



RESUMEN

De acuerdo con lo que la actual Constitución del Ecuador y la legislación vigente y en concordancia con los documentos doctrinarios, el presente trabajo va a comenzar exponiendo en primer lugar los antecedentes históricos del OMBUDSMAN, que nos dan cuenta de sus orígenes y desarrollo.

En el capítulo II se hará referencia a las concepciones que se tiene de la Defensoría del Pueblo, así como su organización, funciones, características, competencias, atribuciones.

En el capítulo III se pretende analizar la normativa jurídica vigente, pasando por el estudio de las disposiciones de la actual Constitución y haciendo un estudio comparativo de la anterior Constitución del año 98, y de esta forma darnos cuenta del giro que tomo esta institución en el Ecuador.

En el capítulo IV se tocará el tema en relación a saber cuáles fueron las causas de la introducción de la Defensoría del Pueblo en la quinta función del Estado, y una rápida diferenciación con los demás órganos de control, esto en función del análisis, respecto de los nuevos aportes doctrinarios en torno al nuevo rumbo constitucional del Ecuador se han podido esgrimir para poder proporcionar un aporte sencillo, que podrá o no servir al fortalecimiento de las instituciones.

Finalmente, realizaremos una breve referencia al derecho comparado en honor a las limitaciones del presente estudio, con otros países de la Región y su concepción del ONBUDSMAN que nos podrán proporcionar más luces al respecto del tema tratado.

PALABRAS CLAVE: DEFENSORIA DEL PUEBLO, ANTECEDENTES, ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS, CONSTITUCION DEL 98 Y 2008, ORGANOS DE CONTROL. UBICACIÓN CONSTITUCIONAL



LA DEFENSORIA DEL PUEBLO SEGÚN LA CONSTITUCION ECUATORIANA 2008.

INDICE.

Capítulo I

Generalidades.	6
Antecedentes Históricos.	9
El Ombudsman.	9

Capítulo II

Naturaleza Jurídica.	15
Protección y Tutela de Derechos.	16
Atribuciones de la Defensoría del Pueblo.	19

Capítulo III

La Defensoría del Pueblo en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano Vigente.	24
Constitución ecuatoriana 2008.	24
Breve Análisis Comparativo con la Anterior Constitución 98.	29
Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.	35

Capítulo IV

Diferencia de la Defensoría del Pueblo con los demás Órganos que integran el Quinto Poder!.	38
Crítica al cambio constitucional.	40
Propuesta.	43

Capítulo V

Experiencia de Otros países de América Latina.	47
Colombia.	47
Venezuela.	48
Bolivia.	52
México.	55
Conclusiones.	58



*Universidad de Cuenca
Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales.*

UNIVERSIDAD ESTATAL DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES.

ESCUELA DE DERECHO

***DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
FUNDAMENTALES.***

MONOGRAFIA FINAL

TEMA:

***“LA DEFENSORIA DEL PUEBLO SEGÚN LA CONSTITUCION
ECUATORIANA 2008.”***

Autor:

Dr.: Pedro Bolívar Ordoñez Santa cruz.

Director:

Dr. Julio Teodoro Verdugo Silva.

CUENCA-ECUADOR.



DEDICATORIA.

*A las luces que encienden la morada de mi existencia, mi esposa Amanda, mi hijita
Amandita Micaela.*

*Y en el mismo sitio, a quienes me inculcaron principios y valores, mis queridos
padres.*



RESPONSABILIDAD.

Las opiniones y citas textuales que contienen el presente trabajo son estricta responsabilidad de su autor.

Dr.: Pedro Bolívar Ordoñez Santa cruz.



ANALISIS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO SEGÚN LA CONSTITUCION ECUATORIANA 2008

CAPITULO I

GENERALIDADES.

Con el curso de la historia se han venido presentando cambios en las ideas políticas, sociales, culturales, económicas, filosóficas, jurídicas de todas las sociedades y democracias del mundo , a pesar de que la globalización de la información es el paradigma sobre el cual descansa en los actuales momentos el andamiaje de los sistemas sociales del mundo , no es menos cierto que las realidades de los cambios efectuados en los países del globo son tan distintas y tan diferentes cuantos países y sociedades existan en el hemisferio.

De lo dicho podemos expresar que en las experiencias de los países latinoamericanos y en nuestro caso ecuatoriano no ha sido la solución a los problemas la adopción de modelos económicos de libre mercado, de desarrollo basados en el capital ni el sistema jurídico legalista imperante , sino se ha venido presentando la oportunidad histórica de darle un giro a este estado de cosas y mirar hacia el desarrollo humano, sus derechos y al fortalecimiento de las instituciones que lo componen para de esta manera lograr una sociedad y un Estado bien estructurado con un ordenamiento jurídico garantista en donde prevalezca los derechos de los ciudadanos y en verdad libre, democrático y soberano y sobre todo exento de cualquier presión interna o externa.

En relación al tema a tratarse el de la Defensoría del Pueblo , institución que de uno u de otro modo surge en respuesta a los abusos que venia cometiendo la administración pública , los atentados a los derechos de las personas , la discrecionalidad de las autoridades públicas , la criminalidad galopante, la corrupción incesante, el descontento en generad de toda la población , que, de acuerdo a sus exigencias sociales ha visto la necesidad imperante de fortalecer las instituciones a través de otra institución de promoción y protección de



derechos..Para tales efectos como ya lo dijimos surgió ya en el mundo y al cabo de los años se acento en la realidad latinoamericana y ecuatoriana la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo.

Volviendo al tema de los cambios en las sociedades y los países, en el nuestro, en su desenvolvimiento histórico y producto de las ondas críticas al modelo neoliberal se produce una ruptura del sistema que da paso a una nueva corriente de pensamiento en lo económico, político, social y jurídico,, que con la venida de un nuevo gobierno y con este la impulsión e instalación de la Asamblea Nacional Constituyente de plenos poderes, la misma que expide una nueva constitución, que luego de ser sometida a un referéndum aprobatorio, entra en vigencia en octubre del 2008 y que serviría de base para efectuar los cambios institucionales en el país. y que además responde a las exigencias de la sociedad ecuatoriana representada en el movimiento indígena, las organizaciones sociales que lucharon por algunas décadas en contra de privatizaciones, feriado bancarios, atentados a derechos humanos, etc.

De esta manera el Ecuador se erige como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia y con algunas otras características que las enumera el artículo uno de nuestra Carta Magna. Como una de las novedades de esta actual constitución tenemos la incorporación de una nueva función o poder del Estado” la Función de Transparencia y Control Social (Quinto Poder) nueva función del Estado que tiene la tarea de controlar y fiscalizar a las entidades del sector público y personas naturales y jurídicas del sector privado que ejerzan actividades de interés público. Esta función más del Estado estará conformada por el Consejo de participación Ciudadana, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias. Dentro del análisis del tema escogido haremos especial mención a la clásica división de poderes en los estados clásicos liberales y que la desarrollo Montesquieu , puesto que con estas nuevas concepciones se da lugar a otras funciones del Estado rompiendo así la clásica corriente.

Particular importancia tiene el tratamiento de este tema en nuestra realidad jurídico constitucional que consagra como ya lo anotamos al Ecuador como un



Estado Constitucional de Derechos y justicia, en la que la protección de los derechos es la piedra angular sobre la cual descansa el ordenamiento jurídico vigente. De ahí que la Defensoría del Pueblo como órgano de protección y promoción de derechos tiene un enfoque diferente al conceptualizado en la anterior constitución. En tal virtud surge el análisis y crítica de este órgano, el mismo que se lo ha ubicado dentro de la Función de transparencia y Control Social, función o poder destinado al control y fiscalización de las entidades del sector público y privado y por lo tanto como entendemos a la Defensoría del Pueblo como el órgano encargado de la promoción y protección de los derechos de las personas, nace de esta manera la interrogante que la trataremos de desentrañar, de su ubicación y la puesta en el tapete de la discusión sobre su nuevo papel, misión y visión dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en vigencia.

De acuerdo con lo que exponemos en líneas precedentes el presente trabajo va a comenzar exponiendo en primer lugar los antecedentes históricos del OMBUDSMAN, que nos dan cuenta de sus orígenes y desarrollo.

En el capítulo II se hará referencia a las concepciones que se tiene de la Defensoría del Pueblo, así como su organización, funciones, características, competencias, atribuciones.

En el capítulo III se pretende analizar la normativa jurídica vigente, pasando por el estudio de las disposiciones de la actual Constitución y haciendo un estudio comparativo de la anterior Constitución del año 98, y de esta forma darnos cuenta del giro que tomó esta institución en el Ecuador.

En el capítulo IV se tocará el tema en relación a saber cuáles fueron las causas de la introducción de la Defensoría del Pueblo en la quinta función del Estado, y una rápida diferenciación con los demás órganos de control, esto en función del análisis, respecto de los nuevos aportes doctrinarios en torno al nuevo rumbo constitucional del Ecuador se han podido esgrimir para poder proporcionar un aporte sencillo, que podrá o no servir al fortalecimiento de las instituciones.



Finalmente, realizaremos una breve referencia al derecho comparado en honor a las limitaciones del presente estudio, con otros países de la Región y su concepción del ONBUDSMAN que nos podrán proporcionar más luces al respecto del tema tratado

ANTECEDENTES HISTORICOS.

A lo largo de la historia se ha venido dando a lugar pugnas entre gobernantes y gobernados, que han derivado en abusos por parte de quienes están ostentando el poder, o cual ha dado lugar así mismo que surjan algunas figuras dedicadas a regular este tipo de actuaciones, o a establecer un amparo o control a esta desmedida disparidad que provocan las violaciones de los derechos.

En este afán de la humanidad de encontrar instituciones encargadas de este control se han venido presentando algunas figuras que sin parecerse al OMBUDSMAN más bien han tenido similitudes que de alguna manera se podría decir que son su antecedente.

Nos ubicamos en el continente americano y tenemos datos de que en la época del incario existía el ¹TUKUY RICUY, el mismo que se encargaba de velar por el interés del ciudadano e intercedía ante el inca. Luego después con la conquista española se produjeron algunos antecedentes en torno a las instituciones de protección, y esto debido a que tal conquista como es lógico de suponer trajo consigo una desigualdad producto del colonialismo y las imposiciones en todos los planos posibles, lo cual trajo reacción en los pueblos aborígenes y la consiguiente represión y persecución.

A este respecto María Teresa Pareja Rosales de Conrad en su obra ²**“EL DEFENSOR DEL PUEBLO, Un estudio con especial referencia al Ecuador”**, destaca algunos antecedentes del OMBODSMAN moderno y dice “Como resultado de I Ostión de las Casas. Protector Universal de las Indias enviado a América en 1516 y de la promulgación de las leyes Nuevas de 1542, la corona implemento una política de defensa del indígena ampliando en las colonias el aporte administrativo; una de las instituciones que creo con ese fin fue justamente el **Protector de Naturales**. La recopilación de las leyes de los



reinos de Indias y otros estudios específicos del derecho indiano nos permite conocer los procedimientos jurídicos y las instituciones que procesaban los litigios entre indígenas y de estos con otros grupos sociales de la Colonia...”

En Europa, concretamente en Suecia fue en donde apareció la figura del OMBUDSMAN, su constitución de 1809 reconocía el poder ejecutivo del Rey y el control del Riksdag como se le conocía a la Asamblea Representativa, como una contraparte del Justitiekansler creada por el rey en 1713, el parlamento creó un justitieombudsman, y entre sus principales características El OMBUDSMAN de la justicia debía ser un hombre una persona totalmente independiente, imparcial, con amplios conocimientos del derecho y una vasta experiencia como juez. Era elegido el ombudsman de la justicia por una comisión especial nombrada por la Asamblea representativa con el fin de revisar el accionar de los funcionarios de la administración pública pero como un ente que formaba parte del legislativo y no del judicial y de esta manera rendía cuentas al parlamento y no a la corona..(M. T Rosales, 2004, pág.45.)

Otros países europeos tomaron el modelo sueco como referente para implantar un OMBUDSMAN, el caso de Finlandia país que estuvo hasta 1809 bajo el dominio de Suecia, pero solamente luego de la primera guerra mundial se convirtió en un estado soberano. La constitución de 1919 estableció el ombudsman tomado del modelo sueco, en 1933 el ombudsman tuvo la labor de recoger quejas de los militares y de los prisioneros para aliviar la carga del canciller judicial, lo cual provocó una superposición de funciones, en definitiva el ombudsman se mantuvo como una institución separada del ejecutivo, judicial y del sistema de administración así mismo se encargó de velar por la actuación de los funcionarios y su potestad de acusar ante los tribunales de justicia..(M. T Rosales, 2004, pág.55.)

El ombudsman danés tomado de la misma forma del modelo sueco (Folketingets ombudsman) o delegado general del parlamento data de la constitución de 1833, luego después de la Segunda Guerra Mundial, en la

¹Manual Operativo y Reglamento de Quejas de la Defensoría del Pueblo, Ecuador, , 2003, pág., 12

²Maria Teresa Pareja Rosales de Conrad, EL DEFENSOR DEL PUEBLO, Un estudio con especial referencia al Ecuador, Uruguay, CONRAD ADENOUER, 2004,



reforma de 1948, el parlamento (Folketing) debía designar un funcionario que no debía salir del parlamento para la revisión del sistema administrativo y de las fuerzas armadas. (M. T Rosales, 2004, pág.57.)

En Noruega el primer ombudsman se da en el año de 1952 que fue un ombudsman para los militares posteriormente en 1962 se da el ombudsman para el control de la administración, este ombudsman tiene particularidades surgidas de la práctica, pues su independencia es limitada cuando el parlamento (Storting) tiene la facultad de encargarle la investigación de un caso en particular y sobre el cual debe dar un informe el mismo que debe ser sometido a deliberación, provocando de esta forma que los intereses políticos no vayan a socavar el trabajo del ombudsman cuyo informe debe poseer argumentos jurídicos y no razones de orden político. (M. T Rosales, 2004, pág.60.)

El ombudsman noruego al igual que en Suecia, Dinamarca y Finlandia tiene la facultad de iniciar una investigación por su propia cuenta o a veces guiado por las denuncias presentadas en la prensa o medios de comunicación.

Hemos podido ver a breves rasgos el origen del OMBUDSMAN en los países escandinavos, tomando como punto de partida el justitieombudsman de Suecia, para de ahí avanzar a los demás países europeos como en Inglaterra, Alemania, Francia, Portugal España, con sus propias características de acuerdo a sus particulares realidades, ayudados y fortalecidos en base al derecho comparado..

Particular importancia se le debe dar al estudio del OMBUDSMAN o DEFENSOR DEL PUEBLO ⁵Español, debido a que valiéndose del derecho comparado se catapultó hacia los países latinoamericanos y entre estos el Ecuador. El ombudsman en España tardó en imponerse como consecuencia de su realidad política vivida en la época franquista, sin embargo los intelectuales de ese entonces no dejaban de hablar de una figura a favor de los derechos de los ciudadanos españoles y en reiteradísimas ocasiones lanzaban la idea de implantar un ombudsman español para contrarrestar los abusos de la administración en detrimento de los derechos de las personas.



A la muerte de Franco la Comisión de Asuntos Constitucionales propuso en 1978 que se incorpore la figura de un ombudsman general para precautelar los derechos de los españoles, sin que tuviera mayor interés, en inicio se conoce que fue apoyado por el partido socialista obrero español lo que llevo a que las tendencias dividieran sus criterios en torno a esta figura. (M. T Rosales, 2004, pág.80, 86.)

Los de izquierda se pronunciaban por la figura independiente encargada de poner un freno a los abusos de la administración, y los de derecha esgrimían su temor por entregarle demasiadas atribuciones. Así de esta manera es como la institución del defensor del pueblo en España se fue consolidando con algunas características y limitaciones a su accionar en lo referente a asuntos de Estado y los que tienen que ver con la administración frente a los que hacen relación a los asuntos legales y de justicia. En tal virtud los socialistas asemejaban la institución nueva a la Corte Constitucional mientras que la alianza popular la veía como un organismo encargado de velar por las libertades civiles.

La Comisión Mixta del Congreso y del Senado lo redactó en forma definitiva así:

Una ley orgánica regulara la institución del defensor del pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la administración dando cuenta a las Cortes Generales .

Así sin mas el DEFENSOR DEL PUEBLO ombudsman español surge con sus características propias , fundamentado para unos en el modelo escandinavo y para otros en el modelo Ingles , pero al fin y al cabo con rasgos singulares encargados de defender deberes y derechos de los ciudadanos , para supervisar actos de la administración publica y para apelar a la Corte Constitucional . Es una figura independiente separada tanto del ejecutivo como del legislativo en pro de los derechos fundamentales de las personas, un ombudsman fuera del tradicional que por su naturaleza le toca a veces estar en

el blanco de las críticas de la oposición.

Sin lugar a dudas con el paso del tiempo y en los diferentes lugares del mundo el **ombudsman** ha ido tomando su particular forma en la época y el espacio al que le ha correspondido , y en tal virtud la historia de las diferencias entre el rey y la nobleza o de estos con la plebe, de la burguesía con el proletariado y en general de los gobernantes y gobernados ,administradores y administrados responde justamente a la evolución que el Estado y como tal ha venido desarrollándose en la historia y que muy someramente lo vamos a traer a colación.

En primer lugar tenemos al ³**Estado Absoluto.**, cuyas características vienen dadas por la secularización y el centralismo del poder según su ubicación (El rey, monarca, emperador, casique, zar), quines eran los que determinaban las normas y la estructura de poder. El poder se encuentra concentrado en una sola persona o en una clase dominante, las normas, administración y la justicia dentro de este Estado vienen dadas por la voluntad del Rey o la nobleza Grupo dominante, los demás son siervos o vasallos cuyos derechos están en constante conculcación y en donde la discrecionalidad y la arbitrariedad son las características esenciales que marcan este tipo de estado en sus relaciones desproporcionadas de poder.

Luego con el avance de la aristocracia (poder político) y de la burguesía (poder económico) se da paso al **Estado de Derecho, Legalista o Liberal** , en donde se presenta la tripartición de los poderes en ejecutivo, legislativo y judicial dentro del cual la clase dominante es la burgués, la misma que controla el parlamento o legislativo bajo las ideas de democracia y ciudadanía(derechos civiles y políticos) y por lo tanto el ejecutivo y el judicial basa su actuación en lo que determina la ley todo enmarcado en el principio de legalidad , los derechos de las personas frente a la administración tiene su limite y vinculo en la ley y el parlamento..Un paso mas adelante del Estado de Derecho esta el **Estado Social de Derecho**, estado de Bienestar o Estado Constitucional, cuyo límite y vínculo del poder publico es la constitución que por medio del

³Ramiro Ávila Santamaría, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Análisis desde la doctrina y el derecho, Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia, pág., 20



poder constituyente marca el actuar de la administración en su relación con los ciudadanos. El avance está dado en el reconocimiento no solo de los derechos civiles y políticos aporte de la revolución burguesa, sino en el aporte del socialismo en el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales.

“Ramiro Ávila Santamaría, en su ensayo titulado La Constitución 2008 , habla del **7Estado de Derechos** y manifiesta, esta denominación nos llevaría a pensar que hay un error de codificación en el texto constitucional “ Se les fue una s” y aclara que no existe en el derecho comparado Estado alguno que califique al Estado como de **derechos**. Y en el Ecuador esta plasmado en el Art. Uno de la Constitución como un Estado constitucional de derechos y Justicia, en donde los derechos que no son mas que reivindicaciones históricas anteriores al mismo Estado, derechos que son el limite y vinculo con los poderes del Estado. Limite porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias y vinculo pues son los poderes del Estado los llamados a efectivizarlos.”. Es en este modelo de Estado en donde se pretende hacer los esfuerzos para tratar de fortalecer a la Defensoría del Pueblo por medio de aportes críticos y de acuerdo a la realidad jurídica del país. (R. Avila, Ecuador, 2009.)

Como el presente trabajo esta encaminado al estadio somero de la Defensoría del Pueblo, institución que como hemos visto ha sido la encargada de velar por los abusos de los poderes públicos en contra de los derechos de los ciudadanos, a continuación trataremos a través de la doctrina de establecer algunas conceptualizaciones y definiciones con sus características y atribuciones.



CAPITULO II

LA DEFENSORIA DEL PUEBLO.

NATURALEZA JURIDICA.

Para los efectos del análisis central de este trabajo relacionado con la ubicación de este órgano en la Función de Transparencia y Control Social en la actual constitución ecuatoriana se hace preponderante el saber la naturaleza jurídica, así como las competencias y atribuciones y demás características de esta institución.

Jorge Carpizo en su obra “Derechos Humanos y Ombudsman” manifiesta ⁸El **4Ombudsman** o Defensoría del Pueblo es un **órgano**, cuyo titular es un **funcionario publico de alto nivel quien** actúa con **independencia**, pero es responsable **ante el Poder Legislativo**, recibe **quejas** en contra de autoridades y funcionarios, las **investiga y emite recomendaciones** y periódicamente rinde un informe publico sobre el cumplimiento o no de sus recomendaciones o sugerencias.”

Es un órgano que efectivamente representa al Estado y en este sentido es un órgano Constitucional de protección y promoción de derechos humanos razón por lo cual le vuelve de carácter publico, es decir persona jurídica de derecho publico, el mismo que requiere de un funcionario de alto nivel y con los mismos requisitos que se requiere para ser magistrado de las Cortes Nacionales, Defensoría del pueblo cuyo titular y demás funcionarios deben actuar con total independencia y autonomía de las demás instituciones del poder publico y en ningún caso quiere decir que la rendición de cuentas al parlamento sea un alejamiento del su autonomía aunque en la realidad esto sea muy rebatido.



Otra característica de la Defensoría de pueblo es que es un órgano que no está investido de coercitividad, sino que más bien sus investigaciones caen dentro de la

⁴Jorge Carpizo, Derechos Humanos y Ombudsman, México, 1998, PORRUA, pág., 3 a 5

Recomendación o la sugerencia, la presión, la crítica y que más están obligados a respetar debido a la autoridad moral de la que está investido por lo que tradicionalmente se lo ha llamado “La magistratura de la persuasión.

Algunos autores la describen como una garantía orgánica a la Defensoría del Pueblo que consiste en la previsión de un órgano cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales, su actividad es en parte de mediación ante la administración y en parte de investigación de la acción de la propia administración, mediante la investigación de abusos de los poderes públicos y puestos en la discusión ante el legislativo la opinión pública.. En este mismo sentido el jurista ecuatoriano Monseñor Juan Larrea Holguín la incorpora como una garantía de los derechos en su obra Derecho Constitucional ecuatoriano y al respecto expone ⁵***“Se entiende por garantías en el campo del Derecho público todas las acciones u otros procedimientos prácticos que hacen efectivos todos los derechos :Los derechos son propiamente principios abstractos o declaraciones generales que se protegen mediante acciones de diversa índole o por medio de recursos o procedimientos para remover lo que amenaza o afecta a los derechos para reparar o indemnizar por el daño producido”..***

PROMOCION Y PROTECCION DE DERECHOS.

Tenemos claro que lo medular del accionar de la Defensoría del Pueblo es el respeto de los derechos y de los derechos en general, y para el objetivo de nuestro estudio resulta imperioso que nos detengamos en el análisis de los derechos dentro de la institución del Ombudsman.

En la obra “Defender los Derechos”, de Juan Parent Jaquemin, el autor se realiza la pregunta ¿ Por que tiene el hombre derechos? Y el autor cita a



Bazdresch, quien afirma que existen tres teorías vigentes para explicar los derechos humanos:

a) **“La naturalista**, o sea, a partir de su condición humana, es decir, el hombre tiene derechos porque es igual a los demás y su igualdad se apoya en la existencia de la razón.

b) **La socialista**, que implica vida de relación según la cual el hombre, aisladamente considerado, no tendría derechos propiamente dichos.

c) **La legalista**, que sostiene que los derechos definidos en la ley son los únicos que ameritan protección, Bentham sostiene esta tesis. Es peligrosa porque favorece a los que sostienen el statu quo social político y legal).

“Para Parent el hombre tiene derechos por su propia naturaleza y en este sentido cita a Locke quien parte de la premisa inicial de que el estado de naturaleza es un estado de igualdad natural entre todos los individuos de modo que ninguno tiene sobre otros derechos, poder, ni jurisdicción alguna. La igualdad de los humanos se basa en el hecho de que por naturaleza todos están dotados de razón, hombres y mujeres por igual, la ley de la naturaleza nos dice que no debemos invadir los derechos de otros.”

Pero el autor nos dice que el estado de naturaleza no existe y que no se puede hablar de derechos naturales sino de derechos humanos y sobre este tema de los derechos humanos se han escrito innumerables obras y se seguirán recopilando muchas mas pues es uno de los temas mas importantes para el ser humano. Al respecto de los derechos humanos Jorge Carpizo los expone desde tres aspectos como son su internacionalización, su progresividad y quien los puede violar (J Carpizo, 1998, pag, 3 a 5.)

“Su internacionalización, La segunda Guerra Mundial marco este aspecto importante en la historia de los derechos humanos, los cuales ya tuvieron sus antecedentes en épocas pasadas. Sin duda este acontecimiento dio la pauta

⁵Dr. Juan Larrea Holguín, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Tomo I, primera edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, pág., 301

⁶Juan Parent Jacquemin, Defender los Derechos Humanos, México, Universidad Autónoma de México, 1996, pág., 22



para que se creen pactos, comisiones, cortes y protocolos encargados de difundir y defender esta materia. Pero este aspecto trae consigo el debate sobre la soberanía de los Estados, pues como dicen algunos esto sería una nueva forma de imperialismo en la cual el Estado poderoso se inmiscuya en los asuntos de violaciones de derechos de otro Estado, sin embargo la internacionalización de los derechos humanos debe ser entendida, aunque en la práctica no suceda, como la aceptación de órganos jurisdiccionales internacionales dotados de jueces probos e independientes que apliquen el derecho internacional sin la presión de ningún Estado.

Tendencia Progresiva, Este aspecto se entiende que tanto contenido, concepto, como su protección nacional, regional o internacional se van ampliando irreversiblemente, en lo que se refiere al número y al contenido de estos como a su control. Existen derechos que se van defendiendo progresivamente, tal es el caso de los derechos económicos y sociales, como son por ejemplo el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, y para cuya satisfacción se necesita de condiciones materiales. El derecho internacional consuetudinario ha sido un elemento importante de este aspecto, por medio del cual los organismos internacionales de protección flexibilizan las normas procesales en beneficio de una mejor aplicación del sistema y la justicia y en especial los medios de comunicación masiva han coadyuvado a que la expansión del contenido de los derechos humanos llegue a todos los sectores de la sociedad.

Quiénes pueden violarlos, Las declaraciones de derechos humanos de los primeros tiempos impusieron a los funcionarios públicos algunas acciones que se les estaba impedidos de realizar, en cierto sentido los derechos humanos son los que tienen que ver con la dignidad del ser humano y sobre los cuales la autoridad no los podía menoscabar. Las controversias entre los particulares se resuelven de acuerdo a la ley y en igualdad de condiciones, mientras que entre las relaciones de un funcionario público investido de poder estatal y los particulares que se encuentran en estado de subordinación la relación es desigual y el derecho tiene que proteger al más débil, al particular. No obstante con el avanzar del tiempo ya no solo las autoridades públicas están en posición



de violentar derechos, sino también personas que se encuentran en circunstancias de ser favorecidas por el Estado y de ello se deduce que los sindicatos, las agrupaciones gremiales, o profesionales y los medios de comunicación masiva pueden verse involucrados en violaciones a los derechos humanos

En conclusión el ombudsman o defensoría del pueblo es la institución llamada a la protección de los derechos humanos a vigilar la actuación de los poderes políticos públicos y de otras esferas en las que se pueda estar conculcando los derechos de las personas. La internacionalización y la progresividad de los derechos ha ido en franco avance por el mundo en países democráticos lo cual nos ha hecho entender que la relación entre derechos humanos y ombudsman es tan estrecha que su accionar se debería expandir al reclamo y protección de otros derechos, ya no solo los de primera generación, sino los de segunda y tercera generación, para lo cual deberá mejorar su capacidad y la técnica en investigación y entrar en una campaña masiva de concientización a la población sobre el respeto a los derechos de los demás en una actitud de **promoción** de los mismos, en tal virtud la Defensoría del Pueblo en coordinación con otros organismos gubernamentales y no gubernamentales deberán realizar esfuerzos para que los ciudadanos y las instituciones publicas y privadas estén bien enterados de la protección y promoción de los derechos . Pues al fin y al cabo es como dice Ramiro Ávila Santamaría, los derechos son el resultado de reivindicaciones históricas anteriores al Estado y por lo tanto deben ser protegidos.

ATRIBUCIONES

Par el efectivo control y protección de los derechos de las personas frente a los posibles abusos que puedan provenir de los poderes del Estado, de las organizaciones y de los particulares a esta institución se le ha dotado de una serie de atribuciones que las examinaremos a continuación

Investigación.:

Es una de las atribuciones mas importantes que tiene esta institución, por medio de la cual se le permite la investigación de causas para el



esclarecimiento de los hechos que lesionan derechos humanos, así como la investigación de actos de la administración pública o de los agentes estatales que menoscaban la vigencia de tales derechos.

Las investigaciones que realiza la defensoría del pueblo conducen a constatar la amenaza o la violación de los derechos, esta investigación puede ser de oficio o a petición de parte, una vez finalizada la investigación, los resultados de esta y las diligencias practicadas deben ser enviadas a la institución que corresponda para la restitución de los derechos y le extenderá su seguimiento. Además se le atribuye la facultad de revisar las oficinas públicas sin aviso previo y a requerir de la documentación necesaria para su investigación, esto en base al deber que las instituciones públicas y privadas tienen de colaborar para el ejercicio real defensorial.

Conciliación y Mediación:

La facultad de mediar y de conciliar que se le entrega a las defensorías del pueblo es de mucha utilidad, para no usar la intimidación ni la presión, en este contexto la defensoría actúa como un amigable componedor de los conflictos que se puedan presentar entre los individuos y los representantes de los poderes del Estado o las organizaciones o hasta entre particulares, con la finalidad de emitir una sugerencia o recomendación que entre otras cosas tiene la característica de ser no vinculante.

La mediación y conciliación que se lleve a efecto se la procurará realizar en aras del restablecimiento de los derechos del afectado, cabe recalcar que esta atribución de mediar y conciliar no se la podrá realizar cuando se trate de violaciones de los derechos de libertad y en caso de delitos de lesa humanidad, en todo caso la defensoría del pueblo tiene la obligación de investigar a profundidad para esclarecer los hechos y establecer responsabilidades.

7Elaboración de Resoluciones y formulación de Recomendaciones.

Una vez que agotados todos los procedimientos de actuación defensorial, es decir receptada la queja a petición de parte o de oficio, el defensor del pueblo debe emitir un pronunciamiento sobre el caso de violación de derechos.

En dicha resolución el defensor del pueblo hará constar sus recomendaciones o sugerencias a los funcionarios públicos o servidores de la administración en torno a sus obligaciones constitucionales y legales, encaminados a dar solución o a frenar el actuar de quien pretenda vulnerar derechos.

Las autoridades a las cuales se les corra traslado son estas resoluciones y recomendaciones deberán en el menor tiempo posible ponerse a ordenes de la Defensoría y responderá por escrito sobre el acto violatorio de derechos, si no lo hace y se niega, el defensor del pueblo informara sobre estas discrepancias a la máxima autoridad de la institución investigada y de ser necesario tomando en cuenta la relevancia del asunto lo pondrá en conocimiento del poder legislativo.

Como la autoridad de la defensoría radica en la fuerza moral que tienen sus resoluciones y sugerencias, este organismo podrá llevar el caso a la opinión publica, poniendo en el debate nacional y hasta internacional los posibles casos de violaciones de los derechos de las personas, todo esto con el animo de que la población tome conciencia y de esta forma se deja un precedente para evitar que se sigan produciendo transgresiones de derechos.

Elaboración y presentación de Informes

Esta característica se presente como una tradicional de la institución del ombudsman, la de presentar al parlamento los informes sobre su función y lo referente a su desenvolvimiento frente a las violaciones de derechos humanos, algunas legislaciones la han adoptado y estas se presentan una vez al año y en cualquier momento cuando el caso lo amerite.

Es aconsejable que en el informe que presente el defensor del pueblo se haga

⁷La Defensoría del Pueblo en Ecuador. Retos y Posibilidades, Comisión Andina de Jurista, Quito 1998, pág. 69 a 81s



constar todo lo relacionado a los derechos humanos, el comportamiento de los servidores públicos, las quejas atendidas, la iniciación de los procesos constitucionales, la lista de funcionarios renuentes y las recomendaciones realizadas. como resultado de su labor.

Vigilancia en la prestación de servicios públicos.

Entre otras de las atribuciones que se le asigna a la Defensoría del Pueblo es la supervisión de la prestación de los servicios públicos, debida a la falta de capacidad del individuo para satisfacer sus necesidades el Estado esta obligado a realizar actividades destinadas a garantizar la debida prestación de los servicios. Los servicios públicos constituyen aquella prestación destinada a satisfacer necesidades individuales de importancia colectica y que se cumplen en virtud de una obligación constitucional o legal.

Por ser el Estado el encargado de la prestación de los servicios es aquí donde la Defensoría del Pueblo se le da la competencia de controlar el cumplimiento de los deberes de la administración pública. A demás como la prestación de servicios puede ser concesionada a favor de particulares, aunque el Estado fiscalice tal concesión es necesario que la Defensoría del Pueblo vigile la efectiva prestación de sus servicios

Iniciativa de procesos Constitucionales y legislativos.

Siendo la Defensoría del Pueblo la institución encargada de velar por los derechos y su plena vigencia a favor de los individuos u de los pueblos , es necesario para la defensa de estos contar con las garantías suficientes a fin de ser presentadas ante posibles quebrantamientos de los derechos constitucionales de las personas., es así que en los pactos internacionales y en las constituciones democráticas se reconocen los recursos efectivos para ser interpuestos ante los tribunales de justicia a fin de proteger los derechos fundamentales, tales recursos deberán ser adecuados y eficaces.

De ahí la necesidad, de que se dote a la Defensoría del Pueblo de legitimación activa para poder actuar ante los tribunales en defensa de derechos conculcados, tan intervención debe ser discrecional y excepcional priorizando



los casos en los que los afectados en sus derechos estén en estado de indefensión o desamparo. En este mismo sentido el defensor del pueblo puede asesorar a los ciudadanos a la correcta interposición de los recursos dependiendo del derecho afectado.

Pero no solo las acciones u omisiones de los servidores públicos pueden acarrear las violaciones de derecho, sino también alguna norma legal que de la misma forma afecta derechos, y en tal razón el defensor del pueblo con el objeto de un control constitucional, para expulsar del ordenamiento jurídico tal disposición contradictoria de la Constitución y los instrumentos internacionales, para este fin debe tener tal legitimación.

Dentro de esta misma atribución se suele conceder a los defensores del pueblo la iniciativa legislativa, y más valedero en países que no cuentan con la figura de iniciativa ciudadana para la presentación de proyectos de ley. Debe contar con canales eficaces el defensor del pueblo para viabilizar las propuestas de ley de los ciudadanos.

Como el defensor del pueblo es un funcionario de alto nivel, de conocimientos en derecho indudables y de una basta experiencia en el tratamiento de los menoscabos a los derechos de la población, es de gran utilidad para los ordenamientos jurídicos, que pueda presentar proyectos de ley que por varias razones omite el congreso y que resultan imprescindibles para la defensa de los derechos. Sin embargo dicha atribución ya no sería necesaria debido a la nueva realidad jurídica constitucional ecuatoriana, toda vez que en un estado de derechos ya no se necesita de una ley para la aplicación directa de los derechos.



CAPITULO III

NORMATIVA JURIDICA

LA DEFENSORIA DEL PUEBLO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO.

Como ya lo anotamos en capítulos anteriores, en el Ecuador a través del voto popular se impuso una corriente política que venia con ideas innovadoras y con otra perspectiva y forma de ver la institucionalidad y la democracia en el país. Todo producto ya del agotamiento del modelo neoliberal de mercado que tenia ciertas limitaciones. Con el nuevo timón en los destinos del Estado ecuatoriano se impulsa la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente, la misma que producto del debate y la participación ciudadana por medio de las organizaciones sociales dicta una nueva constitución que entra en vigencia en el año 2008: Carta magna con la cual se dio un giro total tanto en la parte dogmatica como en la orgánica, en donde a lo largo de todo el texto constitucional se ponen a los derechos como el eje transversal por donde toda la institucionalidad del Estado debe direccionar su accionar. La nueva Constitución como ya lo anotamos trae innovaciones y entre estas innovaciones tenemos la que es el motivo de nuestro estudio. La defensoría del pueblo y su accionar vista desde otro ángulo y su ubicación en un nuevo poder del Estado (Función de Transparencia y Control Social), que ha dado un norte mas depurado para la defensa de los derechos humanos.

CONSTITUCION

La entrada en vigencia de la nueva constitución denota la presencia de un nuevo ambiente en la sociedad ecuatoriana, en la institucionalidad del Estado en donde todos los actos absolutamente todos los que provengan de la administración publica y de los particulares deben inspirarse en la protección, protección y tutela de los derechos de las personas consagrados en la



constitución y en los instrumentos internacionales.

La incorporación de nuevas garantías jurisdiccionales que sirven de herramientas para garantizar la efectiva vigencia y cumplimiento de los derechos, mismos que sin garantías solo serían simples enunciados líricos o letra muerta.

La constitución 2008 entre sus innovaciones institucionales trae la de la creación de una nueva función del Estado, la de Transparencia y Control Social. Creación de esta función del estado que llevo a provocar una ruptura en la teoría de la tripartición del Poder que en su momento la expuso Montesquieu y la figura de la representación.

En lo que tiene que ver con nuestro puntual análisis viene dado por la incorporación de la Defensoría del Pueblo en este nuevo poder, ubicación que le ha dado un camino diferente para la protección de los derechos, y en este sentido trataremos de reflexionar sobre lo dicho en líneas precedentes.

La Defensoría del Pueblo está ubicada en el Capítulo Quinto, en la sección quinta de la Constitución, siendo su naturaleza jurídica la de ser un órgano de Derecho Público y cuyo accionar es de jurisdicción nacional. Al ser un órgano de la administración pública está dotado de algunas características, como la de tener personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, con estructura desconcentrada, y delegados o comisionados en cada provincia:.

Pero la función principal y en donde radica su esencia es en la protección y tutela de los derechos de los ecuatorianos que se encuentran en el territorio nacional y de los ecuatorianos que por alguna circunstancia están fuera del país. Y esta bajo esta premisa fundamental sobre la cual tiene que ejercer sus atribuciones, que con el actual giro constitucional que dio el Ecuador a partir de Octubre del 2008, en donde se marca la centralidad de todos los derechos, derechos que tienen las características de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, así lo expresa el Art. 11 numeral 6 de la actual constitución., en tal virtud ya no hay derechos



absolutos.

Entre otra de las novedades que tiene el nuevo texto constitucional es la incorporación de nuevas garantías jurisdiccionales, que se vuelven herramientas imprescindibles como dice ^sÁvila Santamaría para el cumplimiento de de los derechos, y de las cuales el defensor del pueblo hará uso ya sea a petición de parte o de oficio, cuando algunos de los derechos de las personas, comunidades, nacionalidades indígenas se vean afectados en los mismos. Garantías como la acción de protección, el habeas corpus, el habeas data, el de acceso a la información publica, incumplimiento.

Una atribución sobresaliente que le otorga la constitución 2008 a la Defensoría el Pueblo es la de poder plantear quejas o reclamos cuando cualquier organismo públicos o privado este encargado de prestar servicios públicos, lo cual en la practica se ve que nada se ha hecho por viabilizar reclamos efectivos en este sentido.

Una atribución nueva tiene la Defensoría del pueblo cuando la constitución en su Art **215** le otorga la facultad de emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materas de protección de derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente por su incumplimiento., atribución esta que deberá ser regulada en la ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo: Entre otras atribuciones están las de investigar todos los casos referentes a violaciones de los derechos de las personas, pueblos y comunidades , en las afectaciones por la mala prestación de servicios públicos que los presten ya sea estos personas naturales u jurídicas. La vigilancia al derecho constitucional del debido proceso en las esferas administrativas y judiciales y en todos los casos impedir de forma inmediata las torturas,, los tratos, crueles y degradantes e inhumanos..

Su nominación es a cargo del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y los requisitos para posesionarse en tal cargo son los mismos que se exigen para ser magistrado de la Corte Nacional de Justicia., lo cual nos da a entender que tal funcionario debe tener cabal conocimiento del derecho y basta



experiencia en el tratamiento de los casos de violaciones a derechos humanos. En palabras del Constituyente 2008, la nueva constitución manifiesta.

Constitución Ecuatoriana 2008

⁸Tomado de Ramiro Ávila Santamaría, Avances conceptuales en la Constitución del 2008, dentro DEDESAFIOS CONSTITUCIONALES, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez Dalmau, EDITORES, , Quito , 2008, pág. 89

⁹Capítulo Quinto

Función de Transparencia y Control Social.

Sección Primera

Naturaleza y Funciones

Art. 204. El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación pública.

La función de transparencia y control social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector públicos, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividad de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia e equidad, fomentará e incentivará la participación ciudadana, protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos y prevendrá y combatirá la corrupción.

La función de transparencia y control social estará formada por el Concejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.



Sección Quinta

Defensoría del Pueblo

Art. 214.- La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho publico con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior.

Art. 215.- La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del ecuador y la defensa de los derechos de los ecuatorianos y ecuatorianas que están fuera del país.

⁹Nueva constitución 2008

Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley las siguientes:

1.- El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, habeas corpus, acceso a la información publica, habeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos y privados.

2.- Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.

3.-Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

4.-Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.

Art. 216. Para ser designado Defensora o Defensor del Pueblo será necesario cumplir con los mismos requisitos exigidos para las juezas y



jueces de la Corte Nacional de Justicia y acreditar amplia trayectoria en la defensa de los derechos humanos. La Defensora o Defensor del Pueblo tendrá fuero de Corte Nacional de Justicia y gozará de inmunidad en los términos que establezca la ley.

BREVE ANALISIS CON LA ANTERIOR CONSTITUCION 1998.

Basta con echar una rápida lectura, tanto del cambio provocado en el Estado ecuatoriano, sus instituciones y la sociedad, como de la redacción misma de la nueva constitución para darnos cuenta del cambio sustancial y estructural en relación con la anterior constitución 1998. Algunos autores dan opiniones a favor y otros al resaltar cambios y avances fundamentales en la nueva Carta Magna aseguran que tan solo sigue siendo una ilusión como las ya vividas en el pasado.

El Avance esencial que se presenta esta nueva constitución es el paso que dio justamente el Ecuador de ser un Estado Social de Derecho, en donde el límite y vínculo de los poderes públicos era la Constitución a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En donde el límite y vínculo con los poderes del Estado son los derechos.

Partiendo con esta diferencia radical y en el tema que nos ocupa se crea una nueva Función del Estado, la de transparencia y Control Social, dentro de la cual se encuentran formando parte los llamados organismos de control, y entre estos la Defensoría del Pueblo. Materia de nuestro estudio.

Esta creación de un nuevo poder del Estado como lo expresamos en líneas precedentes a hecho que los doctrinarios de este tiempo den sus respetados criterios acerca de los cambios realizados y que en esencia tienen que ver con la teoría de tripartición del poder y de representación.

Mientras Albert Noguera, autor citado por ¹⁰Juan Pablo Aguilar Andrade en su ensayo “ La Cuarta Función del Estado, Análisis de una ficción,” manifiesta que existe una ***clara voluntad del Constituyente de crear un nuevo modelo alternativo al democrático-liberal clásico de organización política del***

Estado, que supera las dos figuras tradicionales del sistema político liberal la representación y la tripartición de poderes.

En tal virtud el autor sostiene que con los nuevos cambios dentro del texto constitucional se rompe con la estructura tradicional de la división tripartita del poder, la misma que manifestaba Montesquieu que para evitar el abuso del poder de los representantes lo que hay que hacer era dividir el poder en tres (legislativo, ejecutivo, judicial), con capacidad cada uno de limitar el poder uno del otro. La tripartición de poderes cuyo origen está en la división de poderes en Inglaterra entre monarquía, nobleza y burguesía, en un sistema de auto control del poder, ejercida de manera separada del pueblo, mediante un mecanismo de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado.

De este cambio constitucional se desprende la creación de un nuevo poder del estado, trastoca lo que en líneas anteriores decimos la división tradicional tripartita del poder y agrega otro, que tiene características de poder ciudadano autónomo y que la actual constitución 2008 la recoge con el nombre de Función o Poder de Transparencia o Control Social.

Este es el análisis con que el autor trata de demostrar el avance del Estado Liberal Clásico, al Estado de Derechos, pero al decir de otro autor considera que estos avances tan solo son ilusiones que se dan en la democracia,

¹¹El autor considera que haber sobrepasado las figuras de representación y tripartición del poder, no es más que el simple remplazo de ficciones., pues en el caso del congreso dice el autor apenas son elegido por el pueblo, la suma de las voluntades individuales , estos inmediatamente se desligan de aquellos que los eligieron o de aquellos a quienes representan. En la actualidad esto cambia al crearse según el autor el cuarto poder , por medio del cual se conforma el Consejo de Participación Ciudadana , organismo con un poder muy grande que de la misma forma representa el poder popular organizado y de esta forma se plantea como el organismo que nombra a las principales

¹⁹Tomado de Juan Pablo Andrade Aguilar, LA Nueva Constitución del Ecuador, La Cuarta Función del Estado, análisis de una ficción, Corporación Editora Nacional, Quito 2009, pág. 1001

autoridades de las instituciones del Estado como son LA Contraloría General del Estado, Las Superintendencias, La Procuraduría General del Estado, La Fiscalía General del Estado, , también participa en la designación de los integrante del Tribunal Contencioso Electoral, el Consejo Nacional Electoral, Consejo Nacional de la Judicatura, y la Corte Constitucional.. Este organismo cuyos integrantes son designados por medio de concurso de meritos y oposición y que son auspiciados por organizaciones sociales ciudadanas y tienen el encargo de ejercita una democracia representativa. Según el autor mencionado es un reemplazo de la ficción que estaba dada en el congreso y que representaba la voluntad general y que ahora pasa a la ficción de un organismo que no es elegido por el pueblo o los ciudadanos y que así mismo finge una participación directa de los ciudadanos en el poder .En palabras de Andrade Aguilar, ***“El discurso se convierte así en mascara de poder y pretende que asumamos como queridos por todos las que no son mas que decisiones de personas designadas para ejercer funciones de control. “***

Al margen de todo lo expresado en base a citas a dos connotados tratadistas, el cambio constitucional provoco sin dudas, algunas diferencias con la anterior constitución de 1998 y que en forma muy sucinta las esgrimiremos a continuación.

En cuanto a su ubicación dentro del Texto Constitucional, la anterior constitución encasillaba a la Defensoría del Pueblo en el capitulo seis, ***“de las Garantías de los Derechos”***, mientras que la actual constitución vigente la ubica dentro del Capitulo quinto, sección quinta como un órgano que esta conformando la Función de Transparencia y Control Social, es decir del nuevo poder de participación ciudadana. ***Art. 204 de la Constitución 2008 inciso tercero La Función de Transparencia y Control Social estará conformado por el Concejo de Participación Ciudadana y Control Social , la***

¹¹ “Juan Pablo Aguilar Andrade en su ensayo, “La Cuarta Función del Estado, análisis de una ficción” manifiesta ¹⁶*que para remplazar esta asamblea ciudadana que se piensa como imposible, el derecho se vale de uno de sus instrumentos favoritos. Las voluntades individuales, sistema electoral de por medio, conforman un cuerpo de representantes cuyas decisiones en las que solo ellos intervienen, se convierten “voluntad general”, así, el mundo ficticio gracias a la magia del discurso jurídico (...) permite fingir que el pueblo hablo a través de diputados y asambleísta constituyentes.*



Defensoría del Pueblo , , la Contraloría General del Estado y las Superintendencias.....

En cuanto a la Designación de su titular , la anterior Carta Magna establecía que era el Congreso Nacional la institución encargada de su nominación de fuera de su seno con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, luego de haber escuchado a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas, pero la experiencia del parlamento de esos momentos pudiera haber denotado una nominación sesgada y que le quite a tal institución encargada de proteger derechos la independencia de la que por naturaleza debe estar dotada..

La Constitución actual en vigencia da un paso más adelante como ya anunciamos en párrafos anteriores y la designación de este funcionario queda en manos del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social , el cual por medio de un concurso público de Oposición y Meritos , después de la correspondiente selección y con la postulación, veeduría e impugnación ciudadana , seleccionará al funcionario de mayor puntaje y probidad en lo moral como en los conocimientos del derecho y basta experiencia en tratamiento de casos de derechos humanos , como el nuevo titular de la Defensoría del Pueblo, que como lo anotamos según algunos no es más que un reemplazo de una ficción por otra, de la representación por la participación.

En cuanto a su función esencial, la Constitución 1998 señala que habrá un defensor del pueblo para promover y patrocinar el habeas corpus, y la acción de amparo de las personas que lo requieran, defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales, que esta constitución garantiza(1998)..

En cierto sentido parece ser que hubo una limitación para la protección de los derechos, para promover solo unas dos garantías, para las personas que lo requieran, es decir solo a petición de parte.

En cambio en la Constitución 2008 la función de la defensoría del pueblo en su esencia se fortalece al decir que como funciones tiene la protección y tutela de los derechos , con lo cual todos los derechos están al mismo nivel , no hay



diferencia entre derechos de primera (derechos civiles y políticos), segunda (derechos económicos, sociales y culturales) y de tercera generación (derechos del ambiente), todos estos derechos se los puede hacer efectivos a través de las vías judiciales ya no solo a petición de parte, sino de oficio por parte de la autoridad. En este sentido las disposiciones acerca de la Defensoría del Pueblo guardan relación con todo el texto constitucional, pues se marca una centralidad de los derechos, **en donde todas las personas, pueblos, comunidades, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán d derechos**

De la misma forma lo recoge en el Art. 11 Numeral seis de la Constitución 2008, las características esenciales de los derechos.

¹²Los derechos son:

Inalienables, ningún poder los puede vaciar de contenido.

Irrenunciables, Bajo ninguna circunstancia se puede renunciar a estos derechos

Indivisibles al igual que las personas son integrales, no se puede sacrificar unos derechos por otros.

Interdependientes, los derechos se relacionan entre si son como un sistema, en el que un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros

De igual Jerarquía, Cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquía alguna.

Estas características son las que según Ferrajoli diferencian a los derechos patrimoniales de los derechos fundamentales. (R. Ávila, 2008, pág., 59,60.)

En cuantía a la ampliación de las Atribuciones. LA constitución de 1998 en este aspecto es muy general y no abarca todo el fundamento de lo que debe ser la Defensoría del Pueblo y lo que ha venido siendo a lo largo de toda la historia, es así que en un su Art único dentro del texto constitucional de 1998

¹²Ramiro Ávila Santamaría, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Análisis desde la doctrina y el derecho, Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia Quito 2008, pág., 60



en cuanto a su naturaleza, función y atribuciones las señala en un solo inciso, dejando el resto de atribuciones que nacen de la ley.

Mientras tanto las atribuciones de la Defensoría del Pueblo en el nuevo texto constitucional están consagrados efectivamente en la misma Constitución, y en su Art 215 Numero uno le concede el patrocinio de las causas ya sea a petición de parte o de oficio, de las acciones de protección, Habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, incumplimiento, acción ciudadana y la mala o indebida prestación de los servicios punticos. Esto da cuenta de una notable diferencia con la constitución anterior en la que solo tenía el ejercicio de dos garantías, y en la actual se le da el patrocinio de todas las garantías jurisdiccionales, herramientas indispensables para la exigencia de los derechos.

Además dentro de la constitución actual se encuentran otras atribuciones relacionada así mismo con la facultad de interponer acciones de protección, de investigar y de resolver en el ámbito de sus atribuciones sobre acciones y omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

También la vigilancia del debido proceso y promover el mismo son atribución de esta institución así como también impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas, es decir protege los derechos de libertad en toda su extensión y con más énfasis cuando se trata de grupos de atención prioritaria o como los llamaba la anterior constitución grupos vulnerables

Pero innovadora resulta ser una de las atribuciones de la Defensoría que la nueva carta magna en su Art, 215 número dos reza ***“Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por su incumplimiento”.***

Se había concebido a la Defensoría del Pueblo como una institución de carácter moral, cuyas investigaciones, informes sobre vulneraciones de derechos, , no rebasaban sino solo la esfera de lo ético y de la opinión pública



y cuyas posturas en cuanto a menoscabos de los derechos consagrados en las constituciones democráticas se veían reforzadas por los medios de comunicación social en su afán de concientizar a la ciudadanía, La actual constitución trae un avance en este sentido, pues le da la posibilidad a la Defensoría del Pueblo de emitir medidas de cumplimiento obligatorio inmediato en materia de protección de derechos, es decir le reviste de coercitividad a las medidas que la Defensoría del Pueblo tome en los diferentes casos de vulneración de derechos de las personas, pueblos, nacionalidades y comunidades.

En cuanto al ámbito de su aplicación, tanto la constitución de 1998 como la constitución actual 2008 tiene su ámbito de aplicación para los ecuatorianos y ecuatorianas que están dentro del territorio nacional, pero si embargo en la constitución vigente se expresan claramente que la Defensoría del pueblo ejerce funciones de protección y tutela de derechos de los ecuatorianos y ecuatorianas que están fuera del país.

LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO.

La presente ley ha sido declara con jerarquía y calidad de orgánica por el congreso nacional mediante resolución R-22-058 del registro oficial 280, 8-III-2001, en cumplimiento por lo dispuesto en la disposición transitoria vigésima segunda de la constitución política del año 1998 ley que está compuesta de tres títulos.

En lo referente a la ley orgánica de la defensoría del pueblo y en lo atinente a lo que tiene que ver con el presente estudio no podemos esgrimir algún tipo de criterio, sino mas bien seria pertinente que la Asamblea Nacional derogue o reforme la ley actual y que a su vez trate una nueva ley orgánica de la Defensoría del pueblo, en la que se recoja todos los aspectos que los cambios constitucionales amerita pues el giro que tomo la institucionalidad del Estado Ecuatoriano, y la aparición de nuevas garantías jurisdiccionales en lo que a protección de derechos se refiere y otras especificaciones mas demandan la creación de una nueva ley o las reformas que correspondan que regule la



estructura y el funcionamiento de la institución de la Defensoría del Pueblo.

CONSTITUCION 1998

¹³Capítulo Seis

De las garantías de los derechos

Art. 96.- Habrá un Defensor de Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover o patrocinar el habeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran, defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta constitución garantiza, observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley.

El Defensor del Pueblo reunirá los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, será elegido por el Congreso Nacional de fuera de su ceno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, luego de haber escuchado a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas. Desempeñara sus funciones durante cinco años, podrá ser reelegido por una sola vez, y rendirá informe anual de labores al congreso nacional.

Tendrá independencia y autonomía económica y administrativa, gozará de fuero e inmunidad en los términos que señala la ley.

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA CONSTITUCIÓN 1998 Y CONSTITUCIÓN 2008		
Defensoría del pueblo	Constitución 1998	Constitución 2008
Su ubicación constitucional	Capítulo seis "Garantías de los derechos"	Capítulo quinto sección quinta "Función de transparencia y control social"
Designación de su titular	Congreso nacional	Consejo de participación ciudadana y control social
Función esencial	Protege derechos a través de habeas corpus, acción de amparo (es limitado)	Protege derechos a través de mas garantías constitucionales, acción de protección, Abeas corpus, data, acceso a la información. (todos los derechos son de igual jerarquía)
Ampliación de las atribuciones	Las atribuciones no constan en la constitución, si no en la ley	Las atribuciones constan en la constitución y son mas amplias
Ámbito de aplicación	No expresa función de protección de ecuatorianos que están fuera del país	Si expresa claramente la protección de los ecuatorianos en el extranjero

CAPITULO IV

DEBERIA LA DEFENSORIA DEL PUEBLO ESTRAR DENTRO DE LA FUNCION DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL?

De todo lo ya analizado y para efectos de nuestro estudio tomando en cuenta que la defensoría del pueblo es una institución rectora en lo que ha defensa de derechos se refiere, salta una interrogante, que sin el ánimo mismo de delimitar la ubicación de la institución en cuestión en tal o cual poder del Estado, más bien se tratara de hacer esfuerzos en el sentido de fortalecer su esencia tomando en cuenta ciertos aspectos que luego los expondremos.

El objetivo de este capítulo será el de encontrar algunas razones de porque esta institución de la Defensoría del pueblo se encuentra formando parte de la Función de transparencia y Control Social, se buscará hacer una crítica y en base a todo lo que se exponga realizaremos una propuesta.

Mencionemos de nuevo el hecho de que las políticas neoliberales radicales y el positivismo jurídico tradicional en el país dejaron un pésimo precedente en la sociedad ecuatoriana, y producto de estas inconsistencias surge una nueva corriente de pensamiento que con la llegada de un nuevo gobierno se produce un cambio, que partiendo de la instalación de una asamblea constituyente de plenos poderes se aprueba una nueva constitución base fundamental para la transformación social, económica y política. Cambios que dejaban atrás un pasado envueltos en enredos promovidos por la llamada partidocracia afincada en el legislativo y que desde esas instancias se impulsaban la corrupción, los trueques políticos en beneficio de unos pocos en desmedro de una colectividad, nominación de las autoridades de las instituciones del Estado que perdían su independencia, en consecuencia de ese poder del Estado nacían los abusos que desembocaban en violaciones de derechos.

De esta forma y con la expedición de una nueva constitución se crea la Función de Transparencia y Control Social y que consta en el Capitulo Quinto y en su sección primera de la Naturaleza y Funciones Art. 204 dice. ***El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público en ejercicio de sus derecho a la participación,***

La función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales y jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que lo realicen con responsabilidad, transparencia y equidad, fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa...

De la sola lectura de este artículo podemos ver con nitidez como el constituyente quiso dejar atrás todo lo que se vivió con el Estado liberal clásico y en la forma tradicional de tripartición del poder y la idea de una democracia representativa. Todo esto bajo el auspicio de los partidos políticos tradicionales que se resistían a dejar sus prebendas y prerrogativas y que desde el parlamento manejaban toda la institucionalidad del Estado a su conveniencia, controlando el Parlamento y desde allí designando autoridades que solo respondían a sus intereses y se mantenía todo un esquema de impunidad y corrupción en el país.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es el órgano de poder ciudadano que forma parte de la quinta función y ha diferencia de la anterior constitución esta encargado de designar a los titulares de los llamados organismos de control y entre estos a la Defensoría del Pueblo. La creación de este organismo es lo que para unos resulta ser el paso de la democracia representativa a la democracia participativa, pues al considerarlo como una entidad cuyos miembros surgen de la sociedad civil organizada y estos a su vez nombran a las autoridades de los demás órganos del Estado, lo hacen a través de un proceso de selección en base a un concurso de méritos y

¹⁴Albert Noguera Fernández, Desafíos Constitucionales, Funciones del Estado, Participación, Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social, pág.

oposición de aspirantes provenientes de la ciudadanía dejan atrás las mañas que se utilizaban para tales designaciones cuando era el Congreso Nacional el que los nombraba gracias a los acuerdos de la ya citada partidocracia. Volvamos a citar a **Noguera** ¹⁴ ***“La idea de poder popular como control democrático y poder negativo del pueblos sobre los gobernantes está presente en la nueva Constitución ecuatoriana mediante la llamada “Función de Transparencia y Control Social”. Esta función se conforma como una función independiente y autónoma a nivel funcional, administrativo y financiero, respecto de los poderes del Estado (rompe el esquema tradicional tripartito del poder desarrollado por Montesquieu), que integra y desarrolla sus actividades sobre la base del principio de control por parte del pueblo sobre la actividad de los órganos estatales.***

Como la Defensoría del Pueblo es el órgano que por historia le corresponde el control y ejercicio defensorial de los derechos humanos respecto de los clásicos poderes del Estado y porque particularmente era uno de estos (legislativo) el que lo designaba, es por esta razón que en el caso ecuatoriano se decide por medio del constituyente incorporar a esta entidad dentro del nuevo poder del Estado, es decir que ya no se quiere dejar en manos de un esquema de división de poderes tradicional e históricamente desprestigiado el nombramiento de una de las autoridades claves para el cumplimiento y vigilancia de los derechos humanos.

Otra de las razones para que la Defensoría del Pueblo esté involucrada dentro del quinto poder es el del argumento válido de que el control social es el derecho de participación individual y colectiva que así mismo está consagrado en la Constitución, un derecho que lo pueden ejercer las personas, nacionalidades, comunidades y colectivos, además del acceso a la información pública y la defensa de los derechos de la naturaleza.

CRITICA.AL CAMBIO CONSTITUCIONAL.

Sin embargo el avance que se da en el cambio a una nueva constitución y otra forma de ver la estructura del Estado tiene también sus detractores y al respecto volvemos a citar a Aguilar Andrade.



“Para el discurso de la participación, es la sociedad la que decide, ella es la que tiene en sus manos los instrumentos del control, en palabras de Noguera, el sistema político se vuelve automáticamente democrático y se realiza como democracia que ejerce directamente el pueblo. Pero hay algo que se deja de lado y que se pretende que no veamos una realidad en la que el sistema de control sigue funcionando con la misma lógica que los sistemas que lo antecedieron, la selección puede ser distinta pero las decisiones siguen en manos de los representantes designados para dirigir las instituciones de la cuarta función del estado y no son el resultado de ningún ejercicios de democracia directa”.

De esta forma el autor trata de explicar como ya lo anotamos que si bien la constitución actual tiene notables avances, pero en este tema puntual no sería más que el resultado que por obra del derecho se convierte en una ficción jurídica es decir en el sistema del estado burgués clásico el Congreso Nacional cuyos integrantes eran elegidos a través del voto popular de cada uno de las voluntades individuales de los ecuatorianos y por efectos de la ficción jurídica esas voluntades individuales se transformaban en una voluntad general del pueblo.

Después con el cambio constitucional y la creación de la nueva función del estado que provoca una ruptura del esquema tradicional de tripartición del poder, no se da sino lo que el autor lo llama un remplazo de ficciones pues ahora es un órgano que forma parte de este nuevo poder el encargado de nominar después de un procedimiento a las autoridades de los diferentes organismos del estado.

En palabras de Juan Pablo Aguilar Andrade ***“lo dicho nos devuelve de golpe, a la representación, porque quien ejerce la cuarta función quien tiene en sus manos el poder popular, no es el pueblo, sino un grupo de funcionarios que asume su representación. A demás acota que eso de la representación sea excesivo. La cuarta función esta integrada por la Contraloría General, la Defensoría del Pueblo y las Superintendencias, cuyas primeras autoridades son designas por la institución que viene a***

ser la pieza clave del sistema. El Consejo de Participación Ciudadana y Participación Social”

A demás el autor manifiesta que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no es ninguna novedad sino que más bien es el producto del reciclaje de una institución que antes se la denominó la Comisión del Control Cívico de la Corrupción, la misma que en ese entonces fue creada para una situación política en concreto.

En consecuencia y de acuerdo con nuestro particular análisis la designación del titular de la defensoría del pueblo tendría su origen ya no en el voto popular proveniente del legislativo sino que se sustituye por un sistema de selección peligrosamente cercano al cooperativismo.

Pero bajo nuestro particular punto de vista la ruptura del sistema tradicional tripartito del poder y la figura de la representación, características sobre las cuales el estado liberal clásico se fundamentaba, se provoca debido a la crisis institucional en la que el estado ecuatoriano recayó, producto de que uno de sus poderes el legislativo y su institución el Congreso Nacional cayó en el desprestigio más grande de la historia consecuencia de las prácticas de la partidocracia y que derivó en la creación de una nueva función del estado, función que al tener por esencia que sus instituciones estén conformadas por miembros de la ciudadanía a través de organizaciones sociales, se da la posibilidad de que el congreso ya no nombre o designe a las primeras autoridades de los organismos del estado sino sea un ente de participación popular a los que a través de un procedimiento de selección estricto y por concurso de méritos y oposición nombren a los mismos, y, que al fin y al cabo se traduce en la necesidad del pueblo de dejar atrás todo ese sistema basado en la injusticia y que por el contrario no es el resultado de un momento político en concreto sino de la lucha de toda una sociedad.

Sin embargo la cuestión pasa por la ética y responsabilidad de quienes tengan en sus manos a la designación de tales autoridades y en nuestro particular tema de estudio la designación de tan alto funcionario encargado de velar por los derechos de los ecuatorianos resulta muy delicada, pues bien, el momento



político que vive el Ecuador es propicio para que se lleve a efecto una correcta, transparente y acertada designación de las autoridades, pero como el mundo es cambiante e impredecible no nos deja de asustar la idea de que nuevamente la partidocracia llegara a manejar esta nueva función del Estado.

PROPUESTA

Partiremos considerando que a lo largo de la historia la Defensoría del Pueblo, el Ombudsman ha sido una institución creada para poner freno a los atropellos de las autoridades estatales y que ha ido evolucionando y su importancia ha cobrado más solidez dentro de los sistemas democráticos.

En el caso ecuatoriano la institución surge del modelo de Defensor del Pueblo español y en el año 1996 se crea la Defensoría del Pueblo con el objetivo de defender los derechos fundamentales de todos los ciudadanos dentro de un Estado Social e Derecho y bajo un modelo neoliberal y con todas las características que ya lo habíamos analizado.

Con este brevísimo antecedente trataremos de exponer una modesta propuesta, pues debido al giro constitucional e institucional que se dio en el Estado ecuatoriano, como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el sentido de que todos los poderes deben direccionar su actuación siempre en función de los derechos, y ya no en el rey, la ley o la constitución según el momento en el cual se presentaba. Esta nueva forma de ver el Estado nos lleva a lanzar una propuesta al respecto, pues siendo la Defensoría del Pueblo el máximo organismo encargado de la protección y tutela de los derechos que marca la actuación del Estado frente a los ciudadanos y la naturaleza y entre conflictos entre ciudadanos lesivos de derechos, le da a este organismo una cierta jerarquía sobre los poderes públicos y sobre los ciudadanos y de la misma forma por la envergadura de sus funciones de protección de derechos podría vigilar la actuación hasta del ente que nombra al Defensor del Pueblo .

De ahí que nuestra propuesta en concreto sería la de concebir a la Defensoría del Pueblo como un órgano articulador de todas las instancias que están involucradas con la protección de derechos en todos los ámbitos, y esto debido a que la Constitución marca la centralidad de los derechos , en donde el



fin del Estado es el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionalmente establecidos, es decir la parte orgánica de la Constitución y el sistema jurídico debe ajustarse a la parte dogmática que cobra importancia radical, pues los derechos y garantías que constan en la carta magna y cuya titularidad ahora es de todas las personas comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, con lo cual se rompe con el esquema de derechos individuales y colectivos, sino que ahora todos los derechos tienen esa doble dimensión.

Las características esenciales de los derechos que la actual constitución recoge también dan cuenta del nuevo enfoque que se tienen sobre los derechos al considerar en el Art 11 número seis **“Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”**, se rompe con la separación u orden que existía en los derechos como derechos de primera (civiles y políticos), segunda (económicos sociales y culturales) o tercera generación (derechos de la naturaleza) y con los derechos de directa aplicación o programáticos. Ahora todos tienen los derechos fundamentales estas características ya enunciadas y un tanto explicadas en el capítulo anterior y que según estas todo tipo de clasificación u jerarquización son irrelevantes. Mas de esto la nueva constitución consagra los principios de progresividad y no restricción de derechos.

Todas estas consideraciones nos llevan a plantear una propuesta en el sentido como ya lo dije, a la Defensoría del Pueblo como un ente articulador de todos los organismos gubernamentales y no gubernamentales involucrados con la vigilancia, control, protección y tutela de los derechos constitucionalmente consagrados a nivel nacional e internacional.

La experiencia de las instituciones en el Ecuador y no solo la de la Defensoría del Pueblo nos ha hecho ver la burocratización en la que se ven envueltas y sobre la cual la misma Defensoría debería luchar y realizar esfuerzos en el sentido de ser la institución que se valga de los demás órganos en este tema, pero no al modo tradicional de tan solo solicitar información o que el Defensor del Pueblo espere los casos de violaciones de derechos sentados en la



comodidad de su oficina , sino que interactué con las demás instancias de protección de derechos que pudieran conocer de cerca tales vulneraciones a los derechos fundamentales.

En la práctica se ha visto por ejemplo en el caso del MIES INFA, que cuenta con algunos programas de ayudas y protección de derechos de los llamados grupos de atención prioritaria, que están encargados de realizar un trabajo de campo detectando casos de vulneraciones a los derechos de este tipo de personas y que según los casos los patrocinan hasta llegar a la restitución de tales derechos y en tal virtud la Defensoría del Pueblo seria el ente rector encargado de viabilizar todas las acciones tendientes a la defensa de derechos.

En consecuencia el ámbito de actuación de la Defensoría del Pueblo ya no estaría solo en el resguardo de los derechos civiles y políticos , sino avanzaría a los derechos económicos, sociales y culturales y los de la naturaleza , poniendo énfasis en los derechos de los llamados grupos de atención prioritaria que nuestra constitución los señala en el Art 35 Las personas adultos mayores, niños ,niña s y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedad catastrófica o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada de los ámbitos públicos y privados. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violaciones domestica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogenicos. El Estado prestara especial protección a las personas en condiciones de doble vulnerabilidad.

Sabemos que el trabajo en el campo de la defensa de los derechos es muy extenso y es delicado, de ahí que hacemos estas consideraciones en el sentido de que la Defensoría del Pueblo podría valerse de todas estas demás instituciones a fin de que pueda realizar un trabajo más eficaz, oportuno y directo, todo en aras de su fortalecimiento institucional y de librar a la instituciones de la burocracia en la que se han visto envueltas toda la vida.



En todo caso la propuesta de Defendería del Pueblo de ente articulador y de coordinador no del modo tradicional sino de una instancia capaz de exigir de los demás actores involucrados y de estos a la Defensoría del Pueblo, va en el sentido de armar una estructura de defensa y protección de derechos que libre a la Defensoría del pueblo de cualquier intento de cuartar su independencia e imparcialidad , pues su titular sea que fuere designado por el legislativo o por una instancia de poder ciudadano-popular como es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no es de trascendencia. Lo cierto es que alguien tiene que nombrar esta autoridad, y en una estructura en donde todos puedan ejercer presión, se intentaría obstaculizar cualesquier tipo de intromisión, garantizando de esta manera la total defensa, protección y tutela de los derechos alejándolas de algún cesgamiento político o de cualquier índole.

En resumen, lo vemos a la Defensoría del Pueblo como un órgano superior a los poderes del Estado en cuanto su función esencial es la de protección de derechos y en este sentido Ávila Santamaría manifiesta y tiene razón, lo derechos son anteriores al Estado.



CAPITULO V

EXPERIENCIA DE OTROS PAISES DE AMERICA LATINA

COLOMBIA

La **Defensoría del Pueblo**, creada por la Constitución de Colombia de 1991, es uno de los organismos de control del Estado Colombiano. Su función es garantizar, promover, divulgar, defender y proteger los derechos humanos dentro del Estado social de derecho, "democrático, participativo y pluralista", así como la divulgación y promoción del Derecho Internacional Humanitario.

Administrativamente, depende de la Procuraduría General de la Nación. El Defensor del Pueblo es elegido cada cuatro años por la Cámara de Representantes a partir de una terna enviada por el Presidente de la República.

CONSTITUCION COLOMBIANA

. TITULO X.

¹⁵DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL

ARTICULO 281. *El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.*

ARTICULO 282. *El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la Divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:*

1. *Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los*

¹⁵Constitución colombiana vigente

colombianos en el

Exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o

Entidades de carácter privado.

2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.

3. Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.

4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.

5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.

6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.

8. Las demás que determine la ley.

ARTICULO 283. La ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.

ARTICULO 284. Salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo podrán requerir de las autoridades las

Informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles

Reserva alguna.

VENEZUELA

En Venezuela, en el contexto de los cambios políticos que se iniciaron a partir del proceso electoral de 1998, sucede un hecho histórico inédito. El Presidente electo, Hugo Rafael Chávez Frías, convoca al pueblo para que a través de un referendo consultivo manifestara su aprobación o no a un proceso constituyente, a los fines de adecuar el marco constitucional e institucional para transformar el Estado con base en la primacía del pueblo.

Con la opinión afirmativa del pueblo venezolano se convocó a una Asamblea



Nacional Constituyente hacia la transformación profunda del Estado. A esta Asamblea correspondió redactar el nuevo texto constitucional en el cual se consagró la preeminencia de los derechos humanos y se concibe una estructura de cinco Poderes Públicos, entre ellos el Poder Ciudadano integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República

La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en nuestra Carta Magna y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas.

Esta institución se propone construir confianza a partir de la vigencia del Estado Social de Derecho y de Justicia y contribuir a la estabilidad institucional del país, promoviendo prácticas de buen gobierno que brinden eficiencia, respeto a los derechos fundamentales y el cumplimiento correcto de los principios que inspiran la ética y la convivencia social.

CONSTITUCION VENEZOLANA

CAPITULO IV

¹⁶Del Poder Ciudadano

Sección Primera: De las Disposiciones Generales

Artículo 273. El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República.

Los órganos del Poder Ciudadano son: la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos titulares será designado por el Consejo Moral Republicano como su Presidente por períodos de un año, pudiendo ser reelecto.

El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable.

Su organización y funcionamiento se establecerá en ley orgánica.

Sección Segunda: De la Defensoría del Pueblo

Artículo 280. La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos.

La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor o Defensora del Pueblo, quien será designado o designada por un único período de siete años.

Para ser Defensor o Defensora del Pueblo se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de treinta años, con manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos y cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral que establezca la ley. Las faltas absolutas y temporales del Defensor o Defensora del Pueblo serán cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las

¹⁶ Constitución Venezolana vigente



personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionado con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.

4. Instar al Fiscal o Fiscala General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar respecto de los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables por la violación o menoscabo de los derechos humanos.

6. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley.

7. Presentar ante los órganos legislativos nacionales, estatales o municipales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos.

8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.

9. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de prevenir o proteger los derechos humanos.



10. Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la mejor protección de los derechos humanos, para lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.

11. Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos.

12. Las demás que establezcan la Constitución y la ley

Artículo 282. El Defensor o Defensora del Pueblo gozará de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, no podrá ser perseguido, detenido, ni enjuiciado por actos relacionados con el ejercicio de sus funciones. En todo caso conocerá de manera privativa el Tribunal Supremo de Justicia.

Artículo 283. La ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo en el ámbito nacional, estatal, municipal y especial. Su actividad se regirá por los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio.

BOLIVIA.

Una característica esencial de la defensoría del Pueblo de Bolivia es la “Magistratura de la Persuasión” que a través de las recomendaciones intenta incidir en el quehacer de los órganos de los poderes públicos y los orienten a la consecución de los derechos reconocidos en la Constitución.

¹⁷CONSTITUCION BOLIVIANA

CAPÍTULO SEGUNDO

FUNCIÓN DE DEFENSA DE LA SOCIEDAD

SECCIÓN I

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

¹⁷Constitución boliviana vigente

Artículo 219

- I. La Defensoría del Pueblo velará por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. La función de la Defensoría alcanzará a la actividad administrativa de todo el sector público y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos.***
- II. Corresponderá asimismo a la Defensoría del Pueblo la promoción de la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de las comunidades urbanas e interculturales, y de las bolivianas y los bolivianos en el exterior.***
- III. La Defensoría del Pueblo es una institución con autonomía funcional, financiera y administrativa, en el marco de la ley. Sus funciones se regirán bajo los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad y solidaridad. En el ejercicio de sus funciones no recibe instrucciones de los órganos del Estado.***

Artículo 220

- I. La Defensoría del Pueblo estará dirigida por la Defensora o el Defensor del Pueblo, que ejercerá sus funciones por un periodo de seis años, sin posibilidad de nueva designación.***
- II. La Defensora o el Defensor del Pueblo no será objeto de persecución, detención, acusación ni enjuiciamiento por los actos realizados en el ejercicio de sus atribuciones.***

Artículo 221

La Defensora o el Defensor del Pueblo se designarán por al menos dos tercios de los presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. La designación requerirá de convocatoria pública previa y calificación de capacidad profesional y méritos a través de concurso público, entre



personas reconocidas por su trayectoria en la defensa de los derechos humanos.

Artículo 222

Para ser designada Defensora o ser designado Defensor del Pueblo se requerirá cumplir con las condiciones generales de acceso al servicio público, contar con treinta años de edad cumplidos al momento de su designación y contar con probada integridad personal y ética, determinada a través de la observación pública.

Artículo 223

Son atribuciones de la Defensoría del Pueblo, además de las que establecen la Constitución y la ley:

- 1. Interponer las acciones de Inconstitucionalidad, de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular, de Cumplimiento y el recurso directo de nulidad, sin necesidad de mandato.**
- 2. Presentar proyectos de ley y proponer modificaciones a leyes, decretos y resoluciones no judiciales en materia de su competencia.**
- 3. Investigar, de oficio o a solicitud de parte, los actos u omisiones que impliquen violación de los derechos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales, e instar al Ministerio Público al inicio de las acciones legales que correspondan.**
- 4. Solicitar a las autoridades y servidores públicos información respecto a las investigaciones que realice la Defensoría del Pueblo, sin que puedan oponer reserva alguna.**
- 5. Formular recomendaciones, recordatorios de deberes legales, y sugerencias para la inmediata adopción de correctivos y medidas a todos los órganos e instituciones del Estado, y emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a dichas formulaciones.**
- 6. Acceder libremente a los centros de detención e internación, sin que pueda oponerse objeción alguna.**

- 7. Ejercer sus funciones sin interrupción de ninguna naturaleza, aun en caso de declaratoria de estado de excepción.**
- 8. Asistir con prontitud y sin discriminación a las personas que soliciten sus servicios.**
- 9. Elaborar los reglamentos necesarios para el ejercicio de sus funciones.**

Artículo 224

Las autoridades y los servidores públicos tienen la obligación de proporcionar a la Defensoría del Pueblo la información que solicite en relación con el ejercicio de sus funciones. En caso de no ser debidamente atendida en su solicitud, la Defensoría interpondrá las acciones correspondientes contra la autoridad, que podrá ser procesada y destituida si se demuestra el incumplimiento.

Artículo 225

Cada año, la Defensora o el Defensor del Pueblo informará a la Asamblea Legislativa Plurinacional y al Control Social sobre la situación de los derechos humanos en el país y sobre la gestión de su administración. La Defensora o Defensor del Pueblo podrá ser convocada o convocado en cualquier momento por la Asamblea Legislativa Plurinacional o el Control Social, para rendir informe respecto al ejercicio de sus funciones.

MEXICO

.En el año 90 el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Licenciado Carlos Salinas de Gortari, creo, la Comisión Nacional de Derechos humanos como una especie de OMBUDSMAN, que se le doto de funciones que habitualmente no tienen estos órganos, como la difusión, promulgación y capacitación de los derechos humanos.



¹⁸CONSTITUCION MEXICANA

ART 102

B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser

¹⁸Constitución mexicana vigente.



reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.



CONCLUSIONES.

Con la evolución del Estado, hemos visto como el **Ombudsman** ha surgido debido a su necesidad de poner un límite a los abusos y vejámenes del poder, de quienes lo ostentan en contra de los gobernados, de los ciudadanos, siendo de esta forma los derechos la función esencial y el objetivo final que persigue el ombudsman, Así lo describe la historia y los permanentes debates de los intelectuales que han hecho aportes valiosísimos en este sentido.

En lo que tiene que ver con nuestro particular caso ecuatoriano esta institución de la Defensoría del Pueblo se crea dentro del Estado Social de Derecho en el año 1996, pero surge aunque con el ánimo de defender los derechos, pero sin mayor trascendencia y más bien pasa esta institución a ser manipulada por el parlamento de ese entonces, es decir por la clase política y económica dominante (partidocracia), que llevaría al país a una crisis institucional sin precedentes.

Cansados los ecuatorianos de esta situación, se impone en la nación por medio de las urnas una corriente nueva, con la cual se dicta una nueva Constitución, y entre tantas novedades se crea una nueva función del Estado (Transparencia y Control Social), y se ubica a la Defensoría del Pueblo dentro de la misma, provocando el debate a nivel nacional sobre el tema.

En resumen sobre la interrogante de que si la Defensoría del Pueblo debería estar dentro de la Función de Transparencia y Control Social, como se la analizaría dentro de este sucinto estudio, no tiene el ánimo mismo de querer ubicar a esta institución dentro de tal o cual función o de verla como una institución aislada dentro de la Constitución, sino mas bien y poniendo énfasis en el giro del Estado ecuatoriano a uno Constitucional de Derechos y Justicia, en donde la concepción sobre los derechos cambia radicalmente, relevar y fortalecer su función esencial de promoción, protección y tutela de derechos, que es la esencia también de el nuevo Estado de Derechos que estamos viviendo.



De tal forma que quien designe a su titular, o ante quien tenga que rendir cuentas, sea este el legislativo o alguna instancia ciudadana, no marque esta circunstancia su autonomía e independencia, por más que por efectos de la ficción jurídica les hagan representantes de la voluntad general, o un ente encargado de su participación en las decisiones, sino lo esencial del asunto es la defensa de los derechos constitucionalmente consagrados y cuyos titulares son todo el pueblo ecuatoriano.

En tal virtud se proponía una Defensoría del Pueblo como una institución articuladora de las demás instituciones u organismos públicos y privados encargados e involucrados en la protección y tutela de los derechos, y no de articulación al modo tradicional o burocrático, sino como un órgano que valiéndose de las demás llegue al punto mismo en donde se vulnere los derechos, en consecuencia convirtiéndose en un órgano de campo de defensa de los derechos y de los derechos de los más débiles (Grupos de atención prioritaria), dando paso a una nueva y activa institución protectora de derechos.



BIBLIOGRAFIA

- Aguilar Andrade, Juan Pablo, *“La Cuarta Función del Estado, Análisis de una ficción*, en: Santiago Andrade, ed.; La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Corporación Editora Nacional.
- Ávila Santamaría, Ramiro, La Constitución del 2008 en el Contexto Andino. Análisis desde la doctrina y el derecho, Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia, pág., 20
- Carpizo Jorge, Derechos Humanos y Ombudsman, México, 1998, PORRUA, pág. 3 ha 5
- Larrea Hol guín. Juan, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Tomo I, primera edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, pág., 301
- *“La defensoría del pueblo en Ecuador: retos y posibilidades”*, Quito, EC: Comisión Andina de Juristas, Projusticia, 1998.
- Noguera Fernández, Albert, *“Participación, función electoral y función de control y transparencia social”* en: Avilla Santamaría, Ramiro, ed.; Desafíos constitucionales: la constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Quito, EC: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Tribunal Constitucional, 2008.
- Pareja Rosales de Conrad, María Teresa , EL DEFENSOR DEL PUEBLO, Un estudio con especial referencia al Ecuador, Uruguay, CONRAD ADENOUER, 2004, pág. 40 y 45
- Juan Parent Jacquemin, Defender los Derechos Humanos, México, Universidad Autónoma de México, 1996, pág. 22

Normativa Jurídica.

- Constitución ecuatoriana 2008.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.
- Constitución Política 1998.