsman el fijar cuánta información de la obtenida debe ser comunicada al quejoso para que la comente. Evidentemente, influyen en ello las restricciones que al ombudsman se imponen en cuanto al examen de documentos oficiales. Y el ‘secreto’ en la comunicación de sus decisiones al propio interesado —al quejoso— se basa en razones de sentido común”.

96 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo III, artículo 17.1. De igual forma, en la LODP del Ecuador, en el artículo 17.

fáctico al comenzar su investigación. Aparte de que cumpla con los requisitos señalados a continuación, hay que admitir también que una queja puede ser rechazada sin dar lugar a más investigaciones si el Ombudsman estima que le faltan fundamentos. Sin embargo, gracias a los extensos poderes que éste posee para iniciar los procedimientos, siempre puede requerir a otros y al quejoso mismo para interrogarlos o pedirles más información para sustentar el reclamo.

La queja no debe necesariamente contener una petición; un hecho calificado como injusto es suficiente argumento para la fundamentación; pero cuando como consecuencia se ha sufrido un daño, también puede alegarse la pretensión de la reparación de los daños. Debido a que los Ombudsman no tienen la capacidad de condenar o de absolver, lo que suele hacer es, de modo informal, solicitar a quien corresponda la reparación de daños y perjuicios. Lógicamente, será con posterioridad el afectado mismo quien debe pedir judicialmente la indemnización de daños y perjuicios y de igual forma, en el caso de haber delitos, la acción penal correspondiente. La legislación sueca ofrece varias alternativas: cuando se trata de una infracción penal, “el Ombudsman, usualmente, acusa, a fin de dar al damnificado oportunidad de pedir y obtener la reparación de los daños e indemnización de perjuicios”; el Ombudsman, de oficio, vista la situación estudiada, sugiere a la autoridad competente que conceda la reparación, o bien deja que el quejoso, una vez obtenida una decisión (no vinculante, pero decisión) a su favor, pretenda la reparación ante la autoridad competente; o, finalmente, el Ombudsman apoya al peticionario en los casos en los que se le haya impuesto injustamente una pena, a fin de que acuda a un recurso, o pidiendo clemencia al Gobierno en su nombre”.<sup>97</sup>

### 2.3.3. Requisitos

Dentro del mismo ámbito de acceso directo del ciudadano, se trata de que los requisitos para presentar una queja sean mínimos. No se requiere la intervención de un letrado para interponer el reclamo. Cuando de por medio existen disposiciones de diferente orden que motiven gastos extras para el agraviado, de hecho van a significar más obstáculos, que además de contrariar la naturaleza misma de la gratuidad del servicio contrarían también el principio democrático de recurrir al Ombudsman. Por otro lado, en materia de procedimientos, como opina Nebenzahl, no existe una verdadera “jurisdicción”, por lo cual “nos parece claro que los Ombudsman deben extender su potestad tutiva en todo momento, supliendo así la falta de formación ju-

<sup>97</sup> Bexelius, Lundvik, Thyresson y Wennergren, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 378.

rídica del ciudadano postulante”.<sup>98</sup> Sin embargo, como en el caso de la Defensoría del Ecuador, que contemplan el patrocinio de acciones y recursos, para “garantizar el derecho de defensa y la tutela penal efectiva en las indagaciones previas e investigaciones procesales penales”, la ley contempla que los defensores públicos estarán a sus órdenes e “intervendrán en todas las diligencias en que los interesados no puedan proveer a su propia defensa”; más aún, a falta de ellos, se encomendará a un “abogado en libre ejercicio profesional”.<sup>99</sup> En definitiva, los requisitos para interponer un reclamo ante el Ombudsman nunca deben suponer un impedimento, ni un retraso por meros formulismos; su procedimiento implica contrarrestar los trámites burocráticos y, de ser necesario, modificar las estructuras administrativas.

#### 2.3.4. *Plazo de caducidad*

El tiempo para que caduquen los derechos del ciudadano a interponer la queja varía dentro de la legislación, aunque casi siempre el límite es de un año. Serán las circunstancias específicas las que determinen finalmente la posibilidad de considerar una ampliación o prórroga. En Suecia, la Ley de Instrucciones, sección 20, establece un plazo de dos años; dice que el Ombudsman “no puede investigar circunstancias que se dieron más de dos años antes de la recepción de la queja, excepto si es esencial que el caso sea investigado en interés público”. Dinamarca y Noruega también establecen el plazo de un año, con la salvedad para el caso de la primera de que, cuando depende de “una decisión de una autoridad administrativa superior”, el plazo cuenta “a partir de la resolución de ésta (y no de la producción del daño de la autoridad inferior)”. (Todo ello sin perjuicio de la potestad de los Ombudsman sueco, finés y danés de iniciar una investigación *ex officio*, en cuyos casos no cuenta el tiempo transcurrido. Cf. *infra*.) En Inglaterra, según la Ley del Comisionado, sección 6.2, el plazo para presentar una queja a un miembro de la Cámara de los Comunes es de doce meses contados “desde el día en que la persona agraviada haya tenido conocimiento de los hechos alegados en la queja”.<sup>100</sup> En España, el artículo 15.1 establece “el plazo máximo para la tramitación de la queja de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma”. Finlandia es la excepción: no existen limitaciones de tiempo para quejarse y “se admite que los ciudadanos presenten inclusive repetidas quejas sobre el mismo asunto”. La Ley Orgánica del Ecuador no menciona nada al respecto.

98 NEBENZAHl: *The Commissioner for Complaints*, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 372.

99 LODP de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: artículo 11.

100 Lundvik, Thyresson y Wennergren, Aalto, Paavo Kästari, Audvar y Northey, citados por Fairén Guillén: o. cit., pp. 380-381.

En cuanto al momento en el cual se inicia el plazo, podemos ver que tampoco existe unanimidad de criterios. Lo que es importante destacar es que este plazo no rige para el Ombudsman, quien tiene la potestad de investigar de oficio todos los casos que involucran el interés público, aun cuando los derechos hayan caducado para el particular. En cuanto a la no vigencia de plazo por razones de interés general, bien sea porque la queja llegó tarde o porque existe alguna sospecha producto de sus inspecciones, los ejemplos son claros. En Inglaterra, el Comisionado podrá realizar una investigación en relación con una queja no presentada en el plazo de un año cuando estime que hay circunstancias que así lo aconsejan. En España, el alcance de las investigaciones que el Defensor del Pueblo puede proseguir de oficio también le permite investigar los casos que estén fuera del plazo descrito. En definitiva, la caducidad afecta sólo directamente al derecho ciudadano, tal vez con la necesidad de mantener “la seguridad del tráfico administrativo en una sociedad moderna”, según el criterio de Fairén Guillén, pero siempre deja abierta la posibilidad de reparar el error, aunque sea tarde, cuando éste existe, usando la vía indirecta y motivando la investigación de oficio cuando en el fondo de ellas existe el interés general o público.

### 2.3.5. Otras medidas a adoptar

La gama de las otras medidas que el Ombudsman puede adoptar con respecto a las quejas es amplia; sin embargo, lo que cabe recordar es que en la mayoría de los países, entre ellos el Ecuador, sus decisiones no son vinculantes con la autoridad; el hecho de que ésta escuche y “obedezca” al Ombudsman está en relación directa a su prestigio, al poder de su opinión fundamentada en la *auctoritas* y a la publicidad que obtenga.

Opiniones o decisiones, críticas, recomendaciones, sugerencias, admoniciones o inclusive reproches son todas medidas no coercitivas que en general dependerán en última instancia del tono, el énfasis y la publicidad con los cuales el Ombudsman las emita. En realidad, una opinión lleva implícito un punto de vista, y si a la opinión se agrega una crítica o una recomendación, es evidente que existe un criterio propio. Tratar de hacer una diferenciación muy sutil no resulta nada productivo, puesto que en definitiva el efecto que surte al emitirlas es el mismo. Un caso excepcional es el de Israel, donde el Ombudsman “utiliza toda la gama terminológica, desde la ‘sugerencia’ a una autoridad hasta la ‘severa reprimenda’”;<sup>101</sup> es evidente que la figura del Controlador “se ha transformado; ya no sugiere ni ‘recomienda’; ‘requiere’, ‘da directrices’. [El] personaje asume así en Israel, un carácter típico; ya tiene

101 Ombudsman de Israel: Annual Report nº 2, en *Four Years of Israel’s Ombudsman*, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 451.

‘potestad’ de mando que, sin duda, exigen las especiales circunstancias del país”.<sup>102</sup>

La etapa final de resoluciones o “recomendaciones” que adopta el Ombudsman puede tener algunas consecuencias ejecutivas o accionar la justicia constitucional. Recordemos, por ejemplo, del análisis de las reclamaciones recibidas por el Defensor del Pueblo europeo, que aun si una reclamación no es admisible dentro de su competencia el Defensor persiste en “recomendar” a qué otra agencia debe dirigirse el reclamante. Más aún en los casos que requieren de su intervención, el Defensor toma una decisión que incluye un proyecto de “recomendación”. Aunque el carácter de ésta no es coercitivo, en cierta forma sí resulta vinculante con la autoridad, puesto que la ley le exige una respuesta o informe detallado aceptando las recomendaciones hechas por Ombudsman o describiendo las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones en el plazo de tres meses.

Respecto de las resoluciones que adopta el Ombudsman, Gil Robles señalaba que, como resultado de las investigaciones que éste lleva a cabo, estas resoluciones se basan siempre en criterios de constitucionalidad y legalidad; “es decir, que nadie piense que estas resoluciones se sustentan sobre criterios puramente subjetivos, arbitrarios o de interpretación personal del Defensor sobre la realidad del ordenamiento jurídico. Cuando se formula una recomendación o sugerencia, se hace porque se aprecia una vulneración constitucional o una infracción de la legalidad y mediante el razonamiento jurídico se llega a tal conclusión y a la resolución correspondiente, cuyo exclusivo objeto es mejorar el daño producido y establecer las bases para que no se repita”.<sup>103</sup>

## 2.4. Inmunidad e independencia

La independencia e inmunidad del Ombudsman hemos visto que deviene de su naturaleza jurídica misma; al ser electo por el Parlamento es independiente del Ejecutivo, y siendo un órgano de control ésta se convierte en una característica propia y relevante de la institución. Con este mismo fin de mantener su independencia, también hemos encontrado coincidencias en cuanto a su elección; en ella intervienen todos los partidos políticos tratando de buscar el

102 Ibídem, p. 458. “Bien es verdad que los israelíes crearon en 1949 —y por evidentes razones de urgencia— las de organizar o moldear con la máxima rapidez una Administración descentralizada y habitada —y para ser habitada por gentes procedentes de diversos países, con diversas costumbres—; por lo que era necesaria la ‘dureza’ con ellas (cf.: Ley israelí, enmienda 8° de 1975, sección 13.3). El Controlador puede requerir a cualquier asociación elaborar un plan anual de operaciones basado en su situación económica y financiera durante el año en curso y que contenga un presupuesto —pronóstico— sobre sus futuras operaciones económicas y financieras, y exigirles que le sometan tal plan en el plazo que puede prescribirles; también puede darles directrices para la elaboración de dicho plan anual”.

103 Álvaro Gil Robles y Gil Delgado: “El Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional”, en *Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Universidad Autónoma de Centroamérica, Colegio Santo Tomás de Aquino, p. 244.

máximo consenso para evitar que el Defensor dependa de la mayoría de un solo partido y, por lo tanto, su posible politización o el riesgo de convertirse o ser utilizado como un instrumento de uno u otro partido político.

Hasta cierto punto el problema de la politización es independiente del hecho de que el Ombudsman esté supeditado al Parlamento. Para él el término entraña otro significado cuando tiene como una de sus tareas fundamentales el deber de velar por los valores de la democracia concebidos en el orden político, económico y social que se pretende resguardar mediante la Constitución. De allí que para su designación se haya resuelto establecer siempre una mayoría, buscando la unanimidad de criterios y los acuerdos entre los diferentes grupos, mediante un complejo sistema de votación y recurriendo, de ser necesario, a una nueva votación en busca de mayor aprobación. Otros límites impuestos que reforzan la independencia y sobre todo evitan la politización, en el sentido de optar por una órbita u opción política concreta, los hemos mencionado ya al referirnos a los requisitos para su nombramiento o las incompatibilidades para ejercer el cargo.

La inmunidad de que goza el Ombudsman es en muchos casos más explícita, como en se observa en el contraste entre la propia Constitución y la Ley Orgánica española; mientras para los miembros de las Cortes Generales la primera señala que “los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”, la segunda dice que “el Defensor del Pueblo gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón de las opiniones que formule o los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo. [...] sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”. Esta disposición, en opinión de algunos autores, resulta más conveniente para asegurar inclusive la autonomía funcional sin tener que recurrir a la fórmula tradicional de diputados y senadores de ser enjuiciados por el Parlamento o del suplicatorio ante las Cortes, como apunta Gil Robles.

#### 2.4.1. Autonomía

Sobre la independencia que el Ombudsman mantiene con el Parlamento cabe hacer algunas aclaraciones con respecto a su autonomía. Es necesario partir de la distinción entre un criterio orgánico y un criterio funcional. Como se ha indicado, el Ombudsman actúa por encargo de una autoridad, de quien recibe su nombramiento, a quien debe dar cuenta de su gestión a través de la emisión de informes y quien además lo puede cesar en los casos previstos por la ley. Pero cabe destacar lo que ya varios tratadistas han comentado: que a pesar de ser una institución orgánicamente dependiente, en su actuación y funcionamiento es libre e independiente.

Y es así hasta el punto de poder interponer recurso de inconstitucionalidad contra la actividad más propia del órgano que lo nombró: la actividad legislativa de las Cortes. No debe, por tanto, confundirse la obligación de rendición de cuentas de su actuación con una dependencia funcional. Dependencia orgánica e independencia funcional son —con todos los matices que se quiera— totalmente compatibles.<sup>104</sup>

#### 2.4.2. *Emisión de informes a la función legislativa*

De la dependencia orgánica que existe entre el Ombudsman y el Parlamento deviene la obligación de éste de mantenerlo informado. Aparte de los informes de casos particulares y de los requeridos tal vez explícitamente, el Ombudsman y todo su equipo de trabajo deben cumplir regularmente con el requerimiento de emitir un informe general anual de sus labores para que de esta forma se ejercite la supervisión del Parlamento. Este informe contiene una relación detallada del trabajo desempeñado durante el período, el resumen y los datos estadísticos de los casos más importantes, así como también de las investigaciones que se hayan llevado a cabo. A través de este informe, que se distribuye a los funcionarios administrativos, bibliotecas, prensa y otros medios de comunicación, así como al público en general, es como se da a conocer su labor.

En el caso de Suecia, el Comité Especial de Constitución sometido al *Riksdag* es el encargado de revisarlo y discutirlo. Puede solicitar al Ombudsman aclaraciones, su asistencia o los libros de registros diarios; observaciones directas con respecto a sus decisiones o a la planificación de su trabajo pueden tratarse en este nivel; sin embargo, el Comité puede proponer al Parlamento en pleno críticas más severas con respecto a ciertos campos del derecho e inclusive su destitución. Una vez terminado de revisar el informe, el Comité emite el resultado de su examen al Parlamento; los diputados pueden comentar o hacer observaciones que deben ser absueltas por el presidente del Comité o por sus miembros. En Finlandia, el borrador del informe anual lo elabora el Consejo Jurídico del Ombudsman y se lo presenta al Comité de Derecho Constitucional del Parlamento, el cual emite su informe y lo pasa al pleno de la Cámara. Por regla general el Comité invita al Ombudsman a comparecer verbalmente, ya que el Parlamento no puede dar órdenes al autor del informe, sino que se limita a dar consejos sobre las áreas a las cuales debe prestar mayor atención. Al igual que en países nórdicos, en España el informe anual se im-

---

104 Astarloa Villena: art. cit., p. 91.

prime y publica.<sup>105</sup> El Defensor del Pueblo lo presentará dando cuenta además oralmente, mediante un resumen a las Cortes Generales reunidas en el período ordinario de sesiones, donde pueden intervenir los grupos parlamentarios a efectos de fijar su postura.

En el contenido el informe anual, el Ombudsman dará cuenta del número y tipo de quejas, un resumen de la queja misma, las instituciones involucradas, las razones por las cuales han sido rechazadas, los argumentos de la oficina administrativa, la defensa y los resultados inclusive de las investigaciones complementarias, detallando finalmente las sugerencias o recomendaciones y conclusión del Ombudsman. En el informe no constan los datos personales, nombres o detalles que permitan identificar a las personas involucradas, y la información reservada se guarda con recelo. Especial atención fija el Ombudsman para hacer mención de los defectos de la legislación; sin ser redactados como anteproyectos de ley, son sugerencias de reformas a las que se refiere con casos concretos ocurridos durante el período.

Las Instrucciones de la ley finesa son más explícitas en cuanto al contenido del informe, El artículo 8 reza que “el Ombudsman debe presentar cada año al Parlamento un informe sobre sus funciones y sobre la observancia de las leyes y demás normas en los Tribunales y en la Administración pública. El informe también debe enumerar las resoluciones aprobadas por el Parlamento con respecto a la actuación que debió seguir al Poder Ejecutivo y que no fue completada en el año. El Ombudsman debe, además, señalar, si lo considera apropiado, cualquier imperfección hallada en las leyes o decretos, o si en ellas hay expresiones inadecuadas o fraseología conflictiva, especialmente si de ello han resultado interpretaciones diferentes, inciertas u otros inconvenientes en la práctica legal y administrativa, y debe proponer medidas para subsanar tales imperfecciones”. Las resoluciones del Parlamento no vinculan legalmente al Gobierno; por otra parte, el Ombudsman actúa como un auxiliar en la supervisión de éste y, aunque no tenga fuerza de ley, está cumpliendo con su función de instrumento de control.

## 2.5. Difusión y educación

¿Cómo introducir esta figura, *Defensor del Pueblo*, de nombre atrayente para muchos, pero incluso proclive a la demagogia para otros? “No se puede forzar a un Estado a admitir una figura, una institución extraña a él, si los

<sup>105</sup> Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Artículo 32: 2. Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe extraordinario que dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras si éstas no se encuentran reunidas. 3. Los informes anuales y, en su caso los extraordinarios, serán publicados.

factores circundantes no son favorables por razones de diversa e importantísima índole. [...] Gran parte depende —si no toda— de la *educación política* del pueblo español; y educarlo de tal modo cívico no va a ser tarea fácil". La "popularidad del cargo debe depender, ante todo, de las explicaciones que al pueblo se le den sobre el mismo". Así lo advertía ya Fairén Guillén cuando comentaba con escepticismo la introducción de esta figura "bajo el nombre inadecuado de 'Defensor del Pueblo' en el Anteproyecto de Constitución de 1978". La experiencia recogida a través de los años en los informes y la doctrina existente nos demuestran que efectivamente la difusión y la educación son esenciales para que el Ombudsman llegue a obtener la confianza y popularidad de "quien no le conoce".

#### 2.5.1. *Publicidad del cargo, actividades y promoción*

Explicar al "pueblo" cuáles son las obligaciones de su "defensor" es una tarea que se consigue a fuerza de autopublicidad, demostrando la veracidad y efectividad del trabajo y no haciendo una simple demagogia. La *uctoritas* a la cual tanto nos hemos referido se consigue no únicamente con el nombramiento de una persona con capacidad y reconocimiento social o científico; se precisa hacer público su cargo y promocionar sus varias actividades. Publicidad y educación son dos componentes que deben ir juntos. La "educación cívica" incluye, además de dar a conocer al público sus derechos y deberes constitucionales, la forma de defenderlos y cumplirlos, conocer cuáles son los organismos de control que garantizan este estado de derecho y democracia y, por supuesto, dentro de este contexto, aprender lo que es el Ombudsman, sus atribuciones, sus obligaciones y el resultado de sus actividades para poder participar activamente en el establecimiento de este orden.

La propia experiencia de los Ombudsman, adquirida justamente a través de esa interacción con los ciudadanos, así como el desarrollo de los medios de comunicación, han ido incrementando estas posibilidades. El público necesita conocer y juzgar la actividad del Ombudsman; para ello no basta conocer los informes anuales o informes especiales; la mayoría se entera a través de los medios de comunicación —como la radio, la televisión, la prensa diaria— y más aún por medio del contacto directo que éste puede establecer a través de sus visitas e inspecciones. Resulta interesante recoger las palabras de los propios Ombudsman para ponerlas en práctica como posibles estrategias, especialmente en los países donde la figura es todavía nueva.

Durante los últimos años se ha acumulado una nueva manera de funcionar del ombudsman: en conexión con sus "inspecciones" a los más lejanos puntos del país —norte y este del mismo—, se organizan reuniones públicas en las municipalidades. En tales reuniones públicas, los ciudadanos tienen la posibilidad de discutir sus problemas personales con el ombudsman, si tales proble-

mas tienen alguna relación con las leyes, y de preguntarle qué piensa sobre si la ley es bien administrada a tales efectos. Al mismo tiempo, el ombudsman tiene la oportunidad de informar a los ciudadanos sobre sus funciones, sobre la autoridad que ha recibido del Parlamento y sus posibilidades de venir en ayuda de los ciudadanos. Se quiere extender la organización de estas reuniones públicas del ombudsman con el pueblo a otras partes del país.<sup>106</sup>

### 2.5.2. Mentalización de los ciudadanos

Ya en la Conferencia Internacional de Ombudsman en 1976,<sup>107</sup> el ombudsman israelí Nebenzahl hablaba sobre la “publicidad del cargo y sus actuaciones” y sobre el doble impacto directo e indirecto que el Ombudsman pretendía causar en la comunidad social y en los propios quejoso como resultado de sus labores públicas.

La publicidad no solamente puede constituir un medio para incrementar el número de quejas que lleguen al ombudsman, sino también influir en el contenido de las quejas que le lleguen. Los esfuerzos de publicidad deben ser planificados, en consecuencia, de modo que contribuyan a asegurar que la labor del ombudsman es, propiamente, una labor social. [El objetivo de dar publicidad a la institución es la mentalización de los ciudadanos sobre] su existencia en todos los estadios del proceso administrativo [...] Debe tener éxito al poner en conocimiento de los realmente infortunados miembros de la sociedad —grupos que existen en todos los países— la existencia de su servicio. [...] Por esta razón hay una especial obligación de dar a conocer bien la función de aquél y los medios de llegar a él.

Los beneficios de la actuación del Ombudsman afectan “directamente a los quejoso e indirectamente al resto de la población”. Muchas quejas sin embargo no culminan positivamente causando el impacto directo deseado, puesto que son rechazadas por injustificadas. Como decía Nebenzahl al reconocer esta desventaja de la publicidad:

La credibilidad del ombudsman por parte del público es de la mayor importancia, y no es menor que su influencia en la administración. Podemos luchar para que haya el menor número posible de quejas rechazadas; pero, desgraciadamente, no podemos eliminarlas del todo. [El análisis de la actividad] ha demostrado que el impacto directo del Ombudsman depende, en definitiva, del resultado de su obra (cuántas quejas halla justificadas o injustificadas y en qué casos es posible el remedio en relación con las primeras). Pero, desde un punto de vista básico, no es fundamentalmente el resultado final —la disposi-

<sup>106</sup> Aalto, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 51.

<sup>107</sup> Nebenzahl, citado por Fairén Guillén: o. cit., pp. 51-64.

ción de las quejas—, sino el más mínimo o mucho material puro —las quejas mismas— lo que determina lo que puede ser el impacto directo del ombudsman.

Efectivamente, la literatura existente en el derecho comparado nos demuestra que el primer contacto y el éxito del impacto causado en la población en muchos países de América Central y América Latina han dependido del contenido mismo de las quejas, de la importancia que éstas han revestido en el momento y en el desarrollo democrático de la sociedad en la cual el Ombudsman ha jugado el papel fundamental al defender, cuestionar y luchar por que estos derechos sean respetados. Pero claro está que la gama de actuaciones del Ombudsman es muy amplia, desde el trato descortés de un funcionario —cuya queja lleva al Ombudsman a cubrir “un espacio vacío” en “aquellas zonas del actuar administrativo no susceptibles de recursos jurisdiccionales, en las que puede moverse con toda amplitud el arbitrio burocrático y en el sacar a la Administración de ese generalizado mal que le aqueja y que puede calificarse de ‘lentocracia’, contra el cual los Tribunales no pueden reaccionar”—<sup>108</sup> hasta casos muy graves que competen métodos policiales, privaciones de la libertad o faltas contra los derechos humanos.

No se puede esperar que todos los casos despierten el interés del público en general, pero sí es necesario que el Ombudsman no pierda de vista aquellos casos que forman parte de la vida cotidiana y que son de gran importancia para el quejoso, aquellas “insatisfacciones de origen subjetivo”—y el ámbito de la subjetividad individual es difícil remontar si no se entra a calibrar sobre si *esa* insatisfacción merece pasar a objetivarse jurídicamente a través de una “queja”—. Pero alguien dirige subjetivamente la entidad de “su insatisfacción”, estima que sí tiene entidad suficiente para provocar una actividad jurídica externa.<sup>109</sup> Consideramos que para que se dé también un impacto indirecto de las decisiones del Ombudsman hace falta algo más de lo que Bexelius decía: “La sola existencia de un ombudsman independiente de la burocracia, ante quien todo el mundo puede presentar sus quejas, hará que las autoridades presten más atención a su trabajo”.<sup>110</sup> Está claro que el apoyo de la publicidad también es fundamental para lograr el impacto indirecto en el resto de la población, pero no menos importante resulta el apoyo que reciba de las autoridades administrativas y de los tribunales en hacer escuchar sus opiniones y hacer efectivas las atribuciones de éstos. Finalmente, este proceso de difusión y promoción del cargo, así como el de educación y

108 Pedersen, Rowalt, Audvar Os, Pellon, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 61.

109 Fairén Guillén: o. cit., p. 65. Cf. del mismo autor: “El proceso como función de satisfacción jurídica”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, tomo I, esp. p. 364 y ss.; también, Buenos Aires, 6 de agosto de 1968, pp. 1 y 2 (discurso inaugural del V Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, Salta, julio de 1968).

110 Bexelius: citado por Fairén Guillén: *El Defensor...*, o. cit., p. 66.

mentalización de los ciudadanos, se completa cuando el Ombudsman logra el efecto más difícil de alcanzar, que es el de ir de lo particular a lo general; es decir, promover en el Parlamento, en el Ejecutivo o inclusive a través de la misma inquietud ciudadana, una nueva o más apropiada legislación para prevenir los casos sobre los que se han producido las quejas.