

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho Administrativo y Contratación Pública

**El rol de la Defensoría del Pueblo del Ecuador en la Administración Pública**

Rubén Alfredo Gallardo Aguirre

Tutora: María del Carmen Jácome Ordoñez

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	<b>Reconocimiento de créditos de la obra</b>	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
<b>Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia</b>		



## **Cláusula de cesión de derecho de publicación**

Yo, Rubén Alfredo Gallardo Aguirre, autor de la tesis intitulada El rol de la Defensoría del Pueblo del Ecuador en la Administración Pública, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

9 de agosto de 2021

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

El presente trabajo describe y analiza el conflicto entre las competencias constitucionales, legales y de hecho, que afecta al ejercicio pleno de la misión y funciones jurídico administrativas de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Esta institución, a diferencia del resto de la Administración Pública, se rige por las *autorictas*; es decir, se fundamenta únicamente en la imagen y prestigio de quien se desempeña como defensor del Pueblo; así como en la calidad, razonabilidad, pertinencia de sus pronunciamientos y actuación y no cuenta con poder coercitivo ni sancionador.

Con ese objetivo, se realiza una reseña cronológica del desarrollo de la institucionalidad de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, se identifica su rol como una entidad de control de la actividad de la Administración Pública desde una perspectiva de derechos. Además, se analizan las competencias constitucionales y legales y se describen los mecanismos, instrumentos y herramientas con las que cuenta para el ejercicio de sus atribuciones misionales.

Mediante la profundización del análisis de la actividad administrativa que realiza esta entidad, se comprueba que esta se erige como un órgano auxiliar de la Función Judicial de carácter residual, pues actúa como un filtro que permite dar solución a reclamaciones por problemas cotidianos de las personas frente al ejercicio del poder del Estado; de este modo evita que los ciudadanos acudan a la justicia. Además, se analiza de manera ejemplificativa la indiscriminada utilización de los conceptos de dictamen e informe y su incidencia en la actividad misional, delimitando su uso como un mecanismo para fortalecer la eficacia del accionar defensorial.

Finalmente, se examinan dos sentencias contradictorias emitidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre la naturaleza de la actividad administrativa de la Defensoría del Pueblo, para dejar sentado como precedente que las resoluciones de la actuación defensorial no constituyen actos administrativos.

Palabras clave: magistratura de la persuasión, derechos humanos, actividad administrativa del Estado, debido proceso, dictamen, informe



Dedico este trabajo a mi familia, fuente inagotable de fortaleza e inspiración.



## **Agradecimientos**

Mi agradecimiento sincero y admiración a todo el personal docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, profesionales comprometidos con su misión.

Mi gratitud y reconocimiento a mi tutora, María del Carmen Jácome, por su apoyo y guía durante todo el trayecto de la elaboración de esta tesis, con total profesionalismo, paciencia y dedicación.

Agradezco especialmente a la Defensoría del Pueblo Ecuador, por haber contribuido con la información para el presente trabajo.



## Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero Teoría de la Defensoría del Pueblo .....	15
1. Evolución histórica de la figura del Defensor del Pueblo .....	15
1.2. El <i>ombudsman</i> sueco .....	17
1.3. El Defensor del Pueblo iberoamericano .....	18
1.4. Definiciones.....	20
2. Características propias de la figura del Defensor del Pueblo .....	22
2.1. Independencia en su accionar .....	23
2.2. La forma de designación.....	25
2.3. Tiene facultad para investigar.....	26
2.4. Carece de facultad coercitiva.....	27
3. Competencias del Defensor del Pueblo.....	29
3.1. Protección de los derechos humanos .....	29
3.1.1. De la admisibilidad.....	31
3.1.2. Investigación.....	33
3.2. Promoción de los derechos humanos.....	35
3.3. La Defensoría del Pueblo como entidad de control.....	36
3.4. El Defensor del Pueblo y la solución alternativa de conflictos .....	42
Capítulo segundo El Defensor del Pueblo en la Administración Pública ecuatoriana .....	47
1. Reseña histórica del apareamiento de la Defensoría del Pueblo en Ecuador .....	47
1.1. Origen constitucional de la Defensoría del Pueblo .....	48
1.2. Origen legal .....	49
2. El rol de la Defensoría del Pueblo en la Administración Pública .....	52
2.1. Concepto de Administración Pública .....	52
2.2. Relación jurídica de la Defensoría del Pueblo con la Administración Pública .....	54
3. Naturaleza jurídica de la actividad consultiva de la Defensoría del Pueblo.....	58
4. El Patrocinio de garantías jurisdiccionales .....	62
5. Investigar y resolver en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos .....	66

5.1. Objeto y alcance de la competencia .....	67
5.2. Naturaleza jurídica de la actividad defensorial.....	70
5.3. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso .....	75
5.4. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio .....	79
5.5. La Defensoría del Pueblo y el derecho humano de acceso a la información pública .....	82
Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	87

## Introducción

La Defensoría del Pueblo del Ecuador es una institución de derecho público, que tiene como competencias el velar por la promoción, protección y tutela de los derechos de todas las personas en el territorio nacional, de las ecuatorianas y los ecuatorianos en el exterior y de los derechos de la naturaleza.<sup>1</sup> Su actividad misional y el ejercicio de sus competencias, a diferencia de otras instituciones públicas, se fundamentan en lo que se denomina la magistratura de la persuasión; esto por cuanto carece de poder coercitivo y sancionador.

Esa particularidad, sumada al conocimiento insuficiente del tipo de actividad administrativa que desarrolla en cada una de sus competencias, dificulta el correcto ejercicio de su misión institucional, pilar fundamental para la democracia; y ha ocasionado en reiterados casos que su actuación sea ineficaz y de poca relevancia para el resto de la Administración Pública. Esto ha debilitado su importancia y el rol garantista que cumple la Defensoría del Pueblo ante la ciudadanía.

A falta de estudios desarrollados en Ecuador respecto de la actividad administrativa de la Defensoría del Pueblo, considero de gran relevancia el análisis del rol que desempeña frente a la Administración Pública, así como el estudio de las competencias y herramientas jurídicas para el pleno ejercicio de sus competencias.

El presente trabajo consta de dos capítulos. En el primero, realizo una aproximación desde el punto de vista de la evolución histórica de la Defensoría del Pueblo que tuvo como origen al *ombudsman* sueco. De manera general, analizo los principios en los que se sustenta el accionar de las instituciones nacionales de derechos humanos, como la independencia y la carencia de facultades coercitivas en el desarrollo de sus actividades misionales, característicos de este tipo de instituciones. Asimismo, realizo un estudio de las principales atribuciones y competencias que tiene el *ombudsman*.

En el segundo capítulo, circunscribo la investigación, específicamente, al defensor del pueblo del Ecuador como una figura de rango constitucional y desarrollo una breve cronología de su evolución histórica en nuestro país. También profundizo el estudio del rol que desempeña esta institución dentro de la Administración Pública y realizo un

---

<sup>1</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, 20 de febrero de 1997, Registro Oficial 7.

análisis de las competencias de investigación, patrocinio de garantías jurisdiccionales y vigilancia al debido proceso.

Además, me centraré en el examen de la actividad misional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador como parte de la actividad administrativa del Estado. Revisaré con detenimiento la actividad de control y la consultiva, observando para ello las herramientas claves de la actividad misional, como son el dictamen y los informes. Estas, a mi criterio, actualmente son utilizadas de forma indiscriminada, por lo que pretendo establecer con claridad el porqué, cómo y cuándo su correcta utilización en pro del incremento de la eficacia de la actividad defensorial.

Finalmente, me enfoco en la naturaleza jurídica de la Defensoría del Pueblo, desde dos sentencias contradictorias emitidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo de Cuenca y Guayaquil, respectivamente, en las que se evidencia la falta de claridad que aqueja al resto de la Administración Pública frente a la actividad defensorial. Una de ellas establece que no pueden existir instituciones públicas que en su actividad misional no dicten actos administrativos; en cambio, la otra, sentencia que la actividad defensorial no constituye acto administrativo, sino meramente actividad consultiva y, por lo tanto, no es susceptible de impugnación ante los tribunales de lo contencioso-administrativo.

## Capítulo primero

### Teoría de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo es la institución encargada de la tutela, protección y promoción de los Derechos Humanos de los ciudadanos, es decir, se constituye en una figura trascendental en el desarrollo de la vida democrática de nuestro país. Sin embargo, el desconocimiento respecto de su labor por parte de la ciudadanía, y la poca relevancia otorgada desde el campo institucional, hacen que el accionar de la Defensoría del Pueblo pase desapercibida o, al menos, no tenga la eficacia suficiente para el cometido de sus potestades constitucionales y legales. Es por ello que en este primer capítulo se realiza un análisis doctrinario acerca del origen y evolución de las distintas formas en que el ser humano se fue organizando a través de la historia, para hacer frente a los abusos del Estado, hasta llegar a lo que hoy conocemos como *Ombudsman*.

En este mismo sentido, se analizan las atribuciones más importantes del *Ombudsman* que se derivan de las directrices contenidas en los Principios de París.

#### 1. Evolución histórica de la figura del Defensor del Pueblo

A lo largo de la historia, la humanidad ha ido construyendo y creando institutos de control de la actividad de poder de los Estados.

En la Antigüedad, con un sistema monárquico que predominaba y en donde el rey consideraba que era Dios la fuente de su poder, su accionar muchas veces venía cargado de arbitrariedad y abusos. Es consustancial al individuo, a lo largo de su vida, que su relación con el Estado o la administración frecuentemente entre en conflicto y por ello se ha de requerir que una persona o institución independiente se ocupe de la difícil tarea de limitar el poder del Estado, actividad que se fundamenta en el respeto hacia los más elementales derechos de las personas.

En la historia de la humanidad han aparecido figuras llamadas a realizar el control de la actividad del poder. El autor argentino Carlos Constenla describe en su obra que, en la antigua Grecia, específicamente en Esparta, existió un organismo de control denominado el *eforado* que era integrado por cinco consejeros vigilantes (éforos), elegidos anualmente por la *gerusia* (cuerpo integrado por los reyes y veintiocho

ciudadanos de edad superior a los sesenta años). El *eforado* tenía como misión controlar la actividad de los reyes y de los magistrados, de quienes guardaba cierta independencia y se le dotaba con capacidad inclusive para suspender la ejecución de las órdenes de ellos emanadas.<sup>2</sup>

Hay que rescatar la finalidad que tenían los *éforos*, que era el control de la actividad de la *gerusía*, por lo que se podría colegir que esta designación, más que un límite al poder de los reyes era una forma de autoprotección de estos respecto de los demás integrantes de la *gerusía*. El filósofo José Ortega y Gasset, en su libro *Del Imperio Romano*, comenta:

en algunos estados griegos, como Heraclea, durante el siglo IV existía una magistratura llamada *éforos tes homonoias*, es decir ‘inspector de la unanimidad’. Yo he dejado vagar la mente en torno a ese título oficial tan sugestivo y, aunque detesto todo cargo público, solo ese me hubiera complacido ejercer.<sup>3</sup>

En la Roma antigua también se evidencian formas de control a la actividad de poder del Estado. Entre estas, sin duda la más importante fue la institucionalización de la figura del *Tribuno de la Plebe*, recayendo esta responsabilidad en dos plebeyos que hubieran sido objeto de violencia o injusticia, quienes tenían el deber de impedir que nadie fuera privado de sus derechos y, además, la atribución de oponerse a las decisiones de todos los magistrados y del Senado romano.<sup>4</sup> De esta figura es importante rescatar que, más allá del evidente control sobre la actividad del poder, este se ejercía por alguien que hubiera sido objeto de arbitrariedad o abuso por parte del Estado. Quién mejor que el que sufre en carne propia, para vigilar y controlar con empatía que su historia no se repita en otros.

El Tribuno de la Plebe fue, sin duda, el precursor del Defensor del Pueblo, pues ejerció un poder de protección de los derechos de las personas marginadas respecto de las decisiones del poder.

En China, cerca del siglo III a. C., el control de la gestión de los funcionarios del imperio estaba a cargo de los censores y su accionar se extendió hasta el año de 1725 con la Dinastía Yung Cheng.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Carlos Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo* (Madrid: Reus, 2010).

<sup>3</sup> Defensoría del Pueblo España, *El Libro del Defensor del Pueblo* (Madrid: Composiciones Rali S.A., 2016), 13.

<sup>4</sup> Wilfrido Vela Obregoso, *El Ombudsman* (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2017), 23.

<sup>5</sup> María Teresa Pareja Rosales de Conrad, *El defensor del pueblo: Un estudio con especial referencia al Ecuador* (Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004), 22.

Por su parte en América del Sur, durante la hegemonía del Imperio Inca, se constituyó la figura del *Tucuyricuy* (el que todo lo ve), quien tenía la atribución de vigilar el funcionamiento del Consejo Imperial. Con la llegada de los españoles se creó el denominado “*Protector de los Indios*”, por iniciativa de Fray Bartolomé de las Casas.<sup>6</sup>

## 1.2. El *ombudsman* sueco

En la Europa nórdica, el antecedente del *ombudsman* se lo encuentra a inicios de 1700, cuando el rey de Suecia y Finlandia, Carlos XII, dispuso la creación del *Canciller de Justicia* (*Hagsteombudsmannen*) quien tenía la atribución de velar por el cumplimiento de las leyes y normas por parte de funcionarios públicos.

El aparecimiento del *ombudsman* se remonta a la Constitución sueca de 1809, en donde se hacía referencia al *Justite ombudsman*. Esta figura nace producto de la división de poderes entre el rey, el parlamento y los tribunales. El Parlamento de Suecia designaba al *ombudsman* al que se le habían asignado las siguientes funciones: el control de las actividades gubernamentales, la correcta aplicación de las leyes y la denuncia de todas las irregularidades y negligencias de los funcionarios y administradores de justicia, así como también investigar los reclamos de los ciudadanos.

El modelo del *ombudsman* sueco ejerce una gran influencia en el modelo actual, pues tanto su estructura como sus competencias fueron asimiladas desde Europa, donde la mayoría de los países adopta esa denominación, hasta en América, en donde se le conoce mayoritariamente como Defensor del Pueblo.

En la Constitución sueca de esa época, su artículo 6 consagraba:

el Parlamento designará uno o varios procuradores parlamentarios (*ombudsman*), encargados conforme las instrucciones dadas por la asamblea, de vigilar la aplicación de las leyes y reglamentos en el ámbito de las actividades públicas y que serán habilitados para actuar ante la justicia en los supuestos previstos en tales instrucciones [...].<sup>7</sup>

Esto, debido a que la burocracia sueca fue adoptando tal trascendencia que resultó necesario crear una figura que controle de alguna manera esa función importante del Estado.

---

<sup>6</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Antología básica en derechos humanos* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994), 13.

<sup>7</sup> Defensoría del Pueblo España, *El Libro del Defensor del Pueblo*, 18.

La constitucionalización del *ombudsman* en la Suecia de 1809 se fue extendiendo a través de Europa. Es interesante observar que Finlandia, que formó parte del Reino de Suecia, implementó el instituto del *ombudsman* luego de su independencia de Rusia en 1917, convirtiéndose en 1919 en el segundo país de Europa en adoptar la figura *ombudsman*, y al igual que Suecia, era designado por el Parlamento y con las mismas facultades y atribuciones. Le siguieron Dinamarca en 1953, Noruega en 1955, Alemania en 1956, entre otros.

### 1.3. El Defensor del Pueblo iberoamericano

Transcurrió casi un siglo desde el apareamiento del *ombudsman* Sueco. Carlos Constenla, presidente del Instituto Latinoamericano del *ombudsman*-Defensor del Pueblo, dice que: “fue Portugal en la Constitución de 1976, el primer país iberoamericano que estableció la figura de un proveedor de justicia que tendrá independencia del gobierno, para velar por el cumplimiento de los derechos que la Constitución le otorga a los habitantes [...]”.<sup>8</sup>

Luego, esta figura se trasladó a España y posteriormente a América Latina, aunque persisten notables diferencias entre el Defensor del Pueblo Latinoamericano y los defensores españoles y portugueses, en función de las distintas estructuras del Estado y la confianza que cada uno genere en sus ciudadanos.

En la década de los años ochenta, período durante el cual la mayor parte de países latinoamericanos dejaba atrás una época de constantes y largas dictaduras, se empezó a incorporar en las constituciones este instituto bajo la denominación de Defensor del Pueblo. A diferencia del *ombudsman* sueco, cuya figura se asemeja a un ministro de justicia, que en un primer momento era nombrado por el rey y luego por el Parlamento como un ente de control de la legalidad de los actos de la administración, el Defensor del Pueblo iberoamericano nace como un defensor de derechos humanos.

Es así, en América Latina, la figura del Defensor del Pueblo nace como un organismo de control, pero, desde una perspectiva de derechos, como una solución a los problemas cotidianos de las personas frente al ejercicio del poder del Estado. Se persigue con ello que estos problemas cotidianos como reclamos de usuarios y consumidores,

---

<sup>8</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*.

vulneración de derechos, especialmente de grupos de atención prioritaria, educación en derechos humanos a la población, entre otros, no sean judicializados, ni queden irresueltos; parafraseando a Carlos Constenla, podríamos decir que las cuestiones jurídico-políticas del gobierno tienen como contrapeso a las funciones judicial y legislativa. En cambio, la Defensoría del Pueblo se convierte en contrapeso frente a la incorrecta aplicación de la ley y a la vulneración de derechos por parte de la Administración Pública. De ahí que, tratadistas como Carlos R. Constenla, le asignan al Defensor del Pueblo, facultades de control de la actividad administrativa del Estado, pero desde una perspectiva de derechos.

En nuestro caso el Defensor del Pueblo es un defensor de derechos humanos centralmente y es un organismo de control, pero desde una perspectiva de derechos, es decir el *ombudsman* no está concebido para ser una especie de custodio de la legalidad de los actos de la administración, sino que está concebido en nuestros países como un instrumento de garantías para que le dé vigencia a los derechos que la Constitución y la ley le otorgan.

Respecto al apareamiento del Defensor del Pueblo en América Latina, Guatemala fue el primer país en introducirlo en 1985; le siguieron Colombia y El Salvador en 1991; Costa Rica y México, en 1992; Argentina lo constituyó en 1993; lo propio, Perú; Honduras, Nicaragua y Paraguay, en 1995; Ecuador y Panamá lo hicieron en 1997; Bolivia, en 1998; Venezuela, en 1999; y, por último, Brasil, en el año 2000.<sup>9</sup>

El Defensor del Pueblo iberoamericano procede de la figura romana del *Tribuno de la Plebe*, que responde a un alto grado de democracia y se constituye como un garante de los derechos humanos, teniendo como espacios naturales de acción la seguridad social, usuarios y consumidores, lucha contra la discriminación, área penitenciaria, educación, medio ambiente, entre otras; y enfoca su actividad en grupos como niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas de la tercera edad, migrantes y grupos étnicos históricamente relegados.

Luego, hay que identificar las competencias del Defensor del Pueblo Iberoamericano. Sergio Cámara Arroyo y Eduardo Luna Cervantes, en su obra “Mejores prácticas del *ombudsman* Iberoamericano”, citando a Escobar Roca, sintetizan las principales características del *ombudsman* Iberoamericano, entre las que se puede mencionar la “unipersonalidad del órgano y su elección parlamentaria; independencia del Parlamento tras su elección, así como de cualesquiera organismos públicos o privados; y

---

<sup>9</sup> Ibid.

su principal función en el ámbito iberoamericano es la protección de los derechos humanos”<sup>10</sup>.

En cuanto a la forma y las herramientas de las que se vale el Defensor del Pueblo Iberoamericano para ejercer sus competencias, los mismos autores detallan una serie de instrumentos jurídicos que permiten el desarrollo de la actividad defensorial, entre los que tenemos:

- a) Seguimiento de las Administraciones públicas en casos concretos.
- b) Recomendaciones de reformas normativas o de políticas públicas.
- c) Información general o particular, sobre el alcance de los derechos de los ciudadanos y, en su caso, remisión de las quejas relativas a los mismos a las instancias competentes.
- d) Presentación del recurso en sede judicial
- e) Participación en órganos, públicos o semipúblicos, consultivos o ejecutivos, relacionado con los derechos humanos.
- f) Animación de debates y campañas de capacitación, sensibilización, información y promoción de los derechos humanos.
- g) Transacción y mediación, en conflictos relacionados con los Derechos Humanos.<sup>11</sup>

En definitiva, podríamos concluir que el Defensor del Pueblo latinoamericano se ha ido consolidando en la región, no solo como un ente de control de la actividad administrativa del Estado desde una perspectiva de derechos; sino fundamentalmente, como un protector de los Derechos Humanos de los ciudadanos.

#### **1.4. Definiciones**

El término *ombudsman* es de uso común en Europa y Norteamérica, mientras que, en América Latina, la denominación varía respecto de la ubicación geográfica o del sistema de gobierno. Por ejemplo, en países como Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia, se lo reconoce como Defensor del Pueblo; en tanto que en países como Guatemala y El Salvador, se denomina Procurador de los Derechos Humanos. En Costa Rica, se lo conoce como Defensoría de los Habitantes; en Honduras, como el Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos; y, en México, como Comisión Nacional de Derechos Humanos, pero con atribuciones y competencias similares y variando su forma de designación.

---

<sup>10</sup> Sergio Cámara Arroyo y Eduardo Luna Cervantes, *Mejores prácticas del Ombudsman en Iberoamérica* (Madrid: Dykinson, 2012), 55.

<sup>11</sup> Sergio Cámara Arroyo y Eduardo Luna Cervantes, *Mejores prácticas del Ombudsman en Iberoamérica* (Madrid: Dykinson, 2012), 55.

De manera análoga, Tatiana Martínez Ledesma, en su tesis de maestría titulada “La Defensoría del Pueblo: Estudio comparado y evaluación del funcionamiento de esa institución en el Ecuador”<sup>12</sup> recoge de la *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* el origen etimológico de la palabra *ombudsman* y dice que proviene de la palabra inglesa *Ombuds* o *Imbid*, que significa protector, y *man*, que significa hombre; por lo que su significado etimológico sería protector de hombres.

Del mismo modo, Miguel Sánchez Morón, en el libro *El fortalecimiento del ombudsman Latinoamericano*, toma la definición de Defensor del Pueblo establecida en la Constitución Española:

La Constitución Española (art.54) califica al Defensor del Pueblo como un “alto comisionado de las Cortes Generales” (esto es, el Parlamento del Estado), que tiene por finalidad la defensa de los derechos de los ciudadanos y como medio de ejercicio de su función de poder el “supervisar la actividad de la Administración”, dando cuenta a las propias Cortes Generales. La Constitución sitúa al Defensor del Pueblo, decididamente, en el ámbito del control parlamentario, como una institución de control especializada que recibe su legitimidad del propio Parlamento.<sup>13</sup>

En la misma línea, el libro *Del Defensor del Pueblo* lo define como:

Institución independiente, de control no jurisdiccional, con un titular nombrado por el Parlamento, única instancia a la que tiene que rendir cuentas, que tiene encomendado una doble misión, de velar por los derechos fundamentales y controlar el buen funcionamiento de todas las actividades públicas.

El *Defensor del Pueblo de España* define al *ombudsman* General o Defensor del Pueblo de la siguiente manera:

Institución independiente, de control no jurisdiccional, con un titular nombrado por el Parlamento, única instancia ante la que tiene que rendir cuentas, que tiene encomendada la doble misión de velar por los derechos fundamentales y controlar el buen funcionamiento de todas las administraciones públicas. Tiene alcance estatal y la obligación específica de atender y tramitar las quejas que recibe directamente de los ciudadanos en los casos de vulneración de derechos fundamentales o de supuesta mala administración, además de poder actuar por iniciativa propia. Su mandato no coincide con los períodos de las legislaturas. Normalmente está instituido por la Constitución [...].<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Tatiana Martínez Ledesma, “La Defensoría del Pueblo: Estudio comparado y evaluación del funcionamiento de esa institución en el Ecuador” (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 11.

<sup>13</sup> Miguel Sánchez Morán, “El Defensor del Pueblo como medio del control parlamentario de la administración”, en *El fortalecimiento del Ombudsman Latinoamericano* (Madrid: Universidad de Alcalá, 1999), 185–93.

<sup>14</sup> Defensoría del Pueblo España, *El Libro del Defensor del Pueblo*, 46.

Más allá de su denominación, la figura del Defensor del Pueblo o del *ombudsman*, es producto de la necesidad de un proceso de control del poder del Estado, pero un control externo, independiente de las funciones, con origen parlamentario, y que tiene a los derechos humanos como el elemento diferenciador del resto de las entidades de control que forman parte de la estructura orgánica de un país.

## 2. Características propias de la figura del Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo, o el *ombudsman*, se constituye en un mecanismo de control y supervisión de la actividad estatal, vinculado directamente con la protección y observancia de los derechos humanos, en cada una de las formas de actuación de la Administración Pública.

Por otro lado, han existido momentos decisivos a la hora de delimitar la actuación del *ombudsman*. El primero, nos dice el tratadista Carlos R. Constenla, recogiendo lo dicho por Miguel M. Padilla en la obra “La institución del Comisionado Parlamentario”, es el Congreso Internacional de Justicia reunido en la ciudad de Río de Janeiro en 1962; en dicho congreso se propuso que:

un alto funcionario, tal como el *ombudsman* de los países escandinavos y de Nueva Zelanda, debe ser designado por la legislatura para un plazo determinado. Será independiente del poder ejecutivo, responsable sólo ante la legislatura y remunerado directamente por ella. Debe estar facultado y tendrá obligación de intervenir ya sea por su propia iniciativa o a pedido de los particulares. Debe tener amplio acceso a todos los documentos y archivos del Gobierno. Debe tener una facultad de citar e interrogar testigos, tal como si se tratara de un tribunal. Sus informes deben ser anuales y recibir amplia publicidad.<sup>15</sup>

Un segundo momento clave para entender la estructura y funcionamiento del *ombudsman*, lo encontramos en los denominados Principios de París promulgados en el año de 1991 y posteriormente aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993. En este instrumento se plasmaron ciertos principios básicos y fundamentales con los que se pretendió unificar y estandarizar la actividad que desarrolla el *ombudsman* o Defensor del Pueblo.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, 255.

<sup>16</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos”, 9 de septiembre de 2017, <http://hrlibrary.umn.edu/instree/Spa/Principles>.

De ahí que, los Principios de París establecen como las principales características del *ombudsman* o Defensor del Pueblo las siguientes:

- La independencia en su accionar,
- La forma de designación,
- El carácter no vinculante de sus decisiones,
- La posibilidad cierta de investigación de los hechos puestos en su conocimiento: y,
- La potestad de control y supervisión de la actividad de la Administración Pública.

### **2.1. Independencia en su accionar**

Si la razón de ser del Defensor del Pueblo es el control y supervisión de derechos en la actividad que desarrolla la Administración Pública, entonces la independencia con la que este actúe se yergue como el pilar fundamental de su existencia.

Es así como, en el Ecuador, un estudio realizado por la Comisión Andina de Juristas y Projusticia, denominado La Defensoría del Pueblo del Ecuador, retos y posibilidades, al referirse a la independencia del *ombudsman* dice:

todas las actuaciones del Defensor del Pueblo han de encontrarse libres de cualquier tipo de condicionamiento proveniente de otros órganos constitucionales o instituciones públicas, en consecuencia, la designación por parte del Congreso no debe significar una subordinación del Defensor al órgano que lo eligió.<sup>17</sup>

Es decir que la actividad que desarrolla el Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus competencias no está sometida a injerencia o instrucción alguna por parte de otra autoridad del Estado, gozando de autonomía e independencia plena, de inmunidad en cuanto a las declaraciones que formule o los actos que realice, para el ejercicio pleno de sus competencias, con la única obligación de rendir cuentas o informar de sus actos al órgano que lo designa.

En el caso de España, por ejemplo, al ser el Defensor del Pueblo un Alto Comisionado de las Cortes Generales, es ante esa instancia que debe rendir cuentas;<sup>18</sup> en cambio, en el Ecuador debe presentar un informe anual de actividades a la Asamblea Nacional, de conformidad con el artículo ocho de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

---

<sup>17</sup> Projusticia, *La Defensoría del Pueblo en Ecuador: Retos y posibilidades* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998), 20.

<sup>18</sup> Universidad de Alcalá, *El fortalecimiento del ombudsman iberoamericano* (Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo, 1999), 88.

Según Sergio Cámara Arroyo y Eduardo Luna Cervantes la independencia e imparcialidad del Defensor del Pueblo, debe evidenciarse en los siguientes niveles:

Según el sujeto:

Imparcialidad de la Institución (imparcialidad institucional)

Imparcialidad del Cargo (Imparcialidad subjetiva o del cargo)

Según el Objetivo:

Imparcialidad frente a los partidos políticos (imparcialidad política)

Imparcialidad frente a la administración (imparcialidad burocrática)

Imparcialidad frente a las Cortes (imparcialidad legislativa)

Imparcialidad frente a los intereses del sector privado y sus relaciones con ellas (imparcialidad relacional e imparcialidad contractual)

Imparcialidad frente a las pretensiones de los ciudadanos quejosos (imparcialidad procedimental y resolutive)

Imparcialidad en la tramitación de los procedimientos (imparcialidad formal)

Imparcialidad en el trato a los ciudadanos y la protección de sus derechos (imparcialidad material)

Imparcialidad moral en la aplicación de los principios (imparcialidad ética).

Según la percepción:

Imparcialidad dentro de la propia institución (imparcialidad intramuros)

Imparcialidad de cara a los ciudadanos (imparcialidad extramuros)

Apariencia de imparcialidad (imparcialidad simbólica).<sup>19</sup>

En otras palabras, lo anterior implica que la independencia en el accionar del *ombudsman* debe ser total, absoluta y transversal, solamente así se garantiza eficacia y oportunidad en sus decisiones.

La imparcialidad se convierte en el pilar fundamental en el que descansa todo el accionar y reconocimiento del Defensor del Pueblo por parte de la sociedad. Esta condición, para estar presente de manera externa con relación al poder mismo, requiere una independencia de orden política, por lo tanto, resulta incompatible con la figura del Defensor del Pueblo el que ocupen estas funciones figuras políticas o relacionadas directamente con grupos económicos o de una naturaleza distinta a la protección de los derechos humanos.

La imparcialidad del Defensor del Pueblo debe reflejarse también al interior de la institución, escogiendo a los funcionarios por sus méritos, evitando los cargos de confianza, en procura de evitar que las instituciones se transformen en botín político del gobierno de turno.

La neutralidad en el accionar del Defensor del Pueblo debe extenderse también a los ciudadanos, los medios de comunicación, o con intereses de grupos y colectivos, pues

---

<sup>19</sup> Cámara Arroyo y Luna Cervantes, *Mejores prácticas del Ombudsman en Iberoamérica*, 2012, 84.

únicamente allí tendrá éxito el ejercicio de una actividad de control, que no tiene la fuerza coactiva para provocarlo, sino que su fuerza descansa en la autoridad moral capaz de persuadir con base en la equidad y objetividad con la que cumpla sus atribuciones.

## **2.2. La forma de designación**

La clave de la independencia del Defensor del Pueblo está en el órgano que lo designa, es decir, el parlamento, y en la relación que tiene el Defensor con aquel. Es al parlamento a la única instancia a la que debe rendir cuentas, sin que ello constituya subordinación de ningún tipo.

Esto le permitirá poder cumplir su rol de ente controlador de la actividad del Estado (administrativa, legislativa y judicial), siendo, además, necesario para su consolidación, una capacidad de acción amplia y competencias plenamente definidas que le permitan diferenciarse del resto de entidades que ejercen control jurisdiccional o administrativo.

La autonomía e independencia en el accionar del Defensor del Pueblo, debe estar presente de manera transversal en todo el ejercicio de sus competencias y, para ello, es importante la forma de su designación, la que podrá variar, dependiendo de la realidad social y jurídica de los países, a fin de contar con estándares mínimos.

Es así como los Principios de París han dictado ciertos lineamientos de carácter general que deben ser observados por las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos a la hora de iniciar un proceso de selección y nombramiento de Defensor. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recoge los siguientes:

- Que el Parlamento debe formar parte del proceso oficial de selección, para que el proceso sea más creíble y transparente.
- Que exista una consulta amplia en todo el proceso de selección y nombramiento.
- Una amplia difusión de las vacantes.
- Maximización del número de posibles candidatos, procedentes de una amplia gama de grupos sociales.

- Selección de miembros para que presten servicios con su propia capacidad individual y no en nombre de la organización a la que representan.<sup>20</sup>

Carlos Constenla nos dice que es impensable un Defensor del Pueblo nombrado por el poder ejecutivo, cuando es justamente a ese poder en especial al que debe controlar; por lo que manifiesta que el Defensor del Pueblo es un funcionario no gubernamental, lo que afianza su independencia del área controlada, y que su designación debe provenir de la función legislativa, además indica que se debe dotar de un marco regulatorio claro y de un tiempo de permanencia en el cargo definido.<sup>21</sup>

Con independencia de la forma de designación, que obligatoriamente deberá observar los lineamientos antes mencionados incorporándolos en el ordenamiento jurídico de cada Estado, hay que tomar en cuenta que al ser una institución que carece de facultades sancionatorias, su accionar se basa en gran medida en la capacidad, méritos y trayectoria del Defensor quien, sin duda, se convierte en un referente de rectitud, moralidad y justicia frente al ciudadano.

### **2.3. Tiene facultad para investigar**

El Defensor del Pueblo, entre las atribuciones inherentes a la naturaleza de sus competencias, tiene la facultad de investigar toda violación de derechos humanos que las personas pongan en su conocimiento. Para ello, tanto los Principios de París como marco referencial, cuanto las legislaciones internas, han dotado a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) de la facultad de examinar con libertad los hechos puestos en su conocimiento. Además, en ciertos casos de vulneración de derechos, se encuentran facultadas para recibir e investigar quejas y denuncias relativas a situaciones particulares, dotándolas de una competencia cuasi jurisdiccional.

En tal sentido, en un informe de Naciones Unidas, respecto de la competencia cuasi jurisdiccional de las INDH, se establece lo siguiente:

Se entiende por institución “cuasi jurisdiccional” una INDH que desempeña una función administrativa o cuasi judicial con un componente decisorio relacionado con las denuncias de los particulares. Las instituciones que reciben denuncias de los particulares están obligadas por los principios del derecho administrativo. Esos principios pueden variar de una jurisdicción a otra, pero por lo general incluyen conceptos como imparcialidad de procedimiento, garantías procesales, delegación de autoridad y ejercicio

<sup>20</sup> Organización de Naciones Unidas, “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades”, 2010.

<sup>21</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, 257-8.

apropiado de facultades discrecionales. Esos conceptos deben quedar reflejados en la ley fundacional y en los procesos internos. Esas INDH deben tener también las facultades jurídicas asociadas con una investigación y estar en condiciones de ejercerlas directamente. Entre ellas pueden figurar la potestad para obligar a los testigos a declarar y la potestad de exigir la presentación de pruebas [...].<sup>22</sup>

La facultad cuasi jurisdiccional del Defensor del Pueblo no interfiere en el control de legalidad ni en el control de constitucionalidad que realizan los jueces, pues su autoridad radica en que, asimilando la posición de un tercero imparcial (Juez), debe resolver respecto de la controversia. Sin embargo, a diferencia del Juez, el Defensor no falla en derecho, ni administra justicia, sino que adopta una conclusión y remite el asunto al tribunal o juzgado para obtener en ellos la decisión vinculante.

Discrepo entonces de lo que sostiene el estudio de Naciones Unidas al manifestar que el Defensor del Pueblo tiene poder decisorio respecto de los asuntos de carácter particular que son sometidos a su conocimiento y, más bien, me adhiero a la tesis de la potestad consultiva que realiza a través de la emisión de recomendaciones e informes.

Esta competencia de las INDH, está plasmada en los Principios de París, que, en los literales a), b) y c), del capítulo de “Modalidades de funcionamiento” establecen:

Examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia, que le sean sometidas por el gobierno o que decida conocer en virtud de sus atribuciones, a propuesta de sus miembros o de cualquier solicitante.

Recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia.

Dirigirse a la opinión pública directamente o por intermedio de todos los órganos de comunicación, especialmente para dar a conocer sus opiniones y recomendaciones.<sup>23</sup>

Como se puede observar, la responsabilidad del Defensor del Pueblo, no es de carácter jurisdiccional, por lo que tampoco, el procedimiento para tramitar todas las cuestiones puestas en su conocimiento tampoco se sujeta a la rigurosidad en cuanto a los requisitos que las peticiones o quejas deben cumplir, pues su actuación se basa en el principio de informalidad.

#### **2.4. Carece de facultad coercitiva**

Esta característica es, sin duda, la más controvertida y la que más problemas ha generado en el quehacer de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

<sup>22</sup> Organización de Naciones Unidas, “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos”, 2010, 51.

<sup>23</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios de París”.

En el libro titulado *El ombudsman de la Defensoría del Pueblo de Colombia*, se realiza un análisis del término *magistratura*, y se comienza definiéndola como “la investidura o majestad de quienes asumen el poder en el Estado moderno, cuya legitimidad se expresa en el monopolio de la fuerza y en la administración de justicia”.<sup>24</sup>

De la misma manera, Jaime Córdova Triviño manifiesta que la magistratura del Defensor del Pueblo es moral y se basa en la *auctoritas*, es decir, en una condición *intuitio personae* de imprimir autoridad a sus recomendaciones.<sup>25</sup>

Es decir que el Defensor del Pueblo no ejerce una magistratura jurisdiccional, que es potestad de los jueces; al contrario, el poder del defensor del Pueblo descansa en una magistratura de la persuasión, pues los “*ombudsman* no vencen, convencen”;<sup>26</sup> así mismo, sus resoluciones y la validez de estas se sustentan en la razonabilidad con la que actos y hechos son abordados en la investigación y en la sabiduría con la que el Defensor emite las recomendaciones.

Pero el hecho de que la Defensoría del Pueblo no posea potestad de imperio y no pueda revocar o modificar actos administrativos no es sinónimo de una institución que no tenga fuerza en sus resoluciones, pues, como hemos analizado, la autoridad del Defensor se sostiene en el ejercicio de la magistratura moral con la que actúa, con la independencia que mantiene respecto de los controlados, con investigaciones realizadas técnicamente y con resoluciones razonadas que, inobjetablemente, conduzcan a la enmienda o reforma de la actuación de la Administración Pública que vulnere derechos.

Para ilustrar lo anteriormente indicado, Carlos R. Constenla sostiene que existen dos posturas respecto de la majestad del Defensor del Pueblo. La primera considera que el *ombudsman* ejerce una magistratura de opinión y la segunda sostiene que ejerce una magistratura de persuasión. La persuasión busca que la recomendación emitida sea acatada únicamente por la firmeza moral y racional en la que se funda; en cambio, la de opinión persigue dotar de elementos de convicción para que eventualmente se produzca el cambio en esa decisión.<sup>27</sup>

A diferencia de Constenla, que sostiene que el Defensor del Pueblo cumple una magistratura de opinión, a, la de persuasión es la magistratura que prevalece en la

---

<sup>24</sup> Wilfrido Vela Obregoso, *El Ombudsman*, 83.

<sup>25</sup> Jaime Córdova Triviño, *El defensor del Pueblo, antecedentes, desarrollo y perspectiva de la institución del Ombudsman en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992, 30

<sup>26</sup> Sergio García Ramírez, “Ombudsman y Tutela Interamericana de Derechos Humanos”, *El Ombudsman en el Sistema Internacional de Derechos Humanos: Contribuciones al Debate*, 2007, 267.

<sup>27</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, 268-9.

actuación del *ombudsman*, quien, a través de la promulgación de informes o recomendaciones debidamente fundados, racional y moralmente sustentados, compromete a la administración a la que van dirigidos y, sin que estos pronunciamientos sean vinculantes, genera un efecto jurídico indirecto en la administración. De ser el caso que la administración considere no cumplir el pronunciamiento del *ombudsman*, pese a que no está obligada a hacerlo, tiene el deber de emitir un pronunciamiento motivado, exponiendo las razones por las que no acoge la recomendación emitida por el Defensor del Pueblo.

### **3. Competencias del Defensor del Pueblo**

El Defensor del Pueblo vendría a constituirse como el resultado final de la progresividad de los sistemas de protección de derechos, al emerger como un mecanismo de garantía en el marco del respeto y observancia de los Derechos Humanos; y, al ser su creación de raigambre constitucional, es precisamente en las cartas magnas donde se plasman las atribuciones esenciales de las que se encuentra investido y como estas se van desarrollando a la vez en los sistemas jurídicos, en donde en cambio constan las funciones que debe cumplir. A continuación, se analizan las atribuciones misionales connaturales a la figura del Defensor del Pueblo que le permiten cumplir esa condición de instrumento garantista para el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos

#### **3.1. Protección de los derechos humanos**

Los Principios de París, en el numeral 1 del literal A, establecen que: “La institución nacional será competente en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos”.<sup>28</sup> Para entender esta competencia, es importante definir qué son los derechos humanos, más allá de la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. Pedro Nikken,<sup>29</sup> presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, define a los derechos humanos en los siguientes términos:

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber respetar y garantizar o

<sup>28</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios de París”.

<sup>29</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Antología básica en derechos humanos*.

bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como los derechos humanos.

En este sentido, Naciones Unidas define a la protección de los derechos humanos como: “La prestación de ayuda para detectar e investigar abusos de derechos humanos, llevar a la justicia a quienes cometan violaciones de derechos y proporcionar recursos y reparación a las víctimas”.<sup>30</sup> Esta atribución tiene su fundamento en el Estado de derechos y la lucha contra la impunidad y coloca a las INDH como instituciones auxiliares del sistema judicial y de la Administración Pública.

De hecho, las INDH ejercen la competencia de tutela de derechos humanos a través de la potestad de la investigación defensorial, que sin ser la única herramienta con la que cuentan las Defensorías, se convierte en el mecanismo más idóneo. Dicha potestad deberá estar expresamente consagrada en texto legal o constitucional y deberá realizarse conforme a un procedimiento previamente establecido y sustentado en los principios del derecho administrativo de cada país.<sup>31</sup>

En particular, las investigaciones defensoriales son procedimientos administrativos en donde la institución no busca resolver una controversia entre dos entes antagónicos, sino investigar por todos los medios legalmente admitidos si se ha producido una violación de derechos humanos dentro del ámbito de competencia de la institución, bien en el plano nacional o internacional; y, de ser así, identificar al autor de la violación.<sup>32</sup>

Según Constenla, la investigación defensorial es aplicable también a toda reclamación relacionada con los actos administrativos que, en apariencia, se presentan como contrarios a la ley, irrazonablemente injustos, arbitrarios, discriminatorios o que defrauden las expectativas de un correcto pronunciamiento de la Administración. Dicho procedimiento investigativo tiene tres etapas plenamente definidas. La primera, referente a la admisibilidad o no de la denuncia o queja, la segunda corresponde a la fase de investigación y por último está la decisión final.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades”.

<sup>31</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios de París”.

<sup>32</sup> Organización de Naciones Unidas, “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos”, 2010, 90.

<sup>33</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*.

### 3.1.1. De la admisibilidad

Es importante señalar que las INDH pueden iniciar una investigación defensorial tanto de oficio como a petición de parte.

El numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República consagra el derecho constitucional de petición, por medio del cual todos los ciudadanos pueden dirigir quejas y peticiones individuales o colectivas y recibir atención o respuesta motivada de las autoridades.

El derecho de petición se materializa en el artículo 63 del Reglamento de Atención de Casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo, que prevé que cualquier persona que invoque un interés legítimo puede presentar una petición verbal o escrita ante la Defensoría del Pueblo. Precisamente, los Principios de París nos dan unas directrices respecto de quién puede acudir con una denuncia o solicitud de investigación relativas a situaciones personales, en los siguientes términos:

La institución nacional podrá estar facultada para recibir y examinar denuncias y demandas relativas a situaciones particulares. Podrán recurrir a ella los particulares, sus representantes, terceros, organizaciones no gubernamentales, asociaciones de sindicatos y cualquier otra organización representativa.<sup>34</sup>

En definitiva, los ciudadanos pueden acudir ante las INDH para presentar quejas, reclamos o denuncias, con sus variantes, dependiendo de cómo se encuentre previsto en las distintas legislaciones.<sup>35</sup>

Respecto de las quejas, Carlos R. Constenla las define como “Una expresión de pena, de aflicción, de resentimiento, de disconformidad. Es la exteriorización que revela malestar, disgusto o fastidio por algo a alguien [...]”.<sup>36</sup> La queja es el modo de interacción natural a través del cual los ciudadanos presentan ante la Defensoría del Pueblo sus inconvenientes con el Estado.

Aunque la función que desarrolla el *ombudsman* se sustenta en el principio de informalidad a favor del administrado, entendido como “la dispensa o excusa que el Estado da a los Administrados, de cumplir con las formas [...] que no están ligadas o no son exigidas por un orden público administrativo [...]”<sup>37</sup>; las distintas legislaciones han

---

<sup>34</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios de París”.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, 324.

<sup>37</sup> Carlos Constenla, *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*, 2010, 324.

impuesto ciertos requisitos para la admisibilidad de las quejas, por ejemplo, que la queja contenga la firma de quien la presenta y el interés legítimo que debe tener el quejoso frente al acto reclamado. El interés legítimo se refiere al “interés individual estrictamente vinculado a un interés público y protegido por el ordenamiento sólo mediante la tutela jurídica de este último [...]”<sup>38</sup>. Por otra parte, no existe ninguna limitación respecto de la nacionalidad, residencia, etnia, orientación sexual, identidad política o religiosa, encontrarse privado de la libertad, etcétera.

En el caso de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, los requisitos para admitir a trámite una petición no se encuentran en la ley, sino en el Reglamento de Admisibilidad de Casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo, que en su artículo 5 establece:

Art. 5.- Calificación de petición. - En todos los casos en los que se tenga conocimiento de la presunta vulneración de derechos se efectuará la calificación de la petición en la que se definirá si esta es de competencia de la Defensoría del Pueblo o no.

Para la calificación se verificará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que la petición se enmarque en las competencias de la Defensoría del Pueblo.
2. Que exista evidencia de que se efectuó la solicitud o se puso en conocimiento del organismo competente para atender su petición.
3. Que la respuesta de la entidad competente evidencie indicios de presuntas vulneraciones de derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, en caso de existir.
4. En los casos de derechos de personas usuarias y consumidoras, así como en los casos en los que se solicite vigilancia al debido proceso, se verificará además los requisitos específicos establecidos para estos trámites.
5. Que no exista en la institución otro caso presentado por el peticionario por las mismas razones que motivan la petición.

En caso de que la falta de requisitos fuere subsanable se le asesorará y solicitará que los complete.

De la norma antes citada, los numerales 2 y 3, a más de ser contrarios al principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución, a mi juicio, significan una vulneración flagrante al derecho de petición y al principio de informalidad que caracteriza la acción defensorial. Esto, por cuanto la tutela y protección de los derechos del peticionario dependerían necesariamente de que el ciudadano cuyos derechos han sido vulnerados, *prima facie*, interponga una solicitud de reparación del derecho o, por lo menos, ponga en conocimiento del organismo competente para atender la petición y espere su respuesta. La falta de este requisito ha ocasionado que muchas quejas y peticiones no hayan sido calificadas, convirtiéndose, a la larga, en obstáculo para la consecución de las competencias institucionales.

---

<sup>38</sup> Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano: Jurisprudencia, dogmática y doctrina* (Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007), 311.

De los trámites admitidos, el artículo 10 del Reglamento de Atención de Casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo señala que “Los casos que se han calificado serán remitidos a la Unidad de Protección y Promoción de Derechos Humanos y de la Naturaleza para efectuar el análisis y determinación de la acción defensorial estratégica con base en la información que se adjunta a la petición”.

Una de las herramientas tutelares constituye la investigación defensorial, de conformidad con el artículo 20 del Reglamento de Atención de Casos de la Defensoría del Pueblo, que se configura como el conjunto de acciones concretas y necesarias que tienen por finalidad recopilar información inmediata, clara, directa y verificable, sobre presuntas vulneraciones de derechos humanos y de la naturaleza para posteriormente ejercer las atribuciones y competencias que la Constitución y la ley le conceden a la Defensoría del Pueblo del Ecuador.

### **3.1.2. Investigación**

El procedimiento de investigación defensorial inicia con la formación de un expediente administrativo que deberá contener la integralidad de las actuaciones y diligencias que se desarrollen a lo largo de la investigación. La conformación del expediente, según Jaime Orlando Santofimio, “garantiza, igualmente, el principio de la unidad procesal que debe garantizar toda actuación administrativa en procura, no solo de evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, sino también de garantizar la economía procesal”.<sup>39</sup>

Las facultades que tiene la Defensoría del Pueblo en la etapa de investigación son más amplias, menos rigurosas y carentes de formalismos, que las que se aplican a la justicia ordinaria, pues pueden recabar prueba material, documental, testimonial, realizar gestiones oficiosas, visitas, llamadas, mediación, etcétera. Por su parte, la prueba, en un juicio ordinario, persigue recabar todos los elementos necesarios para llegar a la verdad y dar la razón a quien la tenga. En cambio, para las Defensorías del Pueblo, la prueba persigue identificar si hubo o no la vulneración del derecho o existe un riesgo inminente de que se produzca, con la finalidad de evitar, suspender o repararlo en forma inmediata.<sup>40</sup>

Específicamente en la prueba testimonial existe una disyuntiva entre los

---

<sup>39</sup> Jaime Orlando Santofimio, *Acto administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994).

<sup>40</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios de París”.

administrativistas, quienes plantean que este tipo de prueba es exclusiva de los procesos judiciales, pues debe ser rendida ante Juez y con todas las solemnidades que ello implica. Precisamente, el Código Orgánico General de Procesos, en el primer inciso del artículo 177, dispone que toda prueba testimonial mediante declaración será precedida del juramento rendido ante la o el juzgador.

En el caso particular, al ser el Defensor del Pueblo un ente de control de la actividad del Estado, desde una perspectiva de derechos, se justifica que exista una flexibilidad administrativa en la investigación defensorial y que le esté permitido receptor únicamente versiones sin juramento, en concordancia con los principios de informalidad e inmediatez que rigen a la actividad defensorial, de conformidad con el literal i) del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Una vez finalizada la acción investigativa, el Defensor del Pueblo emite un informe de fondo, sin perjuicio de que se dicten informes intermedios. Este, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de Atención de Casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo, tiene como objetivo requerir a las autoridades públicas y/o particulares involucradas la toma de acciones a corto o mediano plazo para evitar, cesar o reparar violaciones de derechos humanos o de la naturaleza.

Adicionalmente, el Defensor del Pueblo también podrá promover acuerdos amistosos entre las partes para remediar o poner fin a los hechos descritos en la queja. Al respecto, el estudio de Projusticia y la Comisión Andina de Juristas establece que la decisión puede traducirse en una solución al conflicto a través de la mediación o conciliación, si no fuera posible dicho acuerdo, concluirá con una resolución que identifique los hechos violatorios, y la autoridad o funcionario responsable, conjuntamente con las recomendaciones tendientes a cesar o evitar el daño.<sup>41</sup>

Si fuera el caso en que la afectación de derechos haya sido reparada en el transcurso del trámite de investigación defensorial, de conformidad con el Reglamento de Atención de Casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo, el Defensor dispondrá el archivo del procedimiento.

En síntesis, es importante mencionar que, emitida la resolución defensorial, el grado de eficacia de esta depende del nivel de colaboración que reciba de la institución a la que va dirigida, considerando que el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo prevé la obligatoriedad de colaboración de esta última. En contraste, el artículo

---

<sup>41</sup> Projusticia, *La Defensoría del Pueblo en Ecuador: Retos y posibilidades*, 20.

32 *ibidem*, determina que la negativa a colaborar en cualquier procedimiento defensorial se entenderá como incumplimiento de decisiones de autoridad legítima competente, delito tipificado y sancionado en el artículo 282 del Código Integral Penal.

Por otro lado, además de la competencia para investigar, las INDH cuentan con otros mecanismos para la tutela y protección de los derechos humanos, en los cuales se encuentra la promoción de los derechos humanos.

### 3.2. Promoción de los derechos humanos

Desde siempre, los derechos humanos son, por antonomasia, el límite al poder. Su trascendencia es global, lo que obliga al *ombudsman* a ir posicionándolos en la realidad social, en todas las esferas del quehacer del Estado y, sobre todo, en el convivir diario de los ciudadanos, pues su respeto constituye el principal elemento de convivencia racional y pacífica de un Estado. Desde mi punto de vista, solo una sociedad que conoce cuáles son sus derechos, puede exigir el reconocimiento de estos.

En este contexto, los Principios de París definen a la promoción de los derechos humanos como:

La promoción de los derechos humanos es una función básica de las INDH y un elemento básico de los Principios de París. Facilita la divulgación de información y conocimientos sobre los derechos humanos hacia el público en general y hacia determinados grupos seleccionados. En última instancia contribuye a crear una cultura de derechos humanos de forma que cada individuo de la sociedad comparta los valores que se recogen en el marco jurídico internacional y nacional de los derechos humanos y actúe en consecuencia. Un programa acertado de promoción de los derechos humanos hace que las personas pasen del conocimiento a la acción.<sup>42</sup>

Para alcanzar este objetivo, las INDH tienen la atribución de publicitar su actuación, explicar de manera eficaz al pueblo en qué consiste la actividad que desarrolla el *ombudsman*, en qué casos puede intervenir y qué puede solucionar.<sup>43</sup>

A mi criterio, la promoción de los derechos humanos y la difusión de la actividad desarrollada por el *ombudsman* es de vital importancia para ir generando confianza entre el pueblo y su Defensor. Sin embargo, más allá de campañas de difusión y capacitación en derechos humanos, es a través de un actuar altamente profesional y especializado que las INDH posicionan su presencia en el imaginario colectivo. De esta forma, se persigue

---

<sup>42</sup> Organización de Naciones Unidas, “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos”, 2010, 67.

<sup>43</sup> Martínez Ledesma, “La Defensoría del Pueblo Estudio Comparado”, 2015, 61.

que los ciudadanos conozcan, no solo cuáles son sus derechos y que estos terminan donde comienzan los de las otras personas, sino que, además, tienen una responsabilidad compartida para su protección.

Sumado a esto, a través de la promoción de los derechos humanos es posible para las INDH llegar al resto de la Administración Pública, con el ánimo de que los funcionarios conozcan que sus obligaciones deben ejercerse enmarcadas en el respeto a los derechos humanos. Es, sobre todo en países como los de América Latina, donde las INDH deben fortalecer esta competencia, pues es muy común entre los ciudadanos de estas latitudes, el poco conocimiento del rol que desempeñan estas instituciones en la protección de sus derechos.

Otra de las competencias más relevantes a nivel de la INDH, es el rol de entidad de control del accionar de la Administración Pública desde una perspectiva de derechos.

### **3.3. La Defensoría del Pueblo como entidad de control**

Con la Revolución francesa nació la idea de la división de poderes, en la que interactúan, como una suerte de pesos y contrapesos, una función respecto de la otra en el ámbito de control.

En las sociedades modernas, están plenamente definidas las instituciones que realizan control y cuál es la materia controlada. Por ejemplo, la Contraloría es, por naturaleza, el juez de cuentas del Estado y controla el recurso público; la función judicial, en muchos países, a través del contencioso administrativo, controla la legalidad de los actos y hechos administrativos, así como los contratos de la administración.

Las INDH, generalmente, son entidades que pertenecen al sector público, no son entidades gubernamentales, son de creación constitucional y, de acuerdo con la doctrina, son de aquellas denominadas *extra poder*, es decir, que no se circunscriben dentro de ninguno de los poderes tradicionales del Estado: ejecutivo, legislativo o judicial.<sup>44</sup> En algunos países, como Venezuela y Ecuador, por ejemplo, se ha ubicado a las INDH como parte de un cuarto poder en Venezuela y un quinto poder en Ecuador.<sup>45</sup>

Dentro de este orden de ideas, la Defensoría del Pueblo es una entidad que realiza un control externo y administrativo. Al respecto del control, Carlos R. Constenla nos dice:

---

<sup>44</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, 306-7.

<sup>45</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449.

El control que hace el *Defensor del Pueblo*, no es vigilancia ni inspección para verificar si una conducta administrativa vulnera una norma jurídica; va mucho más allá, plantea medidas que van desde la crítica y la recomendación, hasta la actividad jurisdiccional. Si bien no puede *per se* anular un acto ni crear una norma, puede sí exigir el cumplimiento, por parte de los poderes públicos, de que se satisfagan sus pedidos, de estas obligaciones acarreará responsabilidades legales en unos casos y políticas en otros.<sup>46</sup>

El control que realiza la Defensoría del Pueblo, aunque de naturaleza administrativa, no interfiere con el control judicial ejercido por el Tribunal Contencioso Administrativo, quien actúa sobre la legalidad de la actividad administrativa. A diferencia del Contencioso, la Defensoría no puede modificar, revocar o extinguir un acto administrativo, puesto que su actuación va dirigida a recomendar o exhortar la observación de derechos.

He aquí que, aun cuando la actividad de control del Defensor carece de poder coactivo para hacer cumplir sus decisiones, en las legislaciones se ha incorporado la obligación de colaboración entre administraciones. Por consiguiente, es inconcebible que a una recomendación remitida por el Defensor del Pueblo no se le otorgue importancia alguna, pues, en base al principio de colaboración y respeto de las administraciones públicas, si alguna no acoge la recomendación, deberá pronunciarse motivadamente respecto de sus justificaciones.

Constenla, sin embargo, manifiesta que “el control del Defensor del Pueblo no es necesario sino tan solo eventual, de legitimidad, pero también de oportunidad”. En el mismo sentido, Mario Castelli, citado por Carlos R. Constenla, habla del contra poder o poder negativo, a saber, “el poder típico del pueblo soberano, compuesto por personas soberanas; eso expresa generalidad, por que comprende a todos los sectores de la vida civil y es una alternativa al poder positivo, que se encuentra en el parlamento, en el gobierno y en el poder judicial”.<sup>47</sup>

La Defensoría del Pueblo es, justamente, una muestra de ese poder negativo del pueblo pues, por su naturaleza, no tiene fuerza coactiva en contra de abusos o vulneraciones de derechos por parte de la administración, pero es su deber intervenir de manera tal que tales abusos o vulneraciones no se cometan. Se puede decir, entonces que el Defensor del Pueblo no puede prohibir nada, pero puede impedirlo todo.

---

<sup>46</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, 308.

<sup>47</sup> *Ibíd*

Cabe aquí preguntarse cómo se materializa el control o supervisión de la Administración Pública por parte de las INDH. Para ello, es necesario abordar las formas de actuación con los administrados.

La relación jurídica que existe entre Administración Pública y administrado, coloca a la primera como fuente de actos de poder dentro del ejercicio de sus competencias y titular de derechos subjetivos tales como: derecho a la eficacia jurídica de sus actos, derecho a la imposición de tributos; derecho de propiedad de bienes públicos, entre otros. Por otra parte, el administrado es también titular de derechos directamente relacionados con las obligaciones de la administración, además, es titular de derechos constitucionalmente protegidos.<sup>48</sup>

Esta relación jurídica debería ser armónica, sin embargo, los administrados, a menudo, deben enfrentarse a lo que doctrinariamente se conoce como la “mala administración”<sup>49</sup>, que suele identificarse como el agravio o la inconducta administrativa por parte del Estado, que, en principio, no es susceptible de recursos ni justiciable y que afecta directamente al ciudadano.

El maestro Carlos Constenla, en su obra el *Defensor del Pueblo*, como ejemplos de mala administración, menciona los siguientes:

irregularidades y omisiones administrativas, injusticia, discriminación, abuso de poder, negligencias, procedimientos ilícitos, falta o denegación de la información, demoras innecesarias, favoritismos, disfuncionamiento o incompetencia. Pero, el más extremo exponente de mala administración es la incapacidad de un servicio público para plantearse, localizar y superar estos síntomas y casos, pues entonces sus efectos no harán más que permanecer y repetirse, cuando no multiplicarse.<sup>50</sup>

De lo enunciado anteriormente, se puede inferir que la mala Administración Pública provoca una vulneración de derechos. Es esa inconducta la que la Defensoría del Pueblo supervisa, a través de un control que deviene en recomendaciones o exhortos para que sea la propia Administración la encargada de enmendar esa actividad que afecta los derechos del ciudadano.

La supervisión en cuanto tiene que ver con la prestación de servicios públicos, por parte del Estado, sus concesionarios o delegatarios, es una característica propia del Defensor del Pueblo, así tenemos que esta facultad se encuentra contemplada en la

---

<sup>48</sup> José Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 10ª. ed. actualizada (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004), 685-6.

<sup>49</sup> Defensoría del Pueblo España, *El Libro del Defensor del Pueblo*, 25.

<sup>50</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, 22.

mayoría de las legislaciones que prevén esta figura, de entre las más importantes, que se rescatan en la obra del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, son las siguientes:

Inglaterra.- Tiene el nombre de Comisionado y aparece en 1967 designado por el Parlamento. Dura en el cargo hasta los 65 años de edad y forma parte del Consejo de los Tribunales. Debe dar inmediata atención a las quejas de los ciudadanos con respecto al control de la administración de las instituciones del Estado. Es independiente en sus funciones y tiene una gran autoridad.

Portugal.- Se lo denomina Proveedor de la Justicia apareciendo en 1975. Es nombrado por el Presidente de la República de una terna propuesta por el Primer Ministro del Ministerio de Justicia. Forma parte del Ministerio de Justicia y de la Procuraduría General del Estado. Pretende asegurar la justicia y legalidad de la administración a través de medios informales. Fiscaliza a los funcionarios que han incurrido en una ilegalidad.

España.- Es denominado Defensor del Pueblo y nace en 1978. Es nombrado por el Congreso y el Senado y dura 5 años en el cargo. Es independiente en sus actuaciones, pero debe responder ante las Cortes Generales. Supervisa la actuación de la administración y sus atribuciones se extienden a lo civil y militar.

Bolivia.- Sus actividades se contraerían a iniciar de oficio o a petición de parte toda investigación conducente al esclarecimiento de las actuaciones u omisiones de los responsables de la actividad administrativa del sector público que impliquen violación a los derechos humanos.

Colombia.- Una de las actividades en las que ha participado el Defensor del Pueblo promoviendo el respeto a los derechos humanos, ha sido como miembro de la comisión especial creada para proponer al Presidente de la República el indulto de aquellas personas sentenciadas injustamente por terrorismo. Las quejas de los ciudadanos por violación de sus derechos fundamentales o por la mala prestación de los servicios públicos, empezaron a recibirse a partir de septiembre de 1996 y hasta noviembre se habían recibido 3000 de las cuales se admitieron 1600.

Venezuela.- Correría bajo su responsabilidad la defensa de los derechos previstos en el Título III de la Constitución y en los tratados ratificados por el país. Para estos fines serviría de intermediario de los particulares ante la Administración Pública y los concesionarios de servicios públicos. Se crearían Defensores del Pueblo en los diferentes Estados con competencia en sus respectivas jurisdicciones, que coordinarían sus funciones con el Defensor del Pueblo.<sup>51</sup>

De hecho, existe una nueva corriente que considera como un derecho humano a la “buena administración pública”, teoría en la que el ser humano se ubica en el centro de la actividad estatal cuyo fin es el bien común de los ciudadanos.

A propósito del concepto de buena administración, el tratadista Jaime Rodríguez-Arana, en un estudio publicado en la “Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo”, manifiesta lo siguiente:

la persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intentaba controlarlo, que le prescribía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas,

---

<sup>51</sup> Alfonso Pasquel, *El proceso penal y las garantías constitucionales* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005).

una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de dominación en que se constituyó tantas veces el Estado, y su principal instrumento: la Administración Pública. El desafío, una vez constatada la inconsistencia de esta argumentación, agravada con la crisis del presente, reside en construir una concepción más justa y humana del poder en la que, como consecuencia del derecho de los ciudadanos a Gobiernos y Administraciones que cumplan adecuadamente su tarea, las instituciones públicas se conviertan en instrumentos idóneos al servicio objetivo del interés general.<sup>52</sup>

En definitiva, el fin que persigue el accionar de la Defensoría del Pueblo al ejercer la supervisión de la actividad del Estado desde una perspectiva de derechos, es que los ciudadanos accedan a los beneficios y garantías de una “buena administración”, es decir, perciban y sientan que su relación con el Estado es legítima, ausente de discriminación, ausente de abuso de poder, imparcial, independiente, objetiva, con legítimas expectativas, con consistencia y asesoramiento, justa, cortés, recibir respuestas oportunas y en la lengua del ciudadano, que acuse de recibo e indicación del funcionario competente, que tenga la obligación de remisión al servicio competente, que garantice el derecho del ciudadano a ser oído y a hacer observaciones, a resolver en un plazo razonable las demandas ciudadanas.<sup>53</sup>

Considero digno de replicar buenas prácticas administrativas como, por ejemplo, la del Defensor del Pueblo de Andalucía en España, que, conjuntamente con su carta de servicios, puso a disposición de los ciudadanos el “Código de Buena Práctica Administrativa”<sup>54</sup>, en el que se establecen como ejes de control, frente a la actuación de la Administración Pública, los siguientes:

- Legalidad
- Ausencia de discriminación
- Imparcialidad e independencia
- Confidencialidad
- Identificación
- Cortesía
- Atención en sede de la Institución
- Presentación de quejas y peticiones
- Información de la Administración Pública del curso de un procedimiento administrativo instaurado.
- Transparencia administrativa
- Motivación de los actos y resoluciones
- Atención a las personas con discapacidad

---

<sup>52</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, “El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la Unión Europea”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 1 (s. f.): 74-5.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Manuel Arenilla Sáez, *Crisis y reforma de la administración pública* (Oleiros: Netbiblo, 2011), 455.

El control que realiza el Defensor del Pueblo cobra gran relevancia en lo que tiene que ver con el *ius puniendi* del Estado, por cuanto está facultado para observar y controlar el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos que garantizan a los ciudadanos el derecho al debido proceso, tanto en los procesos judiciales, cuanto en los procedimientos administrativos a los que se vean sometidos.

Al efecto, el profesor Luis Pásara, en la obra denominada *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, cita algunas normas que tienen relación con el debido proceso, mencionando como una de las más trascendentales a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la que, en 1948, determinó que toda persona “debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII).”<sup>55</sup>

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 10 establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.<sup>56</sup>

En el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se dice:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.<sup>57</sup>

Los artículos antes citados tienen relación directa al derecho al debido proceso, que a su vez se erige como el puntal donde descansa la actividad de la Administración Pública, esta actividad de control, a diferencia de la actividad jurisdiccional del Estado, se basa en la colaboración efectiva de la Administración, en cuanto se exige de ésta el

---

<sup>55</sup> Luis Pásara, *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*, 4 (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 59.

<sup>56</sup> Organización de Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948.

<sup>57</sup> *Ibid.*

respeto y protección de los Derechos Humanos. El Defensor del Pueblo tiene un papel protagónico en la tutela y protección de derechos y son los Principios de París el instrumento que le permite el control de la función judicial, desde una perspectiva de derechos humanos, cuando amplía la acción del *ombudsman* a las siguientes esferas:

Todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos de ley y las propuestas y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación.<sup>58</sup>

Esta atribución de las INDH para supervisar la actividad judicial y administrativa a través de la vigilancia del debido proceso fue incorporada en la Constitución del Ecuador en el numeral cuarto del artículo 215 que establece como competencia de la Defensoría del Pueblo el “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”.<sup>59</sup>

Recapitulando, el Defensor realiza el control o supervisión del Estado en procura de tutelar el derecho de los ciudadanos de acceder a una buena Administración Pública, tutela que se extiende a la supervisión de los procesos judiciales y procedimientos administrativos a través de la vigilancia del derecho fundamental al debido proceso. Además, se dota a la INDH de otras competencias a fin de cerrar el círculo de protección de derechos.

### **3.4. El Defensor del Pueblo y la solución alternativa de conflictos**

Cuando se trata de situaciones personales sometidas a conocimiento de las INDH, los Principios de París establecen que estas deberán “tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial [...]”.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios de París”.

<sup>59</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, Art. 215.

<sup>60</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios de París”.

La falta de poder coercitivo del Defensor del Pueblo hace que la conciliación sea una herramienta fundamental a la hora de solucionar los conflictos puestos en su conocimiento, por lo que se erige como regla general en todo procedimiento defensorial por medio del cual se tramitan y resuelven quejas o denuncias presentadas por los ciudadanos.

Al efecto, Tatiana Martínez Ledesma, en su tesis de maestría denominada “La Defensoría del Pueblo: Estudio comparado y evaluación del funcionamiento de esta institución en Ecuador”, para definir lo que es conciliación cita a Guillaume-Hogning, quien dice que es un “modo de gestión de tensiones sociales, gracias a la presencia de un tercero, neutro, independiente y sin ningún otro poder que el de su autoridad, reconocida por los participantes en la mediación y que fue elegido libremente”.<sup>61</sup>

Si entendemos a la conciliación como procedimiento que persigue una solución amistosa, el problema es que no siempre es aplicable a los casos que conoce el Defensor del Pueblo y, cuando es aplicable, no siempre es eficaz, considerando que el acuerdo conciliatorio suscrito no es vinculante para las partes y, por tanto, muchas veces incumplido, generando que la parte afectada deba acudir a instancias judiciales, con la consecuente pérdida de tiempo y recursos.

Ahora bien, habrá materias en que es imposible conciliar. Un claro ejemplo de inaplicabilidad de la conciliación es el caso de violaciones graves a derechos humanos, como genocidio o crímenes de lesa humanidad. También lo es cuando la Administración Pública ejerce el *ius puniendi* a través de una sanción en un proceso disciplinario, una vez impuesta la sanción sería inoficioso tratar de llegar a un acuerdo tendiente a disminuir o reformar esa sanción, ya que no está esa potestad de manera discrecional al alcance de la Administración, sino que se da en virtud del derecho de impugnación de los actos por parte del administrado.

Sin embargo, una buena práctica en materia de conciliación es, por ejemplo, la que se realiza en temas de defensa de los consumidores, en donde, según el Informe de Rendición de Cuentas de 2019, se ha obtenido un alto porcentaje de solución de conflictos, por tratarse de materia transigible, con base en lo prescrito en el artículo 55 del Reglamento de Atención de Casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo, que dice lo siguiente:

---

<sup>61</sup> Tatiana Martínez Ledesma, “La Defensoría del Pueblo: Estudio comparado y evaluación del funcionamiento de esa institución en el Ecuador” (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 21.

Art. 55.- Audiencia Única.- Calificada la solicitud, se convocará a las partes mediante providencia a una audiencia única de conciliación y resolución, con por lo menos 15 días término de anticipación, en esta se deberá determinar la responsabilidad de cada una de las partes de tener en la audiencia todos los documentos de cargo o de descargo relacionados al caso respetando el principio de inversión de la carga de la prueba.

La efectividad de la actividad de conciliación en materia de usuarios y consumidores, de la Defensoría del Pueblo Ecuador se obtiene al analizar los datos de los trámites ingresados y resueltos durante el período del 2013 al 2019:

Tabla 1  
Casos ingresados y finalizados entre 2013 y 2019, Defensoría del Pueblo Ecuador

Estrategia	Casos ingresados	% Casos ingresados	*Casos finalizados	% Casos finalizados
<b>Trámite sumario personas consumidoras</b>	4,273	28.04%	3,952	32.33%
<b>Trámite sumario personas usuarias</b>	3,595	23.59%	2,720	22.25%
<b>Investigación defensorial</b>	2,503	16.43%	2,173	17.78%
<b>Gestión oficiosa</b>	2,472	16.22%	2,155	17.63%
<b>Vigilancia del debido proceso</b>	986	6.47%	730	5.97%
<b>Seguimiento de cumplimiento de sentencia</b>	851	5.58%	156	1.28%
<b>Acción de protección</b>	182	1.19%	118	0.97%
<b>Amicus curiae</b>	74	0.49%	63	0.52%
<b>Medidas cautelares</b>	69	0.45%	55	0.45%
<b>Medidas de protección</b>	135	0.89%	41	0.34%
<b>Garantías jurisdiccionales generales</b>	35	0.23%	20	0.16%
<b>Habeas data</b>	13	0.09%	12	0.10%
<b>Habeas corpus</b>	10	0.07%	10	0.08%
<b>Acción por incumplimiento de normas y sentencias e informes internacionales</b>	9	0.06%	9	0.07%
<b>Recurso de acceso a la información pública</b>	14	0.09%	7	0.06%
<b>Legitimación activa de la patria potestad</b>	1	0.01%	3	0.02%
<b>Acción extraordinaria de protección</b>	12	0.08%	1	0.01%
<b>Incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales</b>	4	0.03%	-	0
	15,238	100.00%	12,225	100.00%

Nota. Defensoría del Pueblo de Ecuador, Sistema de Gestión Defensorial-SIGED, 2019.  
\*Casos finalizados: Contemplan aquellos finalizados en el 2019 que ingresaron a la DPE a partir de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2019.

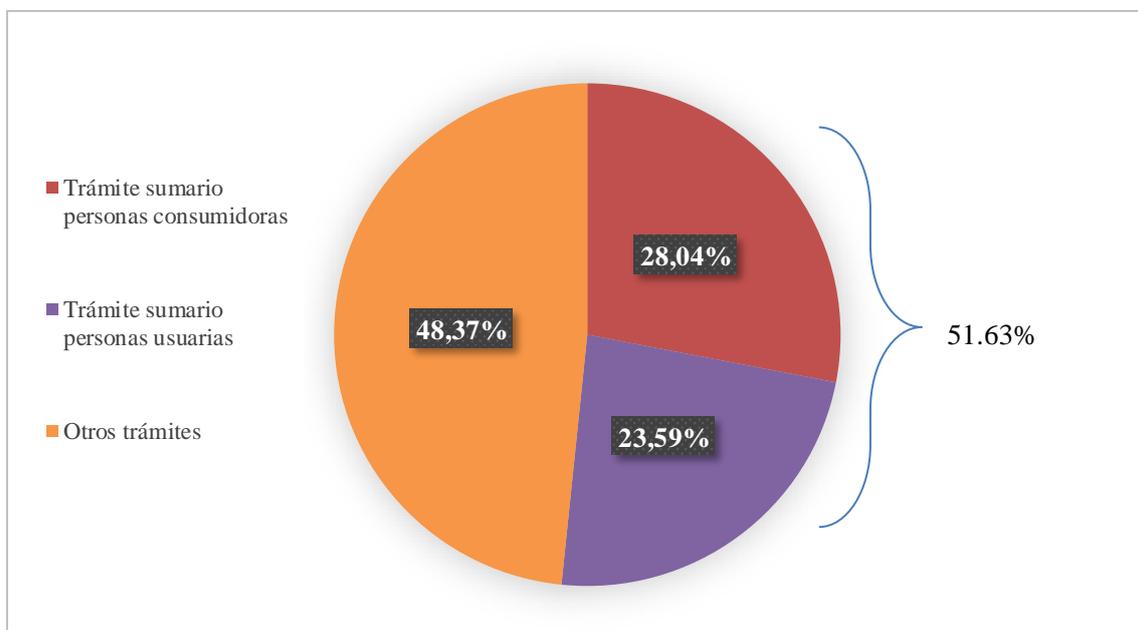
Fuente y elaboración: Defensoría del Pueblo del Ecuador – Informe de Rendición de Cuentas 2019

En la Tabla 1 se puede observar que en el período indicado, la entidad ingresó 15,238 trámites, de los cuales, 4,273, es decir, el 28.04%, corresponden a Trámite sumario personas consumidoras y 3,595, que equivale al 23.59%, a Trámite sumario personas usuarias.

Al sumar el número de trámites ingresados de ambas categorías, obtenemos el número total de trámites relacionados con usuarios y consumidores, que asciende a 7,868, valor que corresponde al 51.63% de la carga procesal:

Gráfico 1

**Proporción de trámites relacionados con usuarios y consumidores ingresados en la DPE Ecuador de 2013 a 2019**



Fuente: Informe de Rendición de Cuentas 2019 de la Defensoría del Pueblo Ecuador

Elaboración: Propia

De estos, en la columna de Casos Finalizados, la cantidad de 3,952 que corresponde a la categoría Trámite sumario personas consumidoras más 2,720 de la categoría Trámite sumario personas usuarias suman 6,672 trámites finalizados, con lo cual, al dividir para el número de trámites ingresados en ambas categorías, se obtiene un porcentaje de efectividad del 84.80 %:

$$\frac{6\,672 \text{ trámites finalizados de usuarios y consumidores}}{7\,868 \text{ trámites ingresados de usuarios y consumidores}} = 84.80\% \text{ efectividad}$$

De lo anterior se puede inferir que más de la mitad de trámites ingresados a la Defensoría del Pueblo corresponden a usuarios y consumidores, y que más de 8 de cada 10 trámites se han podido resolver; siendo, por tanto la conciliación en esta materia, un mecanismo ágil y efectivo que permite evacuar una gran cantidad de carga procesal en favor de los ciudadanos que acuden a esta institución.

Además, la conciliación también es aplicable en la solución de conflictos sociales, tales como: relaciones de inquilinato, consumidores y proveedores de bienes.

Al efecto, el estudio de la Comisión Andina de Juristas nos trae como ejemplo un caso en que la INDH de Guatemala, ante la toma de las instalaciones de un centro de educación superior, por parte de los estudiantes, durante la cual se estaban realizando desórdenes que ponían en peligro la seguridad de las personas que estaban adentro del inmueble, un representante de la INDH se hizo presente y, a través de una actividad de conciliación, logró que los estudiantes depusieran su actitud y abandonaran las instalaciones, comprometiéndose a realizar una investigación defensorial sobre los hechos ocurridos,<sup>62</sup> demostrando en esta forma que a través del correcto ejercicio de la magistratura de la persuasión, las INDH pueden conseguir resultados positivos en la solución de los conflictos, que en otras circunstancias, requerirían del poder coercitivo del Estado.

---

<sup>62</sup> Comisión Andina de Juristas y Projusticia, *La Defensoría del Pueblo en Ecuador: Retos y posibilidades* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998), 73.

## Capítulo segundo

### El Defensor del Pueblo en la Administración Pública ecuatoriana

Partiendo y reconociendo que de conformidad con el artículo 225 de nuestra Constitución, la Defensoría del Pueblo, es parte integrante del sector público, e integra de manera activa la Función de Transparencia y Control Social, es importante tener claridad del rol que esta Institución desarrolla en la Administración Pública. Al ser la Defensoría del Pueblo un pilar fundamental en la vida democrática del Estado, es importante que exista claridad del papel que desempeña y la importancia de su accionar, como una garantía de las personas para la tutela y protección de sus derechos.

#### 1. Reseña histórica del apareamiento de la Defensoría del Pueblo en Ecuador

Luego del retorno a la democracia, en el año 1978 se puso fin a un largo período de dictadura en el país. Esta transición coincidió con el trigésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, motivo por el cual la Asamblea General de las Naciones Unidas, en anexo a la Resolución 32/123 de 16 de diciembre de 1977, entre otras medidas, sugirió el establecimiento de Instituciones Nacionales o Locales Para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (literal e) del numeral 1 del anexo.<sup>63</sup>

Posteriormente, acorde con la tendencia regional de fortalecimiento y posicionamiento de los derechos humanos, a través de la Constitución de 1979,<sup>64</sup> el Ecuador estableció la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales (Art.140 Constitución de 1979). Esta entidad tenía, entre otras competencias, la de velar por la ejecución de la Constitución y los derechos humanos, pudiendo excitar a las autoridades y demás funcionarios de la Administración Pública su observancia y cumplimiento (Art. 141 numeral 1 CP 1979). El Tribunal también tenía competencia para conocer y tramitar las quejas que presentaban los ciudadanos por la vulneración a las disposiciones contenidas en la Constitución (art. 141, num. 3).

---

<sup>63</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Principios de París”.

<sup>64</sup> Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, 27 de marzo de 1979, Registro Oficial 800.

En definitiva, el Tribunal de Garantías Constitucionales es el antecedente constitucional de lo que posteriormente sería la institucionalización de la Defensoría del Pueblo, con una variante muy importante, que supone la evolución en cuanto a la independencia que debe existir entre entidades controlante y controladas, ya que se pasa de un cuerpo colegiado del que formaban parte todas las Funciones del Estado, más determinados sectores de la sociedad como lo era el Tribunal de Garantías Constitucionales, a la figura unipersonal, y con autonomía respecto del resto de Funciones del Estado, que es finalmente como se institucionaliza la figura del Defensor del Pueblo.

### **1.1. Origen constitucional de la Defensoría del Pueblo**

En la Codificación a la Constitución en 1996 se introdujo por primera vez en el Ecuador, la figura del Defensor del Pueblo. Así, el texto constitucional contenido en el artículo 29, decía lo siguiente:

**Art. 29.-** Habrá un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover o patrocinar los recursos de Habeas Corpus y de Amparo de las personas que lo requieran, defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; y, ejercer las demás funciones que le asigne la Ley. Gozará de autonomía política, económica, administrativa y de inmunidad en los mismos términos que los legisladores del Congreso Nacional.

El Defensor del Pueblo será elegido por el Congreso Nacional en pleno, con el voto de las dos terceras partes, por lo menos, de sus miembros. Para desempeñar este cargo se precisa reunir los mismos requisitos que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.<sup>65</sup>

De esta forma, se creó con rango constitucional la denominación de Defensor del Pueblo, sin embargo, al carecer de personería jurídica, tal figura no contaba con institucionalidad. De tal suerte que el Defensor del Pueblo, aunque constaba en el texto constitucional, no formaba parte del sector público, ya que el artículo 72 de la Constitución de 1996, establecía que este estaba conformado por las funciones del Estado, las entidades que integraban el régimen seccional autónomo y las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal.

Posteriormente, en la codificación constitucional de 1998, adicionalmente a las competencias de la Defensoría del Pueblo establecidas en la Constitución de 1996, agregó la de observar la calidad de los servicios públicos.

---

<sup>65</sup> Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, 18 de junio de 1996, Registro Oficial 969.

Finalmente, con la Constitución del 2008, se le concedió institucionalidad y personería jurídica, dotándole de autonomía administrativa y económica, precautelando de esta forma su independencia respecto de las funciones y demás instituciones del Estado, con jurisdicción a nivel nacional y con delegaciones en cada provincia y en el exterior, fortaleciendo así su estructura y organización, consolidando su rol de entidad de control de la actividad administrativa del Estado con un enfoque de derechos.

De los elementos mencionados, sin duda alguna la autonomía e independencia son los pilares fundamentales en los que se asienta el accionar del Defensor del Pueblo. Al respecto, y de manera análoga, el tratadista argentino Roberto Dromi, al referirse a la realidad de su país, textualmente manifiesta:

A su vez, el art. 86 constitucionaliza la institución del Defensor del Pueblo, que vigila el actuar de la Administración Pública y se ocupa de las quejas específicas del público contra injusticias, errores u omisiones administrativas.

Es un nuevo medio de control de la Administración Pública con una finalidad perfectamente determinada: la de proteger los derechos e intereses del ciudadano y de la comunidad.<sup>66</sup>

Lo manifestado por el tratadista argentino, constituye la visión con la que debe mirarse a la Defensoría del Pueblo, es decir, como una institución cuya misión fundamental es la de ejercer control, con enfoque de derechos sobre la Administración Pública, protegiendo a los ciudadanos frente a acciones u omisiones administrativas del Estado que pudieran vulnerar sus derechos. En la realidad ecuatoriana, el texto constitucional no fue lo bastante claro para posicionar a la Defensoría del Pueblo como un órgano de control directo de la actividad administrativa del Estado, precisión que a mi criterio debió constar, en virtud de la naturaleza no coercitiva que caracteriza a este tipo de instituciones.

## **1.2. Origen legal**

En enero de 1997, en el Congreso Nacional se comenzó a tramitar un proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Durante el análisis pormenorizado que realizó la Comisión al contenido íntegro de la Ley, quedó plasmado para la posteridad el espíritu que el Legislador quería impregnar en la figura del Defensor del Pueblo. El debate parlamentario se centró en los tres elementos más importantes, a saber: el primero,

---

<sup>66</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 173-4.

referente a la forma de elección del Defensor del Pueblo; el segundo, sobre quién debe designarlo; y, el tercero, referente a la carencia de fuerza coactiva para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones.

En relación con la forma de designación del Defensor del Pueblo, la escritora María Teresa Pareja Rosales de Conrad transcribió el texto del acta en donde se puede apreciar que la principal preocupación de los congresistas era justamente su independencia y autonomía. Respecto de la independencia, se discutían dos tesis contrapuestas. La primera argumentaba que el Defensor del Pueblo debía ser una persona independiente de toda filiación política o de participación en movimientos electorales. La segunda, en cambio, postulaba la posibilidad de que un militante a un partido político pudiera llegar a dicho cargo.<sup>67</sup>

En cuanto a quién debía designar al Defensor del Pueblo, también se plantearon dos alternativas. La primera sostenía que el Defensor del Pueblo debía ser elegido por el Congreso a partir de una terna enviada por el presidente de la República y la segunda proponía que fuera el propio Congreso la entidad que directamente designe esta Autoridad.

Finalmente, se acordó que fuera el Congreso quien designe al Defensor del Pueblo. En este punto, María Teresa Pareja de Conrad, analizando la posición del Diputado Raúl Baca Carbo, expresó lo siguiente:

Dado el rol que está llamado a desempeñar el Defensor del Pueblo, de cuidar al ciudadano de lo que pueden ser equivocaciones o abusos por parte de la Administración Pública o por parte de la Función Judicial”, se pregunta “cómo es posible que quien va a ser vigilado y controlado, determine quién debe ser el contralor de sus acciones, cualquiera que esta sea, o la Función Ejecutiva o la Función Judicial”. Sin embargo, aunque sin señalarlo directamente, se muestra en favor también de otra alternativa propuesta en los anteproyectos, al sugerir que “ojalá en el tiempo, y no hemos podido encontrar mecanismos adecuados, sea la propia ciudadanía la que nombre al Defensor del Pueblo.<sup>68</sup>

En la misma línea, Carlos R. Constela, en su calidad de presidente del Instituto Latinoamericano del *ombudsman*-Defensor del Pueblo, nos dice que es impensable un Defensor del Pueblo nombrado por el poder ejecutivo, cuando es justamente a ese poder en especial al que debe controlar. Asimismo, manifiesta que el Defensor del Pueblo es un funcionario no gubernamental, lo que afianza su independencia del área controlada y que

---

<sup>67</sup> Pareja Rosales de Conrad, *El defensor del pueblo*, 223.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 219.

su designación debe provenir de la función legislativa. Además, indica que se debe dotar de un marco regulatorio claro y de un tiempo definido de permanencia en el cargo.<sup>69</sup>

El tercer elemento se refiere a la naturaleza de la Defensoría del Pueblo, carente de poder coercitivo, por lo que es importante remitirnos al acta de constitución misma de esta figura para entender cómo visualizó el legislador al *ombudsman*. Al respecto, María Teresa Pareja recoge y hace un análisis de lo manifestado en el segundo debate por el Diputado José Cordero Acosta, en los siguientes términos:

El perfil del Defensor del Pueblo, no le atribuye poder sancionador, porque desnaturaliza su figura de Procurador de los Derechos Humanos. Él tiene un poder ilimitado de defensa, un poder ilimitado para activar todos los mecanismos que concede el derecho en tutela de las violaciones de los derechos humanos; puede incoar causas, proponer recursos, proponer sanciones, realizar, hasta la saciedad, la tutela y la defensa de los derechos humanos. Pero no puede invadir las potestades de la administración de justicia, y en todas aquellas áreas en donde se da un poder sancionador, como el que tiene la administración de justicia, o como la que tienen ciertos funcionarios de mayor jerarquía [...].<sup>70</sup>

Es así como, desde su origen constitucional, la figura del Defensor del Pueblo en Ecuador estuvo concebida con facultades y atribuciones amplísimas, sin embargo, dada su naturaleza de protector de derechos humanos, no se le dotó de facultad coercitiva. A mi criterio, esta visión es acertada, ya que la naturaleza de las instituciones nacionales de derechos humanos es resolver todas las quejas, denuncias y solicitudes a través del ejercicio de la magistratura moral de la persuasión, de la mediación, de la razonabilidad y la sabiduría de sus decisiones.

Luego, el 20 de febrero de 1997, siendo Fabián Alarcón presidente interino de la República, se publica la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo con 28 artículos. Este instrumento crea la institucionalidad de la Defensoría como un organismo público, con autonomía funcional, económica y administrativa y con jurisdicción nacional, dotándole de una estructura administrativa y asignándole las competencias establecidas constitucionalmente.<sup>71</sup>

Lamentablemente, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de 1997 no contó con un reglamento de aplicación, por lo que la institución debió regular su accionar en base a manuales, directrices y guías, lo que provocó una dispersión normativa que ocasionó más de un problema a la hora de ejercer las competencias.

---

<sup>69</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*.

<sup>70</sup> Pareja Rosales de Conrad, *El defensor del pueblo*, 223.

<sup>71</sup> Ecuador, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, 20 de febrero de 1997.

Recién en el año 2019, la Asamblea Nacional promulgó la nueva Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, mediante Registro Oficial Suplemento 481 del 6 de mayo de 2019, en la que se introduce la denominación de Institución Nacional de Protección y Promoción de los Derechos Humanos y la Naturaleza, manteniéndose con pocas variantes los principios y competencias establecidos en la Constitución y la Ley derogada.

## **2. El rol de la Defensoría del Pueblo en la Administración Pública**

Al ser la Defensoría del Pueblo parte integrante de la Función de Transparencia y Control Social, integra la Administración Pública, en función del numeral 1 del artículo 225 de la Constitución de la República, que indica que el sector público está integrado por los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

En este sentido y con la finalidad de ir delimitando el accionar de la Defensoría del Pueblo es necesario identificar el tipo de actuación administrativa que desarrolla para el cumplimiento de su misión y como interactúa con el resto de la Administración Pública, tomando en consideración que su accionar misional se sostiene en la denominada magistratura de la persuasión, pues por su naturaleza carece de potestad coercitiva.

### **2.1. Concepto de Administración Pública**

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, etimológicamente administrar proviene del vocablo latino *administrare*, compuesto por *ad*, que significa a y *ministrare*, que significa servir, de modo que, etimológicamente, su significado es el de ‘servir a’.

En particular, la Administración Pública, en palabras del Profesor Jorge Zavala Egas se define como el conjunto de sujetos (personas jurídicas y órganos integrantes del sector público) a quienes vía constitución o la ley se les ha atribuido facultades y potestades públicas a fin de que ejerzan una función administrativa, a través de la emisión de actos, hechos y contratos administrativos, para la prestación de servicios públicos que tengan como objetivo la realización de un fin público.<sup>72</sup> El tratadista Allan R. Brewer-Carías, identifica a la Administración Pública, como:

---

<sup>72</sup> Jorge E. Zavala Egas, *Lecciones de derecho administrativo* (Guayaquil: EDILEX S.A. Editores, 2011), 167.

un conjunto de órganos del Estado, o más propiamente de las personas jurídicas estatales que como sujetos de derecho actúan en el mundo de las relaciones jurídicas; y por la otra, con dicha noción se identifica también a un conjunto de actividades que resultan de la gestión del interés general (actividad administrativa) realizada generalmente por esos mismos órganos. Hay, por tanto, al menos un concepto orgánico y un concepto material de la Administración Pública; y ambos interesan al derecho administrativo.<sup>73</sup>

El autor Martín Tirado, al conceptualizar a la Administración Pública, manifiesta que:

La misma puede entenderse desde dos sentidos, uno objetivo, entendiendo a la Administración Pública como el conjunto de entidades y órganos que ejercen la función administrativa, esto es aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), pero también de dictar disposiciones (función de reglamentación) y de resolver reclamaciones (función de solución de controversias). Por otro lado, existe un concepto subjetivo de Administración Pública, que la identifica como aquél sujeto encargado de ejercer la función administrativa.<sup>74</sup>

Para el autor ecuatoriano Holguer Lucero, la Administración Pública se define como:

La actividad del gobierno, del poder ejecutivo encaminada al cumplimiento de las leyes a la realización y satisfacción de los intereses y reclamos colectivos con sus diversos aspectos como los servicios públicos, la seguridad, vialidad, educación, salud, etc, para lo cual dispone de órganos centrales, descentralizados, autónomos, provinciales y locales, de ahí este tipo de administración puede ser nacional, provincial municipal, local. Se trata de la actividad funcional de ciertos órganos del Estado que se encuentran en relación con el poder administrador, no es una ejecución automática de una norma sino la realización material, oportuna, eficaz y efectiva a través de potestades reglamentarias o discrecionales o imperativas.<sup>75</sup>

El tratadista argentino Miguel Marienhoff, desde la visión objetiva o material define a la Administración Pública como:

La doctrina predominante con todo acierto, al referirse a la Administración Pública no considera a está en el sentido orgánico subjetivo, sino desde el punto de vista material, sustancial u objetivo, vale decir que la administración resulta caracterizada en base a la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto, se prescinde pues del autor del acto, sólo se tiene en cuenta el acto en sí mismo.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Allan-Randolph Brewer Carías, *El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos: Principios del procedimiento administrativo* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2008), 56.

<sup>74</sup> Richard Tirado Martín, "El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en el régimen de organización de la Administración Pública", *Derecho y Sociedad*, 2011, 104-5, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13218>.

<sup>75</sup> Holguer Lucero, *Doctrina y práctica de la jurisdicción contencioso administrativa* (Ambato: PIO XII, s. f.), 8,9,10.

<sup>76</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 85.

De las citas anteriores, se desprende como elemento común atribuible a la Administración Pública, la capacidad de ejercer actividad administrativa, entendida como la posibilidad de emitir actos administrativos, hechos administrativos y contratos administrativos.

Toda institución pública realiza actividad administrativa. Por una parte, está aquella concerniente a su organización y funcionamiento interno, y por otro, está la actividad administrativa enmarcada en el cumplimiento de las competencias y atribuciones que constituyen su relación con los administrados.

De suyo, la Defensoría del Pueblo, aunque realiza actividad administrativa para su gestión interna al igual que el resto de la Administración Pública, al carecer de potestad coercitiva, presenta el reto de determinar si su actividad misional constituye actividad administrativa.

## **2.2. Relación jurídica de la Defensoría del Pueblo con la Administración Pública**

Es importante realizar el análisis del rol que desempeña la Defensoría del Pueblo como una Institución que integra el sector público, específicamente forma parte de la Función de Transparencia y Control Social y en tal virtud, desde la visión objetiva, ejerce actividad administrativa, a fin de regular su organización o funcionamiento interno.

Sin embargo, el análisis se centra en la actividad propia o misional a través de la que ejerce sus atribuciones y competencias asignadas constitucional y legalmente, a fin de determinar si esta constituye o no actividad administrativa y si dicha actividad está regulada por el Derecho Administrativo o no.

### **2.2.1 Rol de la Defensoría del Pueblo desde la visión subjetiva**

Desde la visión subjetiva de la Administración Pública, la Constitución ha ubicado a la Defensoría del Pueblo dentro de la Función de Transparencia y Control Social, la que está conformada, además, por la Contraloría General del Estado, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y las distintas Superintendencias.

Desde esta visión, se torna relativamente fácil determinar el campo de acción de cada una de las entidades que conforman la Función de Transparencia y Control Social.

Por ejemplo, la Contraloría General del Estado, de conformidad con el Art. 211 de la Constitución, ejerce control respecto de la utilización de los recursos públicos; las distintas Superintendencias, de conformidad con el Art. 213 *ibídem*, son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

Resulta un poco más complejo identificar la actividad de control que realiza la Defensoría del Pueblo, pues está dirigida a proteger y tutelar los derechos humanos de los ecuatorianos en el país y en el exterior,<sup>77</sup> en tanto esta tutela es deber primordial del Estado.

El autor Francisco Javier Acuña, en la obra *El ombudsman contemporáneo entre la fidelidad al origen y el experimentalismo institucional*,<sup>78</sup> manifiesta respecto del control que realiza la Defensoría del Pueblo, lo siguiente: “es a la actividad arbitraria del Estado, para desterrar o al menos combatir-disminuir el (injusto administrativo) y en paralelo conseguir la compleja ecuación que significa el equilibrio de la gestión que intenta su modernización y eficacia y la defensa y protección de los derechos humanos [...]”

El tratadista Roberto Dromi, al referirse al tipo de control que ejerce la Defensoría del Pueblo, manifiesta lo siguiente:

A su vez el art. 86 constitucionaliza la institución de la Defensoría del Pueblo, que vigila el actuar de la Administración Pública y se ocupa de las quejas específicas del público contra injusticias, errores u omisiones administrativas. Es un nuevo medio de control de la Administración Pública, con una finalidad perfectamente determinada, la de proteger los derechos e intereses del ciudadano y de la comunidad.<sup>79</sup>

De lo manifestado por Dromi, podemos colegir que el control que realiza la Defensoría del Pueblo está dirigida especialmente a la Administración Pública y que no se trata de un control judicial, sino, más bien de carácter residual, es decir que, la Defensoría del Pueblo, conoce de todas aquellas situaciones de conflicto entre el ciudadano y la Administración, que no se pueden judicializar, tales como, injusticias,

---

<sup>77</sup> Ecuador, *Constitución 2008*.

<sup>78</sup> Francisco Javier Acuña Llamas, *El ombudsman contemporáneo: entre la fidelidad al origen y el experimentalismo institucional*, Conocer para decidir (México, D.F: Fundación Konrad Adenauer, 2005), 20.

<sup>79</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 173-4.

errores, demoras, discriminación, etc, con el objeto de que el Estado respete y proteja los derechos y garantías de los ciudadanos.

Recapitulando desde el punto de vista subjetivo, se puede decir que la Defensoría del Pueblo ejerce control preventivo de los errores, abusos, actuaciones arbitrarias del Estado, que dicho control no es judicial, y que tiene por objeto procurar el correcto y oportuno funcionamiento de la Administración Pública, en tanto garantiza el respeto y tutela de los derechos de los ciudadanos.

### **2.2.2 Mecanismos para el ejercicio de la actividad propia o misional de la Defensoría del Pueblo**

Desde la visión objetiva, corresponde identificar si la actividad que desarrolla la Defensoría del Pueblo en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, es actividad administrativa o no. En este sentido, existen dos posturas doctrinarias al respecto, la primera que sostiene que la actividad misional o fundamental de entidades que generan o garantizan derechos, no ejercen actividad administrativa como tal y únicamente lo hacen cuando desarrollan actividad meramente administrativa, es decir, la relacionada a su organización y funcionamiento.

En esta línea doctrinaria, se encuentra el tratadista Ramón Parada, en su obra *El Derecho Administrativo*. Al referirse a la actividad propia de ciertas instituciones que conforman la Administración Pública, dice:

Mayores dificultades se han producido para configurar como Administración Pública a las organizaciones burocráticas que sirven de soporte a los poderes públicos distintos de las administraciones territoriales, como las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado), los Parlamentos autonómicos, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, la Corona, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas. Evidentemente, la función específica que constituye la razón de ser de esos poderes públicos no se rige por el Derecho administrativo, sino por reglas del Derecho constitucional o parlamentario, o por las normas orgánicas propias de cada uno de dichos poderes, pues en ellos, el Estado no actúa normalmente como Administración Pública — esto es, como sujeto de Derecho—, sino como creador de Derecho o garante del mismo.<sup>80</sup>

La otra corriente sostiene que constituye actividad administrativa, toda aquella que realizan las instituciones del Estado, independientemente de las actividades, servicios, competencias o atribuciones que tiene cada institución. Uno de los defensores

---

<sup>80</sup> José Ramón Parada Vázquez, *Derecho administrativo* (Madrid: M. Pons, 2007), 30.

de esta postura es Ernesto Jinesta Lobo, quien en su obra *Tratado de Derecho Administrativo*, al respecto manifiesta que:

La función administrativa es siempre la misma, no varía, no existen criterios definitivos o absolutos para separar la Administración activa de la consultiva o de la de control de la jurisdiccional. No debe perderse de perspectiva, que los órganos de la Administración activa, además de decidir, también, controlan y los órganos de control, también, deciden, esto es, no encontraremos en la realidad órganos químicamente puros que realicen una única y exclusiva función.<sup>81</sup>

Para efectos de la realidad ecuatoriana, y respecto de la actividad de la Defensoría del Pueblo, me adhiero a la postura sostenida por Ernesto Jinesta, en el sentido de que la Defensoría del Pueblo, para cumplir con su cometido y competencias, realiza actividad administrativa activa, consultiva y de control.

A la actividad de mando o activa, Roberto Dromi la define a como aquella actividad decisoria, resolutoria, ejecutiva, directiva u operativa de la Administración, también llamada función administrativa propiamente dicha y cita como ejemplos de esta actividad, el dictar un reglamento, el nombramiento de un agente público, el barrido de una calle. Esta actividad es continua y permanente, pues debe ser ejercida por parte de la Administración Pública en todo momento.

A la actividad consultiva Dromi la describe como: “La actividad administrativa desplegada por órganos competentes que, por medio de dictámenes, informes, opiniones y pareceres técnico-jurídicos, asesoran a los órganos que ejercen la función administrativa activa, facilitándoles elementos de juicio para la preparación y formación de la voluntad administrativa”.

Por último, está la actividad de control, actividad que es plenamente jurídica, la misma que tiene que desarrollarse a través de entidades legalmente facultadas y de conformidad con el principio de legalidad y observando las reglas del debido proceso.<sup>82</sup>

Es importante identificar y delimitar los momentos y circunstancias en que la Defensoría del Pueblo realiza cada uno de estos tres tipos de actividad administrativa.

La actividad de control, desde una perspectiva de derechos, es sin duda la más importante que realiza la Defensoría del Pueblo, pues la ejerce respecto de las acciones u omisiones de la Administración Pública que pudieran generar vulneraciones de derechos, deficiencias o falta de prestación de los servicios públicos, y tiene como competencias

---

<sup>81</sup> Ernesto Jinesta Lobo, *Tratado de derecho administrativo* (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2002), 235-6.

<sup>82</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 172.

vinculadas a esta actividad entre otras, el patrocinio ya sea de oficio o a petición de parte de las garantías jurisdiccionales; emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos; iniciar investigaciones defensoriales, así como, la vigilancia del debido proceso.<sup>83</sup>

La actividad de mando o activa de la Defensoría del Pueblo, en cambio, se evidencia en el desarrollo de todas las acciones administrativas propias de su organización, funcionamiento y estructura. Tenemos aquí a la Defensoría emitiendo actos administrativos, derivados de la operación propia de la institución, como, por ejemplo, emisión de nombramientos, designaciones, creación y supresión de unidades; emisión de resoluciones aprobando presupuesto, plan operativo anual, etc; o, suscribiendo contratos administrativos, para la adquisición de bienes, ejecución de obra o prestación de servicios.

### **3. Naturaleza jurídica de la actividad consultiva de la Defensoría del Pueblo**

La actividad consultiva, pese a la importancia que tiene en el ejercicio mismo de las competencias de la Defensoría del Pueblo, es la más compleja y la que más conflictos ha generado, tanto en su contenido como en su alcance. Esta nace de la característica innata de la institución, esto es, la ausencia de fuerza coercitiva en su actividad misional y, por ende, se ubica dentro de los denominados actos de simple administración. En esta línea, Roberto Dromi entiende a los actos de simple administración como “la declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta [...]”,<sup>84</sup> Roberto Dromi clasifica a los actos simples de la administración en propuestas y dictámenes.

Ahora bien, de conformidad con el literal g) del artículo 6 de su Ley Orgánica, la Defensoría del Pueblo está facultada para “emitir alertas, dictámenes, pronunciamientos, recomendaciones, informes, exhortos, propuestas o informes sobre acciones u omisiones de todas las instituciones del Estado en cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos y la naturaleza”.

A mi criterio, existe una confusión respecto de los términos adoptados por el Legislador en la disposición legal antes mencionada, al considerar indiscriminadamente como sinónimos a los dictámenes, pronunciamientos, informes y propuestas, lo cual

---

<sup>83</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, 6 de mayo de 2019, Registro Oficial Suplemento 481.

<sup>84</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 457.

considero que es un equívoco y, por tanto, es necesario realizar un análisis respecto de la naturaleza jurídica tanto del dictamen, como del informe y de los mecanismos a través de los cuales desarrolla la actividad misional la Defensoría del Pueblo.

En un estudio realizado por Douglas Torres y Bélgica Nájera, quienes analizan los conceptos de dictámenes e informes, en el planteamiento central del objeto del estudio, establecen “que todo dictamen es un informe, pero no todo informe es un dictamen”.<sup>85</sup> Aquí cabe resaltar que es fundamental establecer las diferencias entre estos conceptos, porque son el pilar en que se sustenta la actividad consultiva misional de la Defensoría del Pueblo.

Respecto del dictamen, Fernando Garrido Falla, en la obra *Tratado de Derecho Administrativo*, sostiene:

Los dictámenes o consultas: Son declaraciones de juicio que emiten determinados organismos técnicamente cualificados de la Administración Pública, a los efectos de ilustrar la voluntad del órgano de decisión. Desde el punto de vista del procedimiento administrativo, la intervención de estos órganos de consulta puede ser facultativa u obligatoria, de donde la distinción de los dictámenes en facultativos u obligatorios. A su vez los obligatorios pueden tener el valor de vinculante o no vinculante, según la obligación que pese sobre el órgano decisor.<sup>86</sup>

Además, para Roberto Dromi, los dictámenes son “actos jurídicos de la Administración emitidos por órganos competentes que contienen opiniones, e informes técnico-jurídicos, preparativos de la voluntad administrativa [...]”.<sup>87</sup>

De las definiciones antes mencionadas, podemos concluir que los dictámenes son declaraciones de juicio que realiza un órgano facultado para ello, con la finalidad de facilitar a otro órgano la toma de decisión acerca de un procedimiento administrativo en trámite. En este sentido, el tratadista Fernando Garrido Falla señala como requisito para considerar un dictamen, el que exista un órgano consultor y otro que realice la consulta, en los siguientes términos:

la categoría del órgano consultor se corresponde rigurosamente con la del órgano que solicita la consulta. No debe de olvidarse, en efecto, que los órganos, formalmente constituidos para emitir consultas (es decir, aquellos para los que es ésta su función primordial) actúan siempre a requerimiento de un determinado órgano de la Administración' activa. Normalmente, este órgano suele ser el que tiene el poder de decisión, o sea, la facultad de resolver el expediente administrativo a que la consulta se

---

<sup>85</sup> Douglas Torres y Bélgica Nájera, “Valoración de informes de auditoría y dictámenes periciales en la etapa procesal penal ecuatoriana”, mayo de 2017.

<sup>86</sup> Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo* (Madrid: Tecnos, 1992), 585.

<sup>87</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 460.

refiere [...].<sup>88</sup>

En otras palabras, el dictamen constituye aquella actividad jurídica que contiene una valoración axiológica y de juicio de Órganos de la Administración facultados para ello, quienes, a solicitud de otros que, en función de su actividad activa o de mando, requieren de pronunciamientos para facilitar sus resoluciones.

Particularmente, podemos decir que los exhortos, recomendaciones, pronunciamientos, entre otros, descritos en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo constituyen dictámenes, por cuanto son emitidos con la finalidad de expresar el sentir y parecer de la Defensoría del Pueblo, y contienen una valoración axiológica y de juicio, de actos o hechos de la Administración en un tema en particular, que afecte o pudiera afectar a los derechos de las personas; con el objetivo de que ese sentir, sea tomado en cuenta y acatado por las instituciones del sector público a las que van dirigidas, sin que su contenido sea vinculante. No obstante, a diferencia de las demás instituciones públicas, la Defensoría del Pueblo no requiere que exista solicitud por parte de otra, sino que está facultada para emitirlos de oficio.

Otro ejemplo de dictamen es aquel que por mandato del artículo 81 de la Ley de Defensa del Consumidor, tiene que emitir el Defensor del Pueblo, dentro de los procedimientos por vulneraciones a los derechos de usuarios y consumidores:

Art. 81.- Facultad de la Defensoría del Pueblo.- Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente ley, así como las demás leyes conexas.<sup>89</sup>

De lo anterior se deduce que la intervención del Defensor del Pueblo respecto de los reclamos de los consumidores sirve de base para que, de ser necesario, un Juez inicie sobre la base del dictamen defensorial el juzgamiento correspondiente.

En contraste con los dictámenes, los informes, aunque también constituyen declaraciones de juicio, no contienen una valoración axiológica y jurídica respecto de un tema determinado. Según la definición de López Nieto y Mallo, el informe es “el parecer

---

<sup>88</sup> Fernando Garrido Falla, “Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo”, *Documentación Administrativa*, 1971, 21, <https://doi.org/10.24965/da.vi140.3424>.

<sup>89</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, 10 de julio de 2000, Registro Oficial Suplemento 116.

que emiten los funcionarios, autoridades u organismos distintos de aquellos a quienes corresponde dictar resolución o propuesta de resolución [...]”.<sup>90</sup>

De hecho, existen varias clasificaciones en cuanto a los informes. La que más encaja en la realidad de la Defensoría del Pueblo, es la sugerida por Fernando Garrido Falla, quien sostiene que los informes se dividen en 1) integrativos, 2) técnicos contradictorios y 3) de garantía formal,<sup>91</sup> de los cuales, los integrativos son los que forman parte de la actividad defensorial.

Garrido Falla sostiene que los informes integrativos son los que se dictan, bien porque los impone una disposición legal o porque se consideren indispensables para resolver el expediente. En la actividad de la Defensoría del Pueblo, un ejemplo de estos es el informe de fondo que se dicta dentro de un proceso de investigación defensorial que cierra la fase de investigativa, cuyo objeto es dotar de todos los elementos necesarios a fin de que el Defensor pueda adoptar la mejor estrategia o acciones a tomarse respecto del caso.

Otro ejemplo de informe es el generado por mandato de disposiciones legales expresas, como la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), que en el literal e) de su artículo 11, determina que es atribución de la Defensoría del Pueblo:

- e) Elaborar anualmente el informe consolidado nacional de evaluación, sobre la base de la información publicada en los portales o páginas web, así como todos los medios idóneos que mantienen todas las instituciones y personas jurídicas de derecho público, o privado, sujetas a esta Ley.<sup>92</sup>

Tabla 2

**Actividad misional de la Defensoría del Pueblo a través de informes y dictámenes**

<b>Parámetro</b>	<b>Informe</b>	<b>Dictamen</b>
<b>Definición</b>	Contienen un mero relato y exposición de hechos, sin contener elementos de juicio o un parecer concreto	Importan una apreciación axiológica, valorativa, contiene elementos de juicio o un parecer concreto
<b>Objetivo</b>	Contribuir para la exteriorización y emisión de dictámenes de la DPE o por requerimiento legal	Exteriorizar el parecer y posición de la DPE, respecto de la existencia de vulneraciones de derechos que puedan afectar a los ciudadanos por parte de la Administración Pública
<b>Normativa</b>	Art. 11 e) LOTAIP Art. 21 LOGJYCC	Art. 6 Ley Orgánica de la DPE Art. 81 Ley de Defensa del Consumidor

<sup>90</sup> Francisco López-Nieto y Mallo, *Manual de procedimiento administrativo* (Barcelona: Bayer Hnos, 1978), 196.

<sup>91</sup> Garrido Falla, “Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo”.

<sup>92</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública*, 18 de mayo de 2004, Registro Oficial 337.

	Art. 23 R A C C D P E	
<b>resultado</b>	Informes	Pronunciamientos Recomendaciones Informe Anual a la Asamblea Exhortos

Fuente Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, Reglamento de Admisibilidad de Casos de Control de la Defensoría del Pueblo.

Para sintetizar, en la Tabla 2 “Actividad misional de la Defensoría del Pueblo a través de informes y dictámenes”, siendo los primeros meros instrumentos en la formación de la exteriorización de la postura institucional, mientras que los dictámenes constituyen el parecer concreto, de la Institución, respecto de vulneraciones a derechos que pudieren afectar a los ciudadanos por parte de la Administración Pública.

#### 4. El Patrocinio de garantías jurisdiccionales

El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), al referirse a la protección judicial de las personas, establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.<sup>93</sup>

El numeral 1 del artículo 215 de la Constitución establece que le corresponde a la Defensoría del Pueblo “El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados”.<sup>94</sup>

Por su parte, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina la finalidad de las garantías jurisdiccionales:

Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su

<sup>93</sup> Organización de Estados Americanos, “Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)”, 22 de noviembre de 1969.

<sup>94</sup> Ecuador, *Constitución 2008*.

violación.<sup>95</sup>

En otras palabras, las garantías jurisdiccionales se convierten en la respuesta judicial a una vulneración o violación de derechos constitucionales por parte del Estado, en contra de una persona o grupo de personas.

Más adelante, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, al referirse a las acciones para hacer efectivas estas garantías, en el artículo 9, utiliza la expresión “legitimación activa”:

Art. 9.-Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas: a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, [...] c) Por el Defensor del Pueblo.<sup>96</sup>

Es decir, el Defensor del Pueblo, está facultado por la Constitución para el patrocinio de las garantías jurisdiccionales, y por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, para actuar como legitimado activo. Estas atribuciones, pese a tener la misma finalidad, no son iguales, por tanto, se justifica su análisis.

Para, Carlos J. Colombo la legitimación es “la cualidad emanada de la ley que faculta requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso y que en la mayoría de los casos coincide con la titularidad de la relación jurídica sustancial [...]”.<sup>97</sup>

En la misma línea, el profesor Carlos R. Constenla, citando a Hugo Alsina, nos habla de la *legitimatío ad causam* como la relación directa e indisoluble entre el titular del derecho y la persona obligada a prestarlo. Esta relación es activa cuando se refiere al autor y pasiva cuando se refiere al demandado. El mismo autor se refiere también a la *legitimatío ad processum*, que es la capacidad para actuar en juicio y que debe provenir de la Ley.<sup>98</sup>

Sin embargo, la doctrina prevé esta capacidad de intervención procesal para aquellos casos en los que exista una vulneración de derechos de incidencia colectiva. Sobre este tema, cito a Carlos R. Constenla:

---

<sup>95</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 22 de octubre de 2009, Registro Oficial Suplemento 52.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Carlos Colombo, *Código procesal civil y comercial de la nación: anotado, concordado, comentado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982), 237.

<sup>98</sup> Constenla, *Teoría y práctica del defensor del pueblo*, 336.

Los Derechos de incidencia colectiva son Aquellos que, subjetivamente, no pertenecen a una persona en particular, ni a un grupo nítidamente determinado, sino a un grupo indeterminado o de difícil o imposible determinación, cuyos representantes tampoco se hallan vinculados por una concreta relación jurídica.<sup>99</sup>

Se concluye que, la legitimación activa *ad procesum*, conferida a la Defensoría del Pueblo, es aplicable en la tutela de aquellos derechos llamados de incidencia colectiva, en donde su titularidad no le corresponde a una persona o grupo de personas determinado o determinable y en los que la institución está obligada a su tutela.

Por otra parte, la facultad de patrocinio de garantías jurisdiccionales a petición de parte tiene fundamento legal en el Art. 8, numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

No se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para proponer la acción ni para apelar. De ser necesario o cuando la persona lo solicite, la jueza o juez deberá asignar al accionante o persona afectada un defensor público, un abogado de la Defensoría del Pueblo o un asistente legal comunitario según lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial.<sup>100</sup>

Se entiende, pues, que los ciudadanos pueden presentar garantías jurisdiccionales sin el patrocinio jurídico de un abogado; sin embargo, ante la solicitud del accionante de la garantía, solamente el juez podrá disponer que dicha causa sea patrocinada por un abogado de la Defensoría del Pueblo. Es necesario aclarar que el Defensor del Pueblo puede actuar como legitimado activo o patrocinar únicamente en garantías jurisdiccionales, pues su control o supervisión es exclusivamente de derechos.

Otro caso de patrocinio a petición de parte lo observamos en los casos en que una investigación defensorial arroje indicios claros de vulneración de un derecho y dicho patrocinio fuere solicitado por el quejoso. La Defensoría del Pueblo podrá entonces interponer una garantía jurisdiccional con la finalidad de cesar o impedir la vulneración del derecho, así lo contempla el Art. 34 del Reglamento de Admisibilidad y Trámite de Competencias de la Defensoría Del Pueblo, que en su parte pertinente manifiesta:

En cualquier momento de la sustanciación de la investigación defensorial, en el que se llegare a determinar, de manera objetiva, una clara vulneración de alguno de los derechos humanos o de la naturaleza; la investigación defensorial podrá ser suspendida, y se procederá con otros trámites defensoriales que sean pertinentes, o con la interposición de garantías jurisdiccionales.

---

<sup>99</sup> Ibid., 342-3.

<sup>100</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

Resulta interesante el análisis de los datos provistos por la propia Defensoría del Pueblo, en los que se evidencia un problema mayor con el ejercicio de esta competencia, lo cual se deduce de la desproporción entre las investigaciones defensoriales abiertas por quejas interpuestas por los ciudadanos y el número de garantías jurisdiccionales que presenta la institución, tal como se describe en la Figura 1:

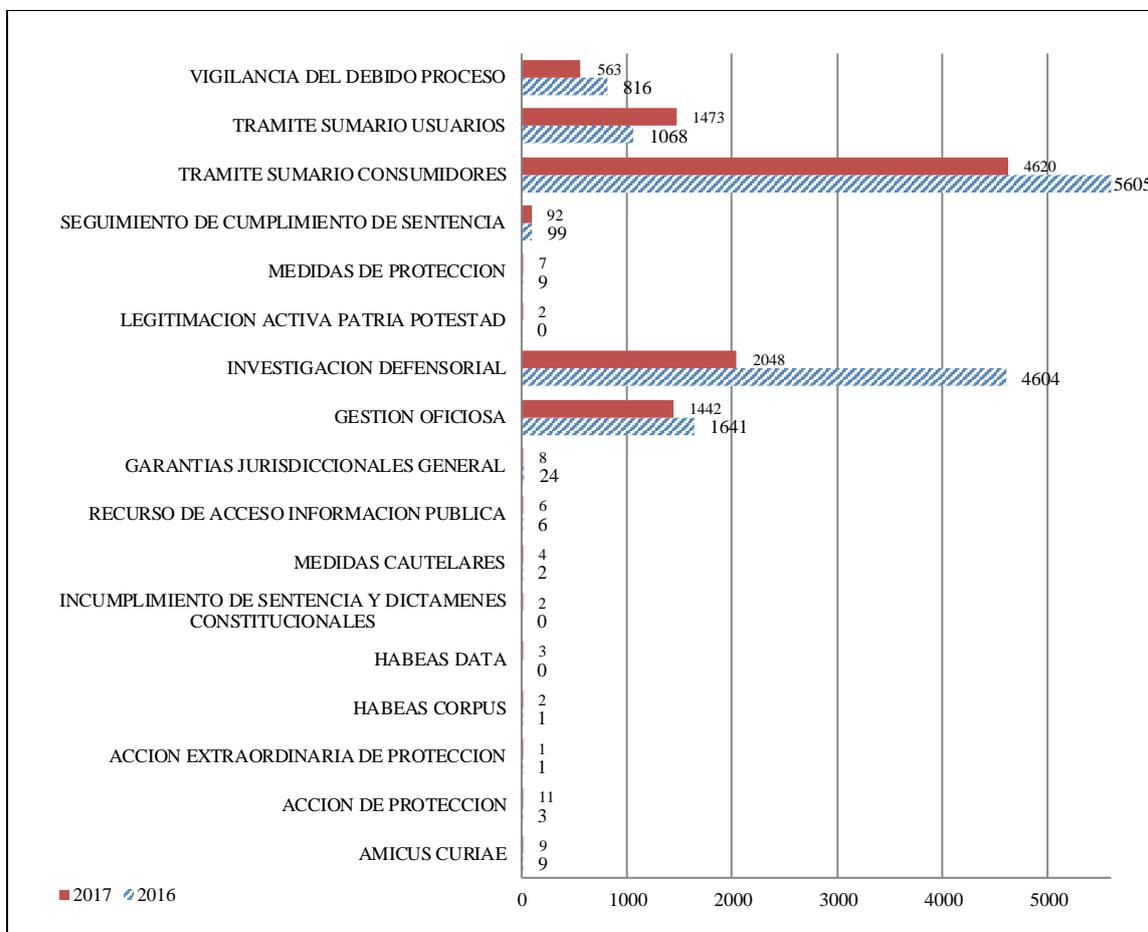


Figura 1. Casos resueltos por estrategia Defensoría del Pueblo Ecuador 2016 y 2017  
Fuente y elaboración: Defensoría del Pueblo del Ecuador

En la Figura 1 se observa que, en el año 2016, se abrieron 4.604 investigaciones defensoriales, de las cuales apenas tres terminaron en acción de protección, una en hábeas corpus, una en hábeas data y seis terminaron en acciones de acceso a la información pública.

En el año 2017 la misma tendencia se mantiene, pues de 2.048 investigaciones defensoriales abiertas, apenas 11 terminaron en acción de protección, dos en hábeas corpus, tres en hábeas data, una en acción extraordinaria de protección y seis terminaron en acciones de acceso a la información pública.

Esta desproporción tiene como explicación el procedimiento establecido por la Defensoría del Pueblo, en el que se determina, que una investigación defensorial termina con una recomendación, exhorto o sugerencia, dirigida a una entidad del Estado, a fin de que modifique su actuación e impedir o cesar con ello una vulneración a los derechos de las personas, lo que torna poco eficaz a la actuación de la Defensoría del Pueblo, en virtud de que tales actuaciones carecen de fuerza coercitiva y no son vinculantes, por lo que en muchas ocasiones, no pasan de ser meros enunciados, provocando pérdida de tiempo y recursos a la persona que acudió a la institución.

Es importante mencionar que la Constitución de la República ha previsto que las garantías jurisdiccionales, son las herramientas más importante frente a la vulneración de un derecho, pues sin estas garantías, los derechos se constituirían en letra muerta y carentes de eficacia jurídica, siendo esa la razón por la que el Legislador ha dispuesto que la Defensoría del Pueblo, como entidad encargada de la tutela de los derechos de las personas, tenga legitimación activa para interponer judicialmente dichas garantías y cerrar así el círculo de tutela de los derechos.

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

El artículo 314 de la Carta Magna, respecto de los servicios públicos, establece lo siguiente:

“Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.

De la disposición constitucional transcrita, se determina que le corresponde al Estado, a través de sus distintos niveles de gobierno, la responsabilidad de la prestación de los servicios públicos, por lo que, la Defensoría del Pueblo del Ecuador, como órgano de control de la actividad administrativa del Estado, tiene la competencia de investigar, quejas o denuncias presentadas por los usuarios de servicios públicos, con la finalidad de

tutelar los derechos de los ciudadanos, ante la falta o deficiente prestación de los mismos por parte del Estado.

Respecto de los servicios públicos, la Constitución de la República en su artículo 213, establece las superintendencias como órganos regulatorios, de vigilancia y control entre otras actividades de la prestación de servicios públicos por parte del Estado, sin embargo, estas instituciones, cuentan a su vez con marcos legales específicos, que muchas veces resultan insuficientes para abarcar todas las controversias que se suscitan entre administrados y el Estado en todas sus formas de gobierno como prestador de servicios públicos, es ahí precisamente donde interviene la Defensoría del Pueblo, pues es derecho tutelable de las personas, el acceder a bienes y servicios de calidad y a elegirlos libremente.

### **5.1. Objeto y alcance de la competencia**

La competencia de la Defensoría del Pueblo contenida en el numeral tercero del artículo 215 de la Constitución, circunscribe su atribución de control a las personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos. Es importante delimitar dicha competencia, estableciendo el objeto, alcance y la forma en que la Defensoría del Pueblo, interviene frente a las acciones u omisiones de las personas naturales o jurídicas prestadoras de servicios públicos.

La Constitución, en su artículo primero, define al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia<sup>101</sup> que persigue la consecución del “Buen Vivir o Sumak Kawsay”, entendiendo al Buen Vivir, como la posibilidad cierta y concreta de que todos los ciudadanos accedan a bienes y servicios públicos de calidad y a las ventajas que hoy por hoy brinda la modernidad.

Por una parte, el Ecuador, en el nuevo paradigma constitucional, es un Estado Prestador pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 277 de la Constitución de la República, es deber general del Estado, para la consecución del buen vivir, el producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos a los ciudadanos.<sup>102</sup> Es decir que, la titularidad respecto de la prestación del servicio público es del Estado y por lo tanto esta se somete al derecho administrativo.

---

<sup>101</sup> Ecuador, *Constitución 2008*.

<sup>102</sup> *Ibid.*

En contraste, en el artículo 66, numeral 25 de la Constitución, consta el derecho de los ciudadanos a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

Es decir, no basta únicamente con que el Estado preste el servicio para que cumpla su fin, sino que, además, debe hacerlo con alto desempeño, calidad, eficiencia y eficacia. Este principio, consagrado constitucionalmente, tiene por finalidad garantizar al administrado un servicio público que mejore sus condiciones de vida.

En el Ecuador existen dos formas esenciales de prestación de los servicios públicos: por el Estado o por los particulares. Esto concuerda con la clasificación de los servicios públicos en propios e impropios que realiza el artículo 34 del Código Orgánico Administrativo, siendo los primeros, aquellos cuya titularidad ha sido reservada al sector público en la Constitución o en una ley. En cambio, se consideran servicios públicos impropios aquellos cuya titularidad no ha sido reservada al sector público y en los que la Administración Pública intervendrá en su regulación, control y de modo excepcional, en su gestión.

Contextualizando lo manifestado, de acuerdo con la atribución consagrada en el citado artículo 215 de la Constitución, el alcance del control sobre la debida prestación de los servicios públicos otorgada a la Defensoría del Pueblo abarca el actuar de oficio o a petición de parte, tanto sobre prestadores públicos directos o personas naturales o jurídicas privadas, que por autorización, concesión o delegación prestan servicios públicos a los ciudadanos.

Es por ello que, la Defensoría del Pueblo, en función de la atribución de control y vigilancia de la gestión administrativa de los servicios públicos por parte del Estado o de personas privadas que gestionan dichos servicios a nombre de éste, ejerce un control que tiene como finalidad impedir abusos y arbitrariedades por parte de los prestadores de servicios públicos y este control se activa, cuando las entidades llamadas a regular y supervisar la prestación de los servicios públicos, es insuficiente. Debe aclararse que este no es un control de legalidad de la actividad administrativa puesto que esa competencia le corresponde a las propias instituciones públicas y a los jueces. Este es, en realidad, un control residual, es decir, supervisa respecto de la actividad administrativa, aquellas actuaciones donde el control de las entidades obligadas a hacerlo resulta insuficiente.

Esta cuestión la aborda Agustín Gordillo en los siguientes términos:

El problema del tiempo y el costo no es con todo el único que torna insuficiente el contralor jurisdiccional. Está también la cuestión de la limitación de la revisión judicial a los aspectos vinculados a la legitimidad del acto, lo cual hace que todos los actos administrativos que son inconvenientes, o hasta gravemente inconvenientes, quedan exceptuados de aquel control. El particular tendría así tutela contra el acto ilegal, pero no contra el acto inoportuno, contra el ejercicio deficiente o defectuoso de la función administrativa que no alcance a romper el orden jurídico.<sup>103</sup>

Entonces, la supervisión a la que la Defensoría del Pueblo está llamada a realizar sobre la actividad de la Administración Pública no es un control de legalidad, sino de orden político y de oportunidad, que permite dar solución oportuna a problemas menores, deficiencias o arbitrariedades, en cuanto a la prestación de servicios. Inclusive, le permite actuar a favor de personas que se encuentran en imposibilidad de acceder a la justicia por distintos motivos.

Complementariamente a esta función de control en la prestación de los servicios públicos, que se materializa a través de los distintos mecanismos que la Institución tiene para resolverlos, está la de incidir justamente en las políticas públicas del estado a fin de erradicar de estas las causas que puedan ocasionar vulneraciones a los derechos de las personas

Una vez identificado plenamente el ámbito y los sujetos de control por parte de la Defensoría del Pueblo en materia de servicios públicos, corresponde analizar a la investigación defensorial, como el mecanismo y la forma para ejercer la competencia establecida en el numeral 3 del artículo 215 de la Constitución.

En la Resolución número 56-DPE-CGAJ-2017, la Defensoría del Pueblo define a la investigación defensorial como: “una serie de acciones concretas y necesarias que tienen por finalidad el esclarecimiento de los hechos objeto de la petición, a efectos de tutelar y proteger uno o varios derechos fundamentales que se presumen vulnerados.”<sup>104</sup>

Dicho instrumento legal establece que la investigación defensorial procede a solicitud de parte (queja o petición); de oficio y sistemática (investigación de un sistema completo, ejemplo el sistema penitenciario), es de carácter informal, pues no se requiere que las denuncias o quejas cumplan requisito alguno, más allá de que sean razonablemente lógicas. Precisamente, citando nuevamente a Agustín Gordillo: “Dado su carácter, el *ombudsman* no necesita que las denuncias que le sean formuladas reúnan

---

<sup>103</sup> Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000), 183-4.

<sup>104</sup> Defensoría del Pueblo de Ecuador, “Reglamento de Admisibilidad y Tramite de Competencias de la Defensoría Del Pueblo” (23 de agosto 2017, s. f.).

requisitos formales de naturaleza alguna: Hasta puede y debe investigar las denuncias anónimas que le lleguen, en tanto reúnan visos mínimos de seriedad intrínseca [...]”<sup>105</sup>.

Por sus características, la investigación defensorial se establece como un mecanismo alternativo para conocer de ineficiencias de la administración pública y resolverlos de forma expedita por una vía distinta a la judicial, para lo cual a la Defensoría del Pueblo le está permitido emitir informes, cuando el trámite defensorial se circunscribe a quejas en temas de usuarios y consumidores, servicios públicos domiciliarios, así como cualquier otro que culmine con un informe motivado de carácter técnico-jurídico, en el que se deberá hacer constar, por lo menos, un diagnóstico de la situación del caso, una descripción de los resultados obtenidos producto de la investigación, una exposición de los hechos relevantes de la cuestión objeto de la queja y las recomendaciones que faciliten elementos de juicio a las autoridades administrativas o judiciales a las que vayan dirigidos.

## 5.2. Naturaleza jurídica de la actividad defensorial

Con todo lo anterior, es pertinente reflexionar sobre las diferencias que la actividad defensorial tiene con la actividad administrativa, en especial con el acto administrativo.

Para definir al acto administrativo, iniciaré por referirme a Miguel Marienhoff, para quien es “la facultad que tiene la Administración de dar órdenes y de obligar su cumplimiento. Esta facultad es la expresión más directa del principio de autoridad en el ejercicio del poder ejecutivo”.<sup>106</sup>

El tratadista Fernando Garrido Falla, en su obra *Tratado de Derecho Administrativo*, expresa que “Acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad de la Administración, que produce efectos jurídicos subjetivos”.<sup>107</sup>

Roberto Dromi, por su parte, dice que acto administrativo es “Toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa que producen efectos jurídicos individuales en forma directa.”<sup>108</sup> Nótese que esta definición mantiene los

---

<sup>105</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 185.

<sup>106</sup> Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*.

<sup>107</sup> Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, 555.

<sup>108</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 354.

elementos esenciales del concepto de Fernando Garrido Falla, añadiendo que los efectos jurídicos son directos.

Para Marco Morales, en su obra *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, el acto administrativo tiene como objeto el establecer una relación jurídica entre el Estado, que actúa como público unas veces y otra como persona jurídica, y los administrados, sean estas personas físicas o morales y, en segundo término, entre el Estado con la misma Administración.<sup>109</sup>

Cabe resaltar que nuestra legislación se adhiere a la mayoría de los conceptos de acto administrativo mencionados, es así que el Código Orgánico Administrativo, lo define como: “la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”<sup>110</sup>

Es decir que el acto administrativo se asocia directamente con el poder de mando y coercitivo de la Administración Pública, siendo esta la diferencia más importante entre el acto administrativo y la actividad defensorial, la cual carece de fuerza coercitiva.

Por consiguiente, es un reiterado error el asemejar y confundir a la actividad defensorial con un acto administrativo; de tal manera que esto ha llevado a que la legalidad de las resoluciones defensoriales haya sido impugnada en sede judicial, ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

De las definiciones de acto administrativo anotadas, surge como un segundo elemento diferenciador con la actividad defensorial, la finalidad del acto administrativo y la finalidad de la actuación defensorial. Por una parte, el acto administrativo, de conformidad con el tratadista Jaime Santofimio tiene como finalidad, lo siguiente:

La actividad de la administración es eminentemente teológica. Esta característica se observa en el elemento conocido doctrinalmente como la "finalidad del acto". Si en el objeto encontramos el contenido sobre el que actúa la administración; en los motivos, los antecedentes de hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades; en el fin, encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad. Estas metas no pueden ser otras que la satisfacción de los intereses públicos.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 121.

<sup>110</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Julio, Registro Oficial S 31.

<sup>111</sup> Santofimio, *Acto administrativo*.

En cambio, la finalidad de la actividad misional de la Defensoría del Pueblo, a criterio de Alfonso Zambrano Pasquel, se circunscribe a constituirse como el intermediario de los particulares ante la Administración Pública y los concesionarios de servicios públicos;<sup>112</sup> y, precisamente por ello, es que no se genera una relación jurídica de carácter directo entre la Defensoría del Pueblo y los ciudadanos que acuden a ella, sino que la relación y los efectos jurídicos que de su actuación emanan, son indirectos pues solamente se materializarán en la medida en que la Administración Pública los acoja y evite o suspenda la vulneración de un derecho.

El tratadista costarricense Ernesto Jinesta Lobo, al referirse a la Institución Nacional de Derechos Humanos de su país respecto de las diferencias entre la actividad administrativa de la Administración Pública y la propia del resto de funciones, indica:

En lo referente a la organización y funcionamiento, dotación de recursos humanos y materiales, el Poder Legislativo y el Judicial realizan función administrativa. En el caso de la Asamblea Legislativa hemos visto que cumple una importante función administrativa, además de la ordinaria propia e inherente a su estructura administrativa, a través de la Contraloría General de la República (órgano auxiliar) y la Defensoría de los Habitantes, en este último caso cuando una recomendación de ese órgano puede acarrearle responsabilidad al Estado por causarle una lesión antijurídica a un tercero, dado que, que no son vinculantes por lo que no producen, en tesis de principio, un efecto jurídico directo e inmediato.<sup>113</sup>

La doctrina es clara al establecer que la actividad misional del *Ombudsman*, no es una actividad vinculante u obligatoria, pues no genera efectos jurídicos directos e inmediatos en la administración, pues se ratifica que su accionar se sostiene en la Magistratura de la Persuasión, es decir en el prestigio y buen nombre de las instituciones de derechos humanos

Lastimosamente, en nuestro país no ha existido claridad respecto de la naturaleza jurídica de la actividad resolutoria defensorial pues, aun conociendo desde la propia institución que no cuenta con potestad imperativa, se ha confundido esta figura y, en algunos casos, las resoluciones se asemejan más a un acto administrativo que a un acto de simple administración.

Esta falta de claridad respecto de las competencias de la Defensoría del Pueblo ha alcanzado inclusive a la Función Judicial, la que ha aceptado a trámite demandas

---

<sup>112</sup> Pasquel, *El proceso penal y las garantías constitucionales*.

<sup>113</sup> Jinesta Lobo, *Tratado de derecho administrativo*, 224.

presentadas por instituciones públicas, solicitando que se declare la ilegalidad de la actuación defensorial, como si estas se trataran de actos administrativos.

Para ilustrar lo expresado, encontramos en la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, dictada dentro del juicio No. 1781120141466, que se siguió en contra del Defensor del Pueblo y en cuyo texto, en la parte pertinente, dice el Tribunal:

En síntesis, aceptar la alegación de que la Defensoría del Pueblo no emite actos administrativos es una equivocación jurídica, pues sería contradictorio que tenga un sin número de atribuciones contenidas en la Constitución y la Ley y que se expresa de forma directa, más aún cuando ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional. Decir que la Defensoría del Pueblo no emite actos administrativos, llevaría implícita la afirmación de que sus actos no tienen ningún efecto y de que sería un organismo público sin ningún poder. Es decir, un organismo público que no cumpliría ninguna función dentro de la estructura del Estado Ecuatoriano, cuando la Constitución y la Ley le concede facultades. Finalmente, respecto de la alegación de la Defensoría del Pueblo respecto a que únicamente emite informes, deviene en equivocada, pues esta tan solo es una de sus atribuciones. En consecuencia, en la especie, y en atención a la pretensión del actor y de la revisión del expediente administrativo defensorial No. 159-2013, se establece que las resoluciones emitidas tanto por el Director Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza (e) Defensoría del Pueblo del Ecuador de 02 de julio de 2013 (fs. 30 a 32 del expediente); de 27 de septiembre de 2013 (fs. 141 del expediente); así como la Resolución emitida por el Adjunto de Derechos Humanos y la Naturaleza Defensoría del Pueblo del Ecuador (recurso de Revisión No. 006 AP-DPE-2014) (fs.142 a 146 vlt) así como la ampliación al referido recurso de revisión adoptada por el Adjunto (fs. 157 a 159) son a no dudarlo actos administrativos susceptibles de impugnación tanto en sede administrativa como en el ámbito jurisdiccional tal como prevé el Art. 173 de la Constitución de la República, por lo que se rechaza la excepción que sobre este aspecto ha deducido la Defensoría del Pueblo.

Obsérvese que esta sentencia asume que las entidades que conforman el sector público solamente deben emitir actos administrativos. Sin embargo, por lo variada y compleja de la actividad administrativa, se requiere la presencia y acción de órganos técnicos, con carácter consultivo, que se limiten a recomendar, asesorar, a través de dictámenes e informes.

Contraria a esta sentencia, está la dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio signado con el número 09802-2017-00098, que se siguió en contra de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General del Estado, que en su parte pertinente dice:

De fojas 34 a 46 del proceso, consta la Resolución de revisión Nro. 064-ADHN-DPE-2016 dentro del trámite defensorial 2045-2013, emitido por el Dr. Patricio Benalcázar Alarcón ADJUNTO DE DERECHOS HUMANOS Y de la naturaleza DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL ECUADOR la Resolución impugnada para constituirse acto

administrativo debe reunir todos los elementos del mismo así vemos que la Resolución impugnada, si bien es cierto ha sido emitido en ejercicio de una potestad administrativa por parte del Defensor del pueblo en uso de sus facultades constitucionales, legales y del estatuto Orgánico por Procesos, concluye con la Resolución que acepta parcialmente el pedido de revisión interpuesto por el Alcalde de Guayaquil y procurador síndico Municipal en cuanto a reconocer que el derecho a la vivienda no ha sido afectado y ratificando en todo lo demás la resolución venida en grado cuya parte resolutoria en sus verbos rectores son DECLARAR ACEPTAR SOLICITAR Y RECORDAR, es decir son declaraciones de juicio u opinión que forman parte de un procedimiento administrativo, mas no generan ningún efecto jurídico de disposición o facultad coercitiva en contra del Municipio es decir no contiene el elemento de, producir directamente efectos jurídicos, QUE obliguen o constriñan a la Entidad a cumplir algo. Por todas estas razones, este Tribunal concluye que la resolución impugnada, es una actuación administrativa que no reúne todos los elementos de un acto administrativo que pueda ser sometido al control de legalidad que efectúa este tribunal. Por lo expuesto este Tribunal Contencioso Administrativo Nro. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, RECHAZA LA DEMANDA planteada por el accionante.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, dentro del juicio número: 2015-0054, que al referirse a la potestad de emitir informes de la Defensoría del Pueblo dice lo siguiente:

TERCERO: De conformidad con el artículo 81 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Defensoría del Pueblo tiene la facultad de conocer y pronunciarse motivadamente sobre reclamos y quejas que presente cualquier consumidor y que considere ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor.- A su vez, el Art. 83 del mismo cuerpo normativo señala que una vez agotado el procedimiento y, en caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, la Defensoría del Pueblo elaborará un informe en base del cual solicitará a las autoridades competentes la iniciación del respectivo proceso investigativo del que se podrá desprender la imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley, así como la exigencia de que se dé cumplimiento a la obligación pendiente. (subrayado agregado); que, el Defensor del Pueblo podrá acudir ante el Juez de Contravenciones de su respectiva jurisdicción a fin de solicitar el inicio del respectivo proceso; y, que su informe será apreciado por el juez de acuerdo a su sana crítica.- Esta facultad de los jueces de contravenciones deviene del contenido del Art. 231, numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial, que expresamente otorga la competencia a los jueces de contravenciones de conocer las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. El artículo 84 de la ley últimamente citada determina que de la sentencia que dicte el juez de contravenciones se podrá interponer recurso de apelación que será presentado ante el juez de contravenciones quien lo remitirá al respectivo Juez de lo penal. La sentencia que dicta el juez de lo penal, causará ejecutoria. (Art. 86 *ibídem*).- Como se puede observar, en casos como el presente, la misma Ley determina su propio procedimiento, esto es, el defensor del Pueblo emite su Informe Motivado, - porque contiene fundamentación fáctica y jurídica-, y lo pone a consideración del Juez de Contravenciones, y es él quien valora y aprecia dicho Informe, dando inicio al trámite de juzgamiento.- Por lo tanto, el Informe motivado no resuelve nada ni tiene carácter de acto administrativo; sirve de sustento al Juez, quien finalmente toma la decisión que corresponde.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> Ecuador, *Sentencia Tribunal Contencioso Administrativo 0054*, 2015.

Las resoluciones judiciales anteriormente descritas, nos permiten identificar la naturaleza jurídica propia de la Defensoría del Pueblo. En un primer momento, una sentencia concluye que, si una entidad que pertenece a la administración pública no dicta actos administrativos, no tiene razón de ser dentro de la estructura orgánica del Estado, situación con la cual difiero totalmente, pues las potestades de la administración son amplias y variadas y no pueden circunscribirse únicamente a la emisión de actos administrativos.

Las dos sentencias subsiguientes concuerdan con que las resoluciones fueron dictadas en ejercicio de la función administrativa del Defensor del Pueblo. Luego, respecto de los efectos jurídicos, las dos últimas difieren de la primera, al determinar que las resoluciones defensoriales no generan efectos jurídicos de manera directa, entendiéndose como efecto jurídico, “aquel que crea derechos y obligaciones, tanto para la administración, cuanto para el administrado”,<sup>115</sup> sino que lo hacen de manera indirecta.

Nótese que, en los dos últimos casos, las resoluciones *per-sé* no establecían obligación alguna para la administración, a tal punto que los ciudadanos, tanto con la resolución cuanto con el informe, tuvieron que acudir ante un Juez y presentar las acciones judiciales respectivas para que se reparen los derechos vulnerados, concluyendo que las resoluciones defensoriales no constituyen actos administrativos, no son vinculantes, no son de cumplimiento obligatorio y por tanto, son irrecurribles tanto en sede judicial como administrativa.

### **5.3. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso**

El debido proceso es la piedra angular del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en la medida que se erige como el conjunto de garantías previstas en la Constitución,<sup>116</sup> que limita la acción del Estado respecto de la tramitación de procesos y procedimientos, judiciales, administrativos o de otra índole, en los que se determinen derechos y obligaciones. Sobre la naturaleza de este derecho, señala Fabián Corral lo siguiente:

Debido proceso es un conjunto de derechos propios de las personas y anteriores al Estado, de carácter sustantivo y procesal, reconocidos por la Constitución, que busca precautelar la libertad y procura que quienes sean sometidos a juicio, gocen de sus garantías para

---

<sup>115</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 357.

<sup>116</sup> Ecuador, *Constitución 2008*.

ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso justo, pronto y transparente. Las garantías que articulan el debido proceso están contenidas en la Constitución que, por el principio de jerarquía normativa, prevalecen sobre toda otra norma, práctica procesal y orden de autoridad.<sup>117</sup>

Verónica Jaramillo Huilcapi manifiesta, sobre el debido proceso, lo siguiente:

El debido proceso tiene como propósito que, el procedimiento de cualquier índole político (juicios políticos) constitucional, civil, penal o administrativo se sujete y sea compatible primordialmente con las normas establecidas en la Carta Fundamental. De modo que el debido proceso es un derecho plural, porque está constituido por un conjunto de garantías básicas como la presunción de inocencia, la prohibición de juzgamiento y sanción en tanto y en cuanto el acto u omisión, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley; la carencia de validez de las pruebas obtenidas con violación de la Constitución y la ley; el derecho a la defensa, entre otras garantías que deben ser observadas y aplicadas por las autoridades competentes, durante la sustanciación de los correspondientes procedimientos. Por lo tanto, los jueces tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir el debido proceso, constituyéndose en garantes de los derechos de las partes.<sup>118</sup>

La Constitución de la República en su artículo 76 establece el derecho que tiene toda persona, que se encuentre de manera transitoria o permanente en el país, y que se halle sometida a un procedimiento de cualquier naturaleza, administrativo, civil, penal etc, a fin de que la autoridad encargada de llevar adelante los procesos o procedimientos sancionatorios, observe las reglas jurídicas establecidas en la Constitución, con la finalidad de disminuir o erradicar arbitrariedades, abusos, atropellos, extralimitaciones de cualquiera naturaleza, que vulneren los derechos de las personas sometidas a dichos procesos o procedimientos.

Por tratarse del derecho humano que limita el poder coercitivo y punitivo del Estado, la Constitución ha determinado que sea la Defensoría del Pueblo, ejerciendo su competencia de tutela y promoción de Derechos y como ente supervisor de la actividad de la Administración, la institución que ejerza la atribución de promover y vigilar el cumplimiento de las reglas del debido proceso en el ámbito administrativo, judicial o de cualquier otra índole del accionar estatal, vigilancia que la realiza en su doble dimensionalidad, es decir, desde la perspectiva constitucional cuando se vulneren las reglas del artículo 76 de la Constitución; y desde la perspectiva legal, cuando se vulneren aquellos procedimientos establecidos legalmente.

---

<sup>117</sup> Corral Fabián, "El Debido Proceso", *El Comercio*, 9 de noviembre de 2006, 3.

<sup>118</sup> Verónica Jaramillo Huilcapi, *Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 91.

### 5.2.1 Cuándo ejercer la vigilancia al debido proceso

La Defensoría de Pueblo de Ecuador, al igual que otras Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, tiene como una limitante al ejercicio de sus competencias, el no poder intervenir en casos sobre los que estén pendientes resoluciones judiciales o administrativas. Así, por ejemplo, tenemos:

Tabla 3  
Comparativo delimitantes al ejercicio de las competencias de la Defensoría del Pueblo de varios países

País	Limitante a competencias de la defensoría del pueblo
Bolivia	No podrá intervenir respecto de resoluciones de cortes electorales y en asuntos pendientes de resolución judicial
Colombia	No podrá ejercer funciones judiciales o disciplinarias, salvo las de su propia dependencia
Chile	No revoca ni anula actos de otros órganos
Ecuador	Cuando la cuestión o asunto objeto de la petición estuviere sometido a resolución judicial, administrativa o constitucional, salvo que en la petición se presuman vulneraciones al debido proceso. En tales casos, de ser procedente y conforme a la presente resolución, se podrá vigilar el respeto a las garantías del debido proceso
Honduras	No se podrá conocer quejas sobre lo que esté pendiente de resolución judicial
Nicaragua	Sobre resoluciones judiciales pendientes
Panamá	Exime de competencia en los casos que hayan sido presentados ante autoridades administrativas y judiciales, que estén resolviéndose sobre su admisión o inadmisión
Perú	No se puede conocer de cuestiones pendientes de resolución judicial, aunque puede investigarse sobre cuestiones generales planteadas en la queja

Fuente: Acuña Llamas<sup>119</sup>

Elaboración propia

En la Tabla 3 se observa que, en América Latina, únicamente la Defensoría del Pueblo del Ecuador tiene la competencia de vigilar y promover el debido proceso en aquellos casos en los que se encuentre pendiente una resolución judicial o administrativa, sin embargo, es claro que, por mandato legal, dicha vigilancia no la convierte en parte procesal, por lo que le es vedado intervenir y, peor aún, pronunciarse respecto del fondo de la controversia. La nueva Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, en el literal h) del artículo 6, establece como competencia de la Defensoría del Pueblo la siguiente:

Art. 6.- Competencias.- Para poder cumplir con sus fines la Defensoría del Pueblo tendrá las siguientes competencias:

[...] h) Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso en el ámbito judicial o administrativo en casos donde existan posibles vulneraciones a los derechos humanos y de la naturaleza cuando sean generalizadas y sistemáticas, de relevancia social,

<sup>119</sup> Acuña Llamas, *El ombudsman contemporáneo*, 108–14.

incluyendo los casos de personas desaparecidas;

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo reconoce que la supervisión en cuanto a la vigilancia del debido proceso es en el ámbito judicial y administrativo, sin embargo, restringe su accionar a aquellos casos en que existan posibles vulneraciones a los derechos humanos, cuando estas sean generalizadas y sistemáticas, de relevancia social y casos de personas desaparecidas. La Resolución de la Defensoría del Pueblo No. 56-DPE-CGAJ-2017, al referirse al alcance que tiene esta competencia, establece:

La vigilancia al debido proceso, constituye el seguimiento y la supervisión del conjunto de actos realizados dentro de un proceso administrativo o jurisdiccional que se encuentre en sustanciación, en que se terminen derechos u obligaciones de cualquier índole, a fin de asegurar la aplicación, la oportunidad y la eficacia del derecho fundamental al debido proceso.

Se debe tomar en cuenta que el *debido proceso* es un derecho humano, que en nuestro caso consta en el catálogo constitucional de derechos, además de tratados y convenios en derechos humanos de los cuales el Ecuador es suscriptor y que por ese solo hecho debe ser tutelada por la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, la vigilancia y promoción de este derecho le ha sido encargada a la Defensoría del Pueblo de manera autónoma y mal puede esa competencia ser limitada en la forma como consta en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Para entender la forma en la que la Defensoría del Pueblo debería ejercer esta competencia, es importante identificar con claridad los roles que los distintos entes de la Administración Pública cumplen en un proceso judicial o un procedimiento administrativo. Esto se ilustra en la Figura 2:

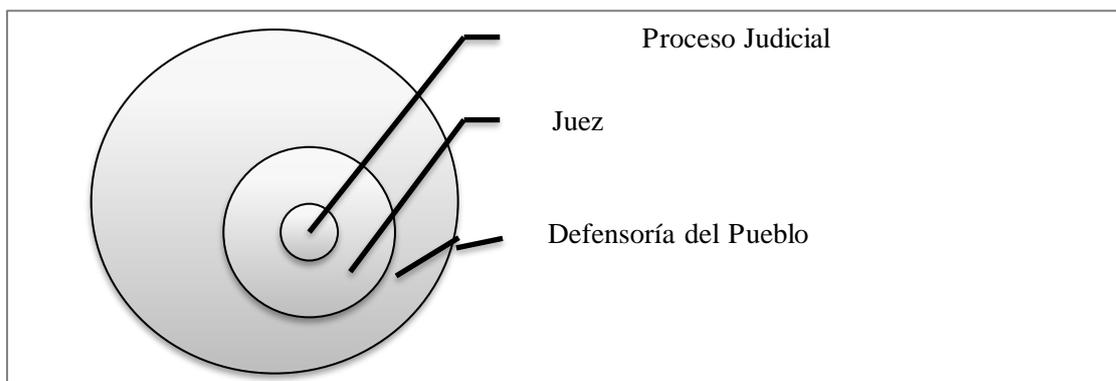


Figura 2. Roles de los entes de la administración pública en un procedimiento judicial o administrativo  
Fuente y elaboración propias

En un proceso judicial, a quien de manera primaria le corresponde respetar el derecho al debido proceso, es al Juez de Garantías que lo dirige. En este sentido, el art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial prevé:

Art. 29.- Interpretación de normas procesales.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.<sup>120</sup>

A la Defensoría del Pueblo, por su parte, le corresponde vigilar que el juez observe y respete las reglas del debido proceso en la tramitación de la causa. Las observaciones que tuviere la Defensoría del Pueblo respecto del cumplimiento de las garantías del debido proceso por parte del juez deberán constar en un informe técnico-jurídico, en el que se deberá hacer constar todas las actuaciones que se desarrollen dentro de un proceso judicial o administrativo, identificando con claridad aquellas que vulneren las garantías del debido proceso, sin realizar valoraciones axiológicas respecto de la actividad vigilada.

#### **5.4. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio**

El numeral segundo del artículo 215 de la Constitución de la República faculta al Defensor del Pueblo para 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.<sup>121</sup> Esta competencia se deriva de la facultad de control de la actividad de la Administración.

No existe en la legislación nacional la figura de medidas de cumplimiento obligatorio, esta competencia proviene de la potestad cautelar en Derechos Humanos, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el artículo 25 define a las medidas cautelares como un mecanismo de protección de las personas, una respuesta ágil

---

<sup>120</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, 9 de marzo de 2009, Registro Oficial Suplemento 544.

<sup>121</sup> Ecuador, *Constitución 2008*.

y oportuna ante hechos de tal gravedad y urgencia que representen un riesgo de daño irreparable a las personas.<sup>122</sup>

Roberto Dromi,<sup>123</sup> al referirse a este tipo de medidas manifiesta que son aquellas que anticipan previamente la protección judicial a los derechos públicos y privados de los administrados, en el curso de un proceso y aún antes de que se declare expedita la vía judicial, que no tienden a hacer justicia, sino que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido. Respecto de la denominación de la actividad cautelar, el mismo autor concluye: “La denominación utilizada es muy diversa. Se llaman indistintamente: providencias cautelares, medidas de seguridad, provisionales, precautorias o de garantía, acciones preventivas, medidas cautelares o conservatorias, acción asegurativa o cautelar, proceso cautelar o tutela cautelar.”<sup>124</sup>

Desde el punto de vista doctrinario, las medidas cautelares, son una herramienta que busca asegurar la protección de los derechos de las personas, frente a la posibilidad de su vulneración; o de cesación en el caso de que ya se hayan vulnerado los derechos. Esta facultad de acuerdo con el tratadista Roberto Dromi, se circunscribe únicamente a una protección judicial, es decir que deben ser emitidas por los distintos jueces y juezas que conocen un proceso.

Sin embargo, hay que recordar que nuestra Constitución define a nuestro país como un Estado Constitucional de Derechos, en el que, la protección de los derechos, se convierte en la razón misma su existencia, por ello que, al otorgarle a la defensoría del Pueblo la competencia de la tutela y promoción de los derechos humanos, es plenamente lógico que se le haya dotado de la posibilidad de emitir medidas de cumplimiento obligatorio (cautelares), a fin de impedir o cesar una vulneración a los derechos.

La problemática respecto de esta figura se encuentra en el hecho de que, ni la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, ni su normativa interna, han desarrollado un procedimiento para este tipo de medidas, tornándose controversial su emisión por parte del Defensor del Pueblo.

La Corte Constitucional en Transición, en la sentencia No. 003-12-SAN-CC, de 8 de marzo de 2012, dentro del caso No. 0018-11-AN, se pronunció categóricamente, al analizar la Acción de Incumplimiento interpuesta por los representantes de los Ex

---

<sup>122</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”, diciembre de 2009.

<sup>123</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, 1142.

<sup>124</sup> *Ibid.*, 1142.

Trabajadores de EMETEL, en contra de dicha empresa en liquidación por el incumplimiento de la Resolución Defensorial No. 67 mediante la cual dispuso al presidente de EMETEL y al presidente del Fondo de Solidaridad para que realicen una reliquidación inmediata del producto del Fondo Global por Jubilación Patronal de los jubilados de EMETEL de conformidad con lo dispuesto con el inciso segundo de la Regla Tercera del artículo 219 del Código de Trabajo.

La Corte Constitucional, en relación con la potestad de la Defensoría del Pueblo de emitir medidas de cumplimiento obligatorio, concluyó que:

Si bien es cierto, el numeral segundo del referido artículo 215 prescribe que es potestad de la Defensoría del Pueblo emitir medidas de cumplimiento obligatorio, ello no implica que estas automáticamente adquieran calidad jurisdiccional, sino que ante el incumplimiento por parte del requerido, a la Defensoría del Pueblo le compete solicitar sanción a las autoridades judiciales, que es a quienes les corresponderá determinar si se ha producido tal incumplimiento o no, y determinar las medidas reparatorias que fueren del caso.

El artículo 8 literal k de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo determina que es un deber y atribución del defensor del pueblo pronunciarse públicamente sobre los casos sometidos a su consideración, con criterios que constituirían doctrina para la defensa de los derechos humanos.

Por tanto, si la Defensoría del Pueblo consideraba y evidenciaba que existen vulneraciones a los derechos constitucionales de los accionantes, debió instaurar o iniciar la acción correspondiente para que la Función Judicial determine si existe o no incumplimiento de su dictamen y si, en consecuencia, se han vulnerado o no derechos constitucionales, determinando la reparación integral que fuere del caso.

Entonces, al no poseer la Resolución de la Defensoría del Pueblo de la cual se solicita que se declare su incumplimiento, la calidad requerida por las normas constitucionales, es decir, no es norma jurídica, acto administrativo de carácter general, o constituye sentencia o informe de organismos internacionales de derechos humanos, que permitirían exigir su cumplimiento mediante el presente procedimiento constitucional, esta Corte determina que carece de fundamento la demanda incoada, dejando a salvo el derecho que tienen los accionantes de activar los procesos constitucionales u ordinarios que fueren del caso.<sup>125</sup>

Considero que es un acierto de la Corte Constitucional concluir que las decisiones de la Defensoría del Pueblo no tienen la calidad de jurisdiccionales, tampoco son actos administrativos de carácter general o sentencias. De otra parte, discrepo de dicho organismo en cuanto a que las decisiones de la Defensoría del Pueblo no sean normas jurídicas, pues, en su calidad de actividad jurídica, y a la luz del desarrollo del presente trabajo, sí que lo son. En el caso particular de la actividad misional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, estas se plasman en actividad consultiva, a través de informes y dictámenes.

---

<sup>125</sup> Ecuador, *Sentencia Corte Constitucional 003-12-SAN-CC*, 8 de marzo de 2012.

Las medidas de cumplimiento obligatorio, no son la excepción y son actos jurídicos que, dependiendo de la naturaleza del derecho que se quiera tutelar, pueden provenir de un informe o dictamen, que por mandato constitucional es de cumplimiento obligatorio para quien va dirigida, so pena de que, en caso de incumplimiento, el Defensor del Pueblo solicite la sanción que corresponda ante el órgano judicial competente.

Por lo antes expuesto, es necesario resaltar que el rol de la Defensoría del Pueblo es la protección y tutela de los derechos y, si bien constitucionalmente existen las medidas de cumplimiento obligatorio, no han sido reglamentadas en normas específicas, cuestión que, además, debe ser observada con la naturaleza de las INDH a nivel internacional que no se definen como Instituciones que puedan emitir sentencias o resoluciones con carácter obligatorio.

### **5.5. La Defensoría del Pueblo y el derecho humano de acceso a la información pública**

Según Francisco Javier Acuña<sup>126</sup> el derecho de las personas al libre acceso a la información pública se origina en Suecia; y casi dos siglos más tarde se materializa en los Estados Unidos de Norte América en 1966, en Francia en 1978, Canadá, Australia y Nueva Zelanda en 1982, Hungría en 1992.

Por su parte el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 13 del Pacto de san José<sup>127</sup> reconocían a la libertad de información como un derecho humano.

La Constitución de la República, en su artículo 18 establece lo siguiente:

Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:  
 ...2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

En América Latina, el Ecuador se convierte en el primer país en América Latina en dictar una la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en la que se reconoce el papel fundamental del Defensor del Pueblo en torno a la protección y

<sup>126</sup> Acuña Llamas, *El ombudsman contemporáneo*, 41.

<sup>127</sup> Organización de Estados Americanos, “Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)”.

tutela del derecho al acceso a la información pública, el artículo 11 de la precitada Ley, establece lo siguiente:

Art. 11.- Vigilancia y Promoción de la Ley.- Sin perjuicio del derecho que las leyes asignan a otras instituciones públicas de solicitar información y de las facultades que le confiere su propia legislación, corresponde a la Defensoría del Pueblo, la promoción, vigilancia y garantías establecidas en esta Ley. Tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Ser el órgano promotor del ejercicio y cumplimiento del derecho de acceso a la información pública;
- b) Vigilar el cumplimiento de esta Ley por parte de las instituciones públicas, personas jurídicas de derecho público o privado y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley;
- c) Vigilar que la documentación pública se archive bajo los lineamientos que en esta materia dispone la Ley del Sistema Nacional de Archivos;
- d) Precautelar que la calidad de la información que difundan las instituciones del sector público, contribuyan al cumplimiento de los objetivos de esta Ley;
- e) Elaborar anualmente el informe consolidado nacional de evaluación, sobre la base de la información publicada en los portales o páginas web, así como todos los medios idóneos que mantienen todas las instituciones y personas jurídicas de derecho público, o privado, sujetas a esta Ley;
- f) Promover o patrocinar a solicitud de cualquier persona natural o jurídica o por iniciativa propia, acciones judiciales de acceso a la información pública, cuando esta ha sido denegada; y, g) Informar al Congreso Nacional en forma semestral, el listado índice de toda la información clasificada como reservada.<sup>128</sup>

En razón de lo que antecede, es importante resaltar que el derecho al acceso a la información pública implica que la ciudadanía pueda contar sin obstáculo alguno a la información que es administrada y custodiada por las entidades contempladas en el tercer artículo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información. La intervención de la Defensoría del Pueblo, .

Por su parte, el artículo 12 de la misma ley faculta al Defensor del Pueblo a que, ante la falta de claridad de la información, cuando exista ambigüedad de información expresada en portales informáticos, pueda intervenir ante la institución poseedora de la información, a efectos de que se corrija y se brinde mayor claridad y sistematización en la organización de la información.

Para concluir, y sí la Defensoría del Pueblo considera que se ha afectado el derecho al acceso a la información pública de cualquier habitante del Ecuador, de conformidad al artículo 215 numeral 1 de la Constitución de la República, le correspondería presentar una acción jurisdiccional de acceso a la información pública, puesto que el objeto de la acción de acceso a la información pública es la vía idónea para

---

<sup>128</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública*.

el resarcimiento del derecho vulnerado, de conformidad con el artículo 47 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

## Conclusiones

La figura del Defensor del Pueblo, establecida en los artículos 214 y 215 de la Constitución, se erige en nuestro ordenamiento jurídico, como un mecanismo de nexo o puente en las relaciones que se generan entre los ciudadanos y la Administración Pública, activando mecanismos de control, cuando en el accionar administrativo del Estado, se produzcan vulneraciones a los Derechos Humanos de las personas. Por lo que le está permitido, intervenir en todos los actos provenientes del Estado, que pudiesen vulnerar derechos de los ciudadanos, es decir que la Defensoría del Pueblo se convierte en un mecanismo o instrumento de garantía de derechos, que actúa de manera complementaria al resto de Órganos de Control y como un mecanismo auxiliar de la Función Judicial.

El elemento constitutivo más importante de la figura del Defensor del Pueblo, es sin duda alguna es la independencia en su accionar, precisamente por la función de tutela y protección de Derechos Humanos que desempeña, por lo que el no tener vínculo alguno con las entidades que conforman las Funciones del Estado, garantiza que pueda intervenir de manera oportuna en los casos en los que existan vulneraciones a los derechos Humanos por parte de la Administración Pública o de particulares; uno de los elementos que pretenden fortalecer la independencia del defensor del Pueblo, está en el proceso de selección de dicha autoridad, a través de un concurso de méritos y oposición y sujeto al escrutinio ciudadano, evitando someter a dicha Autoridad a las presiones propias del accionar político, económico o de cualquier otra naturaleza, más aún, cuando el Defensor del Pueblo, por mandato constitucional, debe supervisar la actividad administrativa del Estado, desde un enfoque y visión de derechos.

La Defensoría del Pueblo, en el ámbito misional y debido a su naturaleza, carece de poder coactivo, lo que la sitúa dentro de lo que la doctrina denomina “actividad de la Administración Pública consultiva”, teniendo únicamente la capacidad de emitir informes y dictámenes, que pueden contener recomendaciones no vinculantes y que únicamente tienen como propósito procurar una respuesta positiva de las Instituciones a las que vayan dirigidos, cuando las acciones u omisiones de dichas entidades, puedan amenazar o generar vulneraciones de derechos. La fuerza de estos informes o dictámenes está en las denominadas “*auctoritas*”, o la fuerza moral y conceptual de su contenido, que en

definitiva pasa por su contenido y sobre todo por la fuerza moral que, respecto de los ciudadanos, haya construido el Defensor.

Los dictámenes emitidos por el Defensor del Pueblo, son actos de simple administración, pues no generan efectos jurídicos directos y no constituyen actos administrativos, ni actos jurisdiccionales, en tanto no reúnen los requisitos de estos y, por lo tanto, no son recurribles. Así se ha pronunciado la justicia ordinaria en varias sentencias emitidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en procesos iniciados, en los que se ha intentado impugnar en sede jurisdiccional, sin embargo, de acuerdo con la normativa interna institucional, son actos revisables por el Defensor, ya sea de oficio o a petición de parte.

Se requiere una reforma a la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, en el sentido que las entidades de Administración Pública a las que vaya dirigido un dictamen o informe, si bien es cierto no están obligadas a acatarlos, pues los mismos no son vinculantes; sin embargo, es necesario que la negativa a acatarlos, por parte de esa entidad sea debidamente motivada, caso contrario la institución a la que va dirigido el dictamen, debería atender la recomendación de la Defensoría del Pueblo, bajo la prevención de incurrir en el delito de incumplimiento de decisiones de autoridad legítima competente, delito tipificado y sancionado en el artículo 282 del Código Integral Penal.

## Bibliografía

- Acuña Llamas, Francisco Javier. *El ombudsman contemporáneo: entre la fidelidad al origen y el experimentalismo institucional*. Conocer para decidir. México, D.F: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- Arenilla Sáez, Manuel. *Crisis y reforma de la administración pública*. Oleiros: Netbiblo, 2011.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. “Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos”, 9 de septiembre de 2017. <http://hrlibrary.umn.edu/instree/Sparisprinciples>.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho procesal administrativo ecuatoriano: Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007.
- Brewer Carías, Allan-Randolph. *El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos: Principios del procedimiento administrativo*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2008.
- Cámara Arroyo, Sergio, y Eduardo Luna Cervantes. *Mejores prácticas del Ombudsman en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 2012.
- . *Mejores prácticas del Ombudsman en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 2012.
- Colombo, Carlos. *Código procesal civil y comercial de la nación: anotado, concordado, comentado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- Comisión Andina de Juristas y Projusticia. *La Defensoría del Pueblo en Ecuador: Retos y posibilidades*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”, diciembre de 2009.
- Constanla, Carlos. *Teoría y práctica del defensor del pueblo*. Madrid: Reus, 2010.
- . *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*, 2010.
- Corral Fabián. “El Debido Proceso”. *El Comercio*,. 9 de noviembre de 2006.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador. “Reglamento de Admisibilidad y Tramite de Competencias de la Defensoría Del Pueblo”. 23 de agosto 2017, s. f.
- Defensoría del Pueblo España. *El Libro del Defensor del Pueblo*. Madrid: Composiciones Rali S.A., 2016.
- Dromi, José Roberto. *Derecho administrativo*. 10<sup>a</sup>. ed. actualizada. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*, Julio. Registro Oficial S 31.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*, 9 de marzo de 2009. Registro Oficial Suplemento 544.
- . *Constitución de la República del Ecuador*, 20 de octubre de 2008. Registro Oficial 449.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*, 27 de marzo de 1979. Registro Oficial 800.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*, 18 de junio de 1996. Registro Oficial 969.
- . *Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública*, 18 de mayo de 2004. Registro Oficial 337.

- . *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, 10 de julio de 2000. Registro Oficial Suplemento 116.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 22 de octubre de 2009. Registro Oficial Suplemento 52.
- . *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, 20 de febrero de 1997. Registro Oficial 7.
- . *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, 6 de mayo de 2019. Registro Oficial Suplemento 481.
- . *Sentencia Corte Constitucional 003-12-SAN-CC*, 8 de marzo de 2012.
- . *Sentencia Tribunal Contencioso Administrativo 0054*, 2015.
- García Ramírez, Sergio. “Ombudsman y Tutela Interamericana de Derechos Humanos”. *El Ombudsman en el Sistema Internacional de Derechos Humanos: Contribuciones al Debate*, 2007.
- Garrido Falla, Fernando. “Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo”. *Documentación Administrativa*, 1971. <https://doi.org/10.24965/da.vi140.3424>.
- . *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 1992.
- Gordillo, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. 4 vols. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Antología básica en derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.
- Jaramillo Huilcapi, Verónica. *Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de derecho administrativo*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2002.
- López-Nieto y Mallo, Francisco. *Manual de procedimiento administrativo*. Barcelona: Bayer Hnos, 1978.
- Lucero, Holguer. *Doctrina y práctica de la jurisdicción contencioso administrativa*. Ambato: PIO XII, s. f.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- Martínez Ledesma, Tatiana. “La Defensoría del Pueblo: Estudio comparado y evaluación del funcionamiento de esa institución en el Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- . “La Defensoría del Pueblo: Estudio comparado y evaluación del funcionamiento de esa institución en el Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Miguel Sánchez Morán. “El Defensor del Pueblo como medio del control parlamentario de la administración”. En *El fortalecimiento del Ombudsman Latinoamericano*, 185–93. Madrid: Universidad de Alcalá, 1999.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Organización de Estados Americanos. “Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)”, 22 de noviembre de 1969.
- Organización de Naciones Unidas. “Declaración Universal de Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948.
- . “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades”, 2010.
- . “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades”, 2010.
- Parada Vázquez, José Ramón. *Derecho administrativo*. Madrid: M. Pons, 2007.

- Pareja Rosales de Conrad, María Teresa. *El defensor del pueblo: Un estudio con especial referencia al Ecuador*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004.
- Pásara, Luis. *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*. 4. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Pasquel, Alfonso. *El proceso penal y las garantías constitucionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005.
- Projusticia. *La Defensoría del Pueblo en Ecuador: Retos y posibilidades*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998.
- Rodríguez-Arana Muñoz. “El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la Unión Europea”. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 1 (s. f.): 73–93.
- Santofimio, Jaime Orlando. *Acto administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.
- Tirado Martín, Richard. “El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en el régimen de organización de la Administración Pública”. *Derecho y Sociedad*, 2011. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13218>.
- Torres, Douglas, y Bélgica Nájera. “Valoración de informes de auditoría y dictámenes periciales en la etapa procesal penal ecuatoriana”, mayo de 2017.
- Universidad de Alcalá. *El fortalecimiento del ombudsman iberoamericano*. Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo, 1999.
- Wilfrido Vela Obregoso. *El Ombudsman*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2017.
- Zavala Egas, Jorge E. *Lecciones de derecho administrativo*. Guayaquil: EDILEX S.A. Editores, 2011.