

EGUZKILORE

Número 12.
San Sebastián
Diciembre 1998
319 - 338

MINISTERIO PÚBLICO, ASISTENCIA LEGAL Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Alfonso ZAMBRANO PASQUEL

*Prof. de Criminología y Derecho Penal
Universidad Católica. Guayaquil-Ecuador*

Resumen: En marzo de 1997 se aprobó en Ecuador Ley Orgánica del Ministerio Público. Tras un examen crítico de la citada ley, se especifica la necesidad de la asistencia legal, analizando esta cuestión a la luz del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, en el que se contempla de manera organizada la presencia del defensor en el proceso penal. Asimismo, se profundiza en la figura del Defensor del Pueblo, estudiando esta institución en algunos países europeos y latinoamericanos, para centrarse en la experiencia de México y de la región andina.

Laburpena: 1997-ko martxoan Ministerio Publikoaren Lege Organikoa onetsi zen Ekuadorren. Lege horren azterketa kritiko bat egin ondoren, lege asistentziaren beharra ikusten da, prozedura penalaren kode proiektua kontutan harturik. Hau hala izanik, zenbait europear eta latinamerikar herritan, Arartekoaren irudian sakonki aztertzen da, Mexikoko eta eskualde Andinoaren esperientzia kontutan harturik.

Résumé: En mars 1997 la Loi Organique du Ministère Public est approuvée en Équateur. Après un examen critique de cette Loi, on spécifie la nécessité de l'aide légale, en analysant cette question sur la base du Projet de Code de la Procédure Pénale, où la présence de l'Ombudsman dans les procès pénaux est envisagée d'une façon organisée. De même, on approfondit dans la figure de l'Ombudsman, en étudiant cette institution dans quelques pays européens et latino-américains, pour s'arrêter sur l'expérience du Mexique et de la Région Andine.

Summary: In March 1997, in Ecuador, the Public Ministry Law was approved. After a critical exam of this Law, the need of legal attendance is specified, analyzing this question on the basis of the Project of Penal Procedure Code, where the presence of the defender in penal process is considered in an organized way. Likewise, the Ombudsman is analyzed, going over this institution in some European and Latin American countries, making a careful study of the experience in Mexico and the Andean Region.

Palabras clave: Ministerio Público, Proceso penal, Asistencia legal, Jurado, Defensor del Pueblo.

Hitzik garrantzizkoenak: Ministerio publikoa, Prozesu penala, Lege asistentzia, Zinpekoen epaimahaia, Arartekoa.

Mots clef: Ministère Public, Procédure Pénale, Aide Légale, Jury, Ombudsman.

Key words: Public Ministry, Penal Procedure, Legal Attendance, Jury, Ombudsman.

INTRODUCCIÓN

En la administración de justicia de fin de milenio se aprecia una ruptura epistemológica que pretende incluso llegar a un modelo de sistema procesal penal acusatorio cuyos principios básicos son los de la acusación, contradicción, oralidad, publicidad, inmediación y concentración, y con la instrucción fiscal de la que debe depender la indagación policial¹. No obstante el avance constitucional en la búsqueda de mecanismos de control de las garantías constitucionales en el proceso penal, la experiencia forense nos hace mirar con preocupación la labor tributaria y dependiente de la instancia policial que sigue cumpliendo el Ministerio Público ecuatoriano.

El Art. 142 de la Constitución codificada dice a la letra:

“... Dentro del cumplimiento de sus obligaciones, el Ministerio Público conducirá las indagaciones previas y promoverá la investigación procesal penal con el apoyo de la Policía Judicial”. Lo que significa que desde el 16 de enero de 1996 la policía nacional carece de legitimidad constitucional para conducir las indagaciones previas y promover la investigación procesal penal, pero lo sigue haciendo con la anuencia de jueces y magistrados que siguen ignorando lo que es el respeto a la legalidad del debido proceso, y lo perverso y contradictorio que significa darle carta de ciudadanía a los “frutos del árbol envenenado”, alimentando así una cultura de irrespeto a un discurso medianamente garantista.

Igualmente coopera para que el Ministerio Público no llegue a su mayoría de edad, una llamada Ley Orgánica del Ministerio Público que debió ser llamada con propiedad “inorgánica”². Si se revisa el Art. 3 de la citada Ley admitiremos que los autores de la misma menospreciaron la oportunidad histórica de ir potenciando un Ministerio Público que no sólo sea independiente y autónomo, sino, sobre todo, una institución que hoy cumple un rol de barrera de contención de los abusos del poder político y policial³; en cualquier Estado de Derecho medianamente informado, vale decir que se convierta en promotor de la defensa de los derechos humanos.

LA REAL INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Esta posibilidad ha sido tan groseramente olvidada que en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público se ha omitido consignar, al menos formalmente, su calidad de institución de contención del abuso en el Estado de Derecho y de custodio del respeto a los derechos humanos. Debe ser en estas condiciones difícil que el Ministerio Público ecuatoriano pueda asimilar lo que significa el *principio de oportunidad*, la necesidad de reconocer que hay que propugnar la vigencia de un *derecho penal mínimo*, esto es, que el derecho penal y el sistema penal debieran ser de *última ratio*. Esta pro-

1. Ya está prevista esta carga para el Ministerio Público desde el 16 de enero de 1996 en la reforma constitucional y consta actualmente en la Constitución Política codificada y publicada en el RO N° 2 de 13 de febrero de 1997.

2. Publicada en el RO N° 26 de 19 de marzo de 1997.

3. Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, Guayaquil, 1996, pp. 246, 265-266.

puesta de que el derecho penal debiera ser el último recurso del Estado y no el primero, es llamada por los organismos internacionales como de *extrema ratio*⁴, como nos recuerda el prof. Juan Bustos Ramírez.

Del examen sugerido en la Ley Orgánica del Ministerio Público, encontramos que de manera impropia ni siquiera se respetó el alcance de la normativa constitucional pues en la letra a) se expresa entre los deberes y atribuciones del Ministerio Público, “Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal penal con el apoyo de la Policía Judicial, ya sea por propia iniciativa o por denuncia en los delitos de acción pública...” y en la letra f) se dice que “...debe intervenir de acuerdo con la Ley en las investigaciones de tráfico ilegal de estupefacientes...”.

El contexto anterior podría llevar a algún improvisado comentarista a sostener que en el caso de investigación de drogas ilegales el Ministerio Público debe seguir siendo dependiente de la policía que investiga tales delitos y sólo dejaría de ser un “convidado de piedra” cuando se trate de otro tipo de delitos. Tal comentario trasnochado se apartaría del respeto y preeminencia que tiene la normativa constitucional, por encima de la que no puede estar ninguna Ley como la de drogas que es una mala copia al carbón –por lo defectuosa– de la Convención de Viena de 1988⁵, que ha terminado por crear un régimen penal de excepción y cuyos costos son altamente lesivos para el respeto a la seguridad jurídica de cualquier ciudadano ecuatoriano o extranjero al que se le llegue a imputar alguna relación, aunque fuese de aquellas aberrantes fórmulas de responsabilidad penal objetiva.

Este procedimiento ha permitido institucionalizar el secuestro en las cárceles ecuatorianas, en las que se encuentran privados de la libertad honestos empresarios e incluso abogados con la etiqueta de narcolavadores o testaferros, con el silencio larvado y cómplice de un poder político corrupto y cobarde que no ha tenido el valor de declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Drogas de Ecuador vigente desde 1990.

Esta práctica perversa de permanente irrespeto a los derechos humanos ha tenido un aliado incondicional que ha sido el Ministerio Público ecuatoriano, no obstante que en la misma reforma constitucional del 16 de enero de 1996, recogida en la codificación última de 13 de febrero de 1997, se prevé ya la exigencia constitucional de la *asistencia legal obligatoria* que con mucho esfuerzo va ganando terreno aunque no aceptación en el segmento policial. La disposición constitucional dice:

Art. 22, numeral 19, letra f) párrafo tercero “... El estado le garantiza: ... La libertad y seguridad personales. En consecuencia... Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines investigativos, por una autoridad policial, por el Ministerio Público o por cualquier otra del Estado, sin la asistencia de un defensor privado o, nombrado por el Estado para el caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto carecerá de eficacia probatoria”.

4. Juan BUSTOS RAMIREZ, “Principios fundamentales de un derecho penal democrático”, en *Revista de Ciencias Penales*, Costa Rica, marzo de 1994, año 5, N° 8, p. 16.

5. Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Cárcel y Drogas: de la represión a la legalización*, Edino, Guayaquil, 1994, pp. 89 y ss.

Lo anterior significa que la asistencia legal, o sea el derecho constitucional a contar con un defensor de confianza de cualquier persona que es indagada, es de forzoso cumplimiento, y que sólo cabe la intervención de un defensor público o de oficio de manera subsidiaria, esto es, cuando no se puede contar con un defensor privado. Este importante avance constitucional ha recogido la llamada enmienda Miranda o quinta enmienda constitucional de EEUU⁶, que garantiza el derecho a guardar silencio, bajo la advertencia de que lo que se diga puede ser utilizado en contra del declarante, que éste tiene derecho a contar con su propio defensor y que en el evento de no poder contar con un abogado defensor de su confianza, el Estado le proveerá uno si así lo desea.

Habrá que confiar en que el Ministerio Público en el Ecuador empiece a cumplir lo que dice la Constitución y la propia Ley Orgánica del 19 de febrero de 1997, que en el Art. 26 expresa:

“El Ministerio Público garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones pesquisables de oficio, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria”.

Si bien es verdad que suena a una barbaridad –producto de la improvisación casi permanente de los redactores de leyes– decir que se debe citar y notificar al abogado defensor (sic), sí es importante rescatar la obligatoriedad del Ministerio Público *bajo la prevención de ineficacia probatoria de la actuación*, para que se permita a la defensa aportar pruebas de descargo. Es aún prematuro intentar un diagnóstico siquiera aproximado del cumplimiento de esta garantía constitucional que debe respetarse, no sólo en una investigación policial bajo la dirección teórica del Ministerio Público, sino en cualquier investigación, como podría ser la que efectúe la Contraloría General del Estado con ocasión de los exámenes especiales y auditorías, que carecerían de valor en todos aquellos casos en que se recepan testimonios informativos durante los exámenes o auditorías sin la asistencia legal obligatoria.

LA NECESIDAD DE LA ASISTENCIA LEGAL

Formalmente, la lucha por hacer efectivo el respeto por los derechos humanos se puede haber concretado en la Constitución Política vigente, pues los derechos civiles que tienen que ver con la libertad personal, la libertad de opinión, la integridad física y la libertad de reunión están consignados. Los derechos políticos así como los económicos y sociales están igualmente previstos, y los llamados derechos de cuarta generación como el Hábeas Data y los derechos ambientales también constan.

Ya tenemos una ingrata experiencia como la que se dio con la institución del *amparo*, que fue echada por la borda mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia, que sin competencia legal, pues no es Tribunal de Control Constitucional, ha declarado inaplicable el amparo mientras no se dicte la Ley que norme su aplicación,

6. Cf. Una breve sinopsis contenida en el *Boletín Jurídico* N° 16 de febrero de 1997, de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, p. 10.

no obstante que se lo consigna en el Art. 31 de la Constitución⁷. El procedimiento previsto en la carta fundamental es realmente breve y sumario pues no puede un juez requerido abstenerse de tramitarlo y debe convocar a las partes a una audiencia dentro de veinticuatro horas, debiendo, si lo encuentra fundado, ordenar la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

La decisión del juez debe darse en las cuarenta y ocho y la misma es de cumplimiento inmediato. La providencia de suspensión debe ser consultada obligatoriamente ante el Tribunal Constitucional, que es igualmente Tribunal de Alzada cuando se interpone recurso de apelación, por la negativa de la suspensión.

Mediante circular N° 1488 de 28 de noviembre de 1996 la Corte Suprema de Justicia hace conocer a los magistrados y jueces el informe de la Comisión encargada de estudiar el *amparo constitucional*, acogido por el Pleno de la Corte, que hace un estudio en el que se destaca la contradicción constitucional entre el Art. 21, que manda a los jueces velar por la eficacia de los derechos garantizados por la Constitución, y el 172, que permite a la Corte Suprema y a los tribunales de última instancia, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, declarar inaplicable un precepto legal contrario a las normas constitucionales. Esto impide que se haga efectivo el Art. 31, que alude a la competencia nacida de una Ley para conocer del amparo, pues mientras dicha Ley no se dicte el amparo carece de vigencia real o efectiva.

Retornando a nuestro comentario, el Hábeas Corpus⁸ que ha sido constitucionalmente previsto en el Ecuador, se mejora con la *asistencia legal obligatoria* ya referida. El precedente de esta garantía es la Ley Miranda, que tiene vigencia a partir de 1966 en EEUU, con ocasión del caso "Miranda vs. Arizona" en el que se juzgó al Estado de Arizona por el uso inadecuado del testimonio de cuatro detenidos, a quienes se les receptaron sus testimonios mientras permanecían bajo custodia policial, sin ser advertidos de sus derechos a no dar testimonios incriminatorios. El fallo ha brindado la base legal para que quienes rinden testimonios se puedan defender de los abusos de los agentes del orden, haciendo efectivo el derecho que tiene cualquier persona que se encuentre detenida o no, para rendir testimonio con la presencia de su abogado y fundamentalmente a ser instruido del derecho a no declarar (guardar silencio) a fin de evitar una autoinculpación.

La Ley o enmienda Miranda es un sólido pilar en la estructuración del *debido proceso penal* que no puede ser otro, sino aquél en el que se han respetado los derechos y garantías que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una investigación o contra quien se ha iniciado un proceso penal para juzgar su conducta.

7. Art. 31.- "Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública, violatorio de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente a mas de grave e irreparable...".

8. Cf. el trabajo de Edmundo René BODERO, *El amparo de libertad*, 1996, en el que con propiedad se distinguen el Amparo de libertad y el Hábeas Corpus (p. 35 y ss.) y se hace una aguda crítica a la justicia ecuatoriana (p. 97 y ss.).

LA ASISTENCIA LEGAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

En 1992 la Corte Suprema de Justicia dio a conocer el proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal para el Ecuador en el que ya se contempla de manera organizada la presencia del defensor en el proceso penal⁹. Posteriormente, en septiembre de 1995, la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), que había suscrito un convenio corporativo con la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID), designó una Comisión de profesores para que revisase el proyecto de la Corte Suprema de Justicia y presentase un nuevo documento que para abril de 1997 se encuentra concluido.

En el documento de los miembros de la Comisión que hemos seguido trabajando hasta su conclusión¹⁰ hemos consignado una serie de garantías procesales en favor del imputado y cargas u obligaciones en referencia al defensor. Se prevé así la asistencia legal obligatoria, debiendo contarse con un defensor de confianza del imputado y sólo en falta de éste se podrá recurrir a un defensor público o a uno de oficio. El defensor está obligado a instruir al imputado de su derecho a guardar silencio; el fiscal no se puede comunicar con el imputado sin la presencia de su defensor; se reconoce el derecho a no autoincriminarse de manera que no puedan obtenerse sin el expreso consentimiento del imputado muestras como las de saliva, sangre, orina y semen¹¹.

En el mismo documento de la CLD se reitera la ineficacia probatoria de todo acto procesal que vulnere garantías constitucionales y que la ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fuesen consecuencia necesaria de ella. Con esto insistimos mucho en la legalidad del debido proceso y en negar el acceso a los “frutos del árbol envenenado”, que constituyen la fuente natural de la prueba en el proceso penal ecuatoriano, porque creemos firmemente que ésta es la única vía legítima para cambiar el paradigma de un sistema penal indolente y arbitrario en el que la defensoría pública ha sido igualmente legitimadora del abuso policial.

En el proyecto de la CLD hemos extrapolado la Ley Miranda y otras enmiendas de EEUU, como la cuarta, que garantiza el derecho de defensa y sanciona como carente de valor cualquier prueba indebidamente practicada, de manera que no pueda ser admitida como evidencia incriminatoria en el proceso. La cuarta enmienda dice: “La gente tiene derecho a la seguridad en cuanto a su persona, bienes, papeles y pertenencias, contra allanamientos y secuestros irrazonables efectuados, incluso, sin ninguna orden. En el supuesto que se llevara a cabo, deberá contener una descripción particular del sitio que se ha de allanar y las personas o cosas que se secuestren”¹².

9. Cf. artículos 103 a 116, que se encuentran en el Título IV del Defensor.

10. Hemos supervivido como miembros de la Comisión, los doctores Edmundo Durán Díaz, ex-Fiscal General y profesor titular de derecho procesal penal, Walter Guerrero Vivanco, ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia y profesor titular de derecho procesal penal, y el autor de este opúsculo que es igualmente profesor titular de derecho procesal penal.

11. Se pueden examinar entre otros, los artículos 88, 90 y 100 del documento de la CLD.

12. Cf. Algunos casos de aplicación de las enmiendas constitucionales en el libro de Elías NEUMAN, *Victimología Supranacional. El acoso a la soberanía*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 120 y ss.

Cuando se han empezado a dar los primeros pasos para un giro copernicano y para un cambio del paradigma han surgido voces no autorizadas que han criticado lo que significaría un anhelado despertar en esa inacabada lucha por hacer efectivo el respeto a las garantías constitucionales y procesales, no obstante aunque ha pasado más de un año desde las reformas constitucionales y aunque ya se dictó la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura¹³, *órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial*, según el tenor constitucional, no se integra el Consejo Nacional de la Judicatura, por lo que bien cabría decir que en el Ecuador no existe un organismo de control judicial; de otra parte ya se designó al primer Defensor del Pueblo cuya Ley Orgánica fue igualmente promulgada¹⁴.

En Argentina y en España en 1997 se produjeron serios debates y discusiones por aspectos que tienen que ver con la independencia del Poder Judicial en el primer caso y con el Jurado puro (Jurado Popular) en el segundo, en el que también se encuentra en discusión el nuevo Código Penal español en vigencia. En el diario *La Nación* de Buenos Aires y en un artículo, *Añoranza de una Justicia independiente*, se hacen afirmaciones que pueden ser aplicadas en cualquier país de nuestra región, como las que transcribo: “Desde hace varios años, la Justicia vive en una situación de permanente crisis y las encuestas indican que su imagen se deterioró hasta colocar al Poder Judicial entre las instituciones menos creíbles de la sociedad.

“Según datos revelados por la consultora Sofres Ibope, la confianza en la administración independiente de Justicia se mantiene en un índice que ronda en un 30 por ciento... Obviamente, esta situación no se debe a un hecho aislado, sino que es la consecuencia de muchos factores. Los analistas enumeran: la reducción del presupuesto judicial, la manipulación de muchos integrantes de la Justicia, los escándalos por casos de corrupción, las deficiencias edilicias y la baja eficiencia del servicio, todo lo cual fue posible no sólo por las decisiones políticas, sino también por la indiferencia con que el resto de la sociedad y, especialmente, los legisladores, miraron el sector.

“En los últimos meses, la demora en sancionar dos leyes aumentó el cuadro de incertidumbre. Hace dos años y medio, la reforma constitucional introdujo el Consejo de la Magistratura y garantizó la autonomía de los fiscales respecto del poder político. A pesar de que existe un buen proyecto sobre el Consejo acordado en Diputados, en el Senado el justicialismo no renuncia a imponer uno propio, que asegura la hegemonía del Poder Ejecutivo. El proyecto de la ley de Ministerio Público, en tanto, está trabado en la Cámara baja...”¹⁵.

En el caso de España hemos podido acceder al debate en torno al *Jurado Popular*, que publica el periódico *El País* de Madrid¹⁶ y ha sido grato leer los comentarios del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, de José Antonio Martín Pallín, también magistrado del Tribunal Supremo, y de Antonio Beristain, director del Instituto Vasco de Criminología. La polémica surge por la conveniencia o no de un Jurado Popular

13. Creado en la Sección II de la Constitución, artículos 124 y 125.

14. Cf. RO N° 7 de 20 de febrero de 1997.

15. *La Nación* de Buenos Aires, de 14 de abril de 1997. En Internet: www.lanacion.com.

16. *El País* de España, de 29 de abril de 1997. En Internet: www.el-pais.com.

constituido por jueces legos, esto es, desconocedores del derecho, o si es preferible un tribunal conformado por jueces técnicos, es decir, abogados, o resultaría de mejor conveniencia un *jurado de escabinos*, que es mixto en su conformación porque lo integran legos en su mayoría y en su minoría letrados.

Como dice Andrés Ibáñez (*Problemático jurado puro*) en un segmento: "...el problema central que el jurado plantea en nuestro contexto constitucional es de aptitud para ajustarse a ese paradigma. Aptitud que no concurre en el llamado jurado puro. ¿Porque las dificultades derivadas del déficit objetivo de cualificación jurídica, de cultura específica y bagaje empírico no se superan con voluntarismos normativos. Y tampoco es un dictado de esta clase lo que puede convertir un veredicto –por más judicialmente tutelado que se prevea, como ocurre en el *modelo español*– en decisión eficazmente motivada...

... Así las cosas y siendo inequívoco el mandato constitucional, no cabe duda de que la opción legislativa más adecuada a la *actual disciplina constitucional del proceso* y a la naturaleza del orden jurídico es la del tribunal de escabinos o mixto, no por casualidad la propia de los sistemas de derecho equivalentes al nuestro, en la que el juez técnico aporta su bagaje y el ciudadano jurado el punto de vista interno".

Para José Antonio Martín Pallín (*Disparan contra el jurado*) la polémica es muy antigua y argumentando en favor del jurado puro dice: "... La pretendida incapacidad de los jurados para valorar los elementos probatorios que les han sido exhibidos a lo largo del juicio, no me parece un argumento sólido para justificar la necesidad de que los ciudadanos legos sean asistidos y tutelados por técnicos que les expliquen cómo y en qué medida se debe dar valor a la declaración de un testigo o a las explicaciones de un perito. Nos podemos encontrar con la paradoja de que forme parte de un jurado un médico que pueda comprender mejor y más científicamente el resultado de una autopsia o el diagnóstico de un psiquiatra...

"... La Ley del Jurado, en estos momentos duramente cuestionada, tiene algunos defectos que han sido señalados, pero hay que reconocer que, en materia de motivación de la prueba, ha exigido a los ciudadanos que expliquen cuáles son los elementos probatorios que han utilizado para declarar o rechazar determinados hechos como probados. Manifiestar de manera expresa si un testigo ha sido más convincente que otro, o si las confesiones del acusado son concluyentes sobre su participación en los hechos y sobre su culpabilidad, es tarea que pueden desempeñar perfectamente, con mayor o menor acierto, los jurados..."

Tercia en el debate Antonio Beristain (*No disparamos contra el jurado; nos defendemos de él*) que con su peculiar estilo, dice en parte de sus comentarios vinculados por la preocupación de un *jurado puro* y a propósito de la arremetida de Martín Pallín: "...No disparamos contra el jurado; nos defendemos de él, porque estamos convencidos –y la experiencia nos lo confirma– de que un mal jurado hace más daño que un delincuente; aboca a repetidas macrovictimizaciones, lo frontalmente opuesto al moderno derecho penal, al humanitarismo, el protector del delincuente, pero más protector de las víctimas..."

... La mayoría de los ciudadanos (sin menoscabo alguno de su dignidad) ignoran el lenguaje y los conceptos que a lo largo de los siglos se han ido elaborando en el campo de la dogmática penal. Pero en los umbrales del tercer milenio, sin dogmática

no hay derecho penal, y sin derecho penal no cabe administrar justicia...” Pienso y siento que nuestra Ley del Jurado ha metido a nueve personas dentro de un laberinto más enigmático que el construido por Dédalo en Creta, por encargo del rey Minos. Para salir del laberinto, los jurados necesitan como Teseo, un hilo de Ariadna que les indique por dónde llegarán a la salida: ese hilo de Ariadna son los jueces técnicos que entran a formar parte del jurado mixto o escabinado para a los otros jurados, los legos en derecho, aclararles los problemas científicos que lógicamente desconoce la inmensa mayoría de los ciudadanos”.

EL OMBUDSMAN O DEFENSOR DEL PUEBLO

Cualquier proceso serio de cambio en sus inicios va a tener que enfrentar un duro embate y resistencia, en ocasiones por desconocimiento del tema y en otras por una mal entendida política de oposición a toda propuesta de superación, que conlleva la necesaria discusión. Esto ha ocurrido con el *Ombudsman* o defensor del pueblo que es institución nueva en nuestro país y que cuenta ya con la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Por nuestra parte, nos habíamos pronunciado en forma breve en uno de nuestros trabajos¹⁷, en el que como se podrá apreciar creíamos conveniente que la *defensoría pública* dependiese del *Defensor del Pueblo*, al que denominábamos *Procurador de Derechos Humanos* y otro aspecto interesante era la propuesta de crear la *Comisión Nacional de Derechos Humanos*, que en México es altamente representativa como organismo institucionalizado de control y de reclamo por el respeto a los derechos humanos.

Luis de la Barreda Solórzano, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, que es uno de los pilares de la existencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, nos recuerda que a sus 185 años el Ombudsman tiene mundialmente una vitalidad extraordinaria. Su gran empuje se produce a raíz de la Segunda Guerra Mundial y se encuentra en boga en América Latina y en Europa del Este.

Como dice de la Barreda: “El Ombudsman va de país en país, como Hércules de trabajo en trabajo. ¿Por qué y para qué? La actividad gubernamental ha crecido aceleradamente y ese crecimiento ha multiplicado las posibilidades de fricción entre gobernantes y gobernados. Los mecanismos de control sobre los actos de autoridad han resultado insuficientes. No existen muchas instancias donde presentar inconformidades. Los tribunales generalmente son lentos, formalistas y costosos. Cada día es más vigorosa la corriente internacional preocupada por la efectiva protección de los derechos humanos. Si bien es cierto que ya se contaba con recursos y tribunales administrativos para defender los legítimos intereses de los gobernados, el Ombudsman cuenta con ventajas importantes sobre los instrumentos tradicionales”¹⁸.

La propuesta es que la *Defensoría del Pueblo* sea autónoma, expedita, antiburocrática, ágil, con la finalidad de controlar el poder en beneficio de la libertad, la igual-

17. Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Práctica Penal*, tomo V, Edino, 1995, p. 123-127.

18. Luis de la BARREDA SOLÓRZANO, *Gaceta*, 1, año 4, enero de 1997, México D.F., p. 59-60.

dad y la seguridad jurídica. La sociedad ecuatoriana debe exigir de la función pública eficiencia, honestidad, apego a la Ley y respeto a la dignidad humana.

LA EXPERIENCIA DE MÉXICO

En 1990 surge la llamada *Comisión Nacional de Derechos Humanos* cuyo titular, Jorge Carpizo, consolidó un proceso importante de respeto a los derechos humanos en circunstancias en que la opinión pública no confiaba en la institución nueva. El trabajo eficiente y serio frente al abuso y la impunidad le ha dado suficiente autoridad moral a la CDHDF y a la Comisión en general. Al momento cuenta con 33 organismos públicos defensores de derechos humanos que constituyen la red nacional de protección no jurisdiccional probablemente más grande que existe en el mundo.

Como es de suponer, el Ombudsman mexicano no tiene capacidad para formar cuerpos policiales con excelente preparación profesional y técnica, respetuosos de los derechos humanos; ni agentes del ministerio público buenos investigadores, verdaderos juristas y guardianes de la legalidad; ni jueces con gran versación jurídica y honestidad e independencia real del poder político; ni defensores de oficio diligentes y capaces; ni operadores del sistema penitenciario que crean en la necesidad de dignificar las prisiones; ni, en fin, autoridades administrativas además de eficientes, incorruptibles.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México limita su accionar al ámbito no judicial, esto es, cuando se trata de la violación de derechos humanos que no se den en la marcha de un proceso penal y de otro tipo de procesos, pues no tiene la calidad de Ombudsman judicial, de manera que no interviene por ej. en la tutela del amparo de libertad, pues en estos casos deben operar los propios organismos de control de la función judicial. Dicho de otra manera, no interviene judicialmente cuando se trata de violación a garantías procesales, sino cuando se trata de la violación de derechos humanos en el ámbito no judicial.

En el instructivo para la presentación de quejas ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF)¹⁹, se recuerda que la Comisión no podrá conocer de:

- actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales.
- resoluciones de carácter jurisdiccional.
- conflictos de carácter laboral.
- conflictos entre particulares.
- consultas formuladas por autoridades, particulares u otras entidades respecto a la interpretación de disposiciones constitucionales y de otros ordenamientos jurídicos.

Las decisiones del Ombudsman mexicano no tienen carácter coactivo, pero resuelve casos delicados en los que se dilucida si la autoridad ha actuado arbitrariamente o conforme a derecho. De lo que decida puede depender en buena parte la libertad, el honor y el patrimonio de los quejosos y también el buen nombre, el presti-

19. *Gaceta* citada, p. 79.

gio y aun la permanencia en el puesto del servidor público contra el que se endereza la queja. Como dice Luis de la Barreda, "...para trabajar en la institución no basta, aunque es necesario, simpatizar con la causa de los derechos humanos. Se requieren colaboradores de sólida formación profesional, mayoritariamente abogados, si bien no puede prescindirse de médicos forenses y de otros profesionales con conocimientos en las diversas materias de la criminalística. El titular de la Comisión de Derechos Humanos, cuya calidad profesional debe ser excelente, está obligado a seleccionar a los candidatos técnicamente mejor cualificados para una función que requiere idoneidad, la cual consiste en un alto grado de profesionalidad..."²⁰.

A la *calidad profesional* debe sumarse la necesaria *autonomía*, pues si el Ombudsman se convierte en un tributario o dependiente de una de las instancias de la sociedad política encaramada en el poder, con la mala experiencia de lo que significa la dependencia del poder político, su trabajo resultará ineficiente y comprometido.

La Comisión de Derechos Humanos no se limita a emitir Recomendaciones, sino que puede cumplir una eficiente labor conciliadora en esa contradicción entre el respeto a los derechos humanos y su contraparte, el abuso del poder. En no pocas ocasiones mediante un procedimiento informal y breve, con el ineludible respeto al Estado de Derecho, consigue una *conciliación* entre los intereses contrastantes de las autoridades y los particulares. La *Recomendación* es un recurso extremo o de *última ratio* porque la misma supone un severo cuestionamiento a la actuación de la autoridad o del agente de ésta, que puede devenir en su enjuiciamiento. Esta amigable composición es inadmisibles por supuesto cuando se trata de un abuso grave o de una violación de lesa humanidad a los derechos individuales o colectivos. En estos casos nada hay que conciliar y el servidor público responsable debe sufrir las consecuencias jurídicas de su atropello con todo el rigor legal.

La conciliación y eficiencia se dan en situaciones de poca monta como la dilación de un trámite, negligencia para atender un justo reclamo de naturaleza administrativa, inobservancia de horarios de atención al público, etc., que no signifiquen un perjuicio al particular que afecte significativamente su vida o que resulte de difícil reparación.

La *Recomendación* es el arma de más poder porque es el instrumento jurídico más importante del defensor de los derechos humanos ya que "paraliza los abusos de poder, mostrándole a los servidores públicos abusivos la avidez contorsionada de su propia imagen, tal como Perseo hizo con la Gorgona... es erróneo ver a las Recomendaciones como agresión contra los destinatarios. A fin de cuentas emitir las es lanzar una *bengala de aviso* y requerir aliados, porque son aliados los que la Comisión necesita: los simples espectadores nunca bastan... De 37 Recomendaciones emitidas por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, están totalmente cumplidas 30, esto es el 81 %" ²¹.

Como en ocasiones se ha tratado de desprestigiar el trabajo de la CDHDF, afirmando falsamente que trata de proteger a los delincuentes, nos basta recordar que una de sus Recomendaciones se refiere a más de 20 órdenes de aprehensión incumplidas

20. *Gaceta* citada, p. 61.

21. Luis de la BARREDA, en *Gaceta* citada, p. 63.

por negligencia, desorganización, mala fe o corrupción, por lo que se le solicitó al Procurador General de Justicia el efectivo cumplimiento de estas órdenes judiciales al tiempo que se inicien los procedimientos para determinar a los responsables de su incumplimiento. Coincidió en que *los derechos humanos no sólo no propician la impunidad sino que su ejercicio es un medio eficaz para combatirla.*

En cifras: de las 4.248 quejas atendidas en el ámbito de la procuración de justicia, el principal quejoso fue la víctima del delito –78 %–, y del total de los expedientes abiertos sólo el 7.6 % ha sido por queja del inculcado. Del total de quejas en 36 meses, el mayor volumen –1.445 expedientes– ha sido por dilación en la procuración de justicia. En sus tres años de vida la CDHDF ha brindado orientación jurídica a 51.722 personas y ha abierto 12.616 expedientes de los cuales se encuentran concluidos 12.476, esto es, el 98.8 %. En 8.586 (el 69 %) la conclusión fue favorable al quejoso. El 71 % de los asuntos concluyó en menos de un mes. Han sido sancionados 569 servidores públicos, habiéndoles iniciado averiguación previa a 51; contra 65 se ejerció acción penal y cinco fueron condenados judicialmente a prisión.

Por *Recomendación* de la CDHDF hay dos servidores públicos condenados a nueve años de prisión por torturas comprobadas; otros cinco más se encuentran en calidad de prófugos igualmente por torturas; en contra de tres se ha iniciado averiguación previa y a dos se les sigue proceso penal por el mismo delito.

Otros logros importantes de la CDHDF son: que el Monte de Piedad Nacional deje de cobrar tasas de interés excesivas a sus deudores, que en las instituciones públicas no se exija a las mujeres certificado médico de no gravidez para ocupar un puesto de trabajo, que en el Servicio de Transporte Público no se pida más el examen de detección del virus del SIDA y han cesado las humillaciones a que eran sometidos los detenidos mediante las presentaciones públicas que hace la policía a los medios de comunicación. Agregamos que en 1996 nació la *Casa del Árbol*, que es un trabajo de educación en derechos humanos dirigido a los niños, que aprenden jugando sus derechos y obligaciones.

EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ALGUNOS PAÍSES

Suecia.- Instituido desde 1809, tiene el nombre de *Ombudsman* y es nombrado por la Asamblea Legislativa, dura en el cargo 4 años y puede ser reelegido luego de 2 periodos. Es independiente y se encarga de los problemas de acceso del público a documentos oficiales. Hay cuatro tipos de Ombudsman: en los Tribunales de Justicia, bienestar social, militar, administrativo y civil.

Israel.- Se llama *Comisionado para las quejas del público* y nace en 1949 bajo el nombre de Comisionado del Estado hasta 1971, en que toma el nombre actual. Es nombrado por el Presidente del Estado bajo recomendación del comité interior. Dura en el cargo 5 años y forma parte del Gobierno.

Se dedica sólo a inspeccionar la administración pública y a investigar a los servidores de las instituciones estatales, previo las quejas recibidas del público.

Dinamarca.- Tiene el nombre de *Ombudsman* y aparece en 1955, siendo nombrado por el Parlamento. Dura 4 años en el cargo y es independiente. Su función

es la de vigilar a los funcionarios del Estado y denunciar las irregularidades en que incurran. Tiene como particularidad la de controlar la administración civil y militar.

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.

Finlandia.- Se denomina *Ombudsman* y es nombrado por el Parlamento por 4 años. Surge en 1971, siendo independiente, pero sometido al control parlamentario. Defiende los derechos de los ciudadanos en el ámbito civil, administrativo y militar.

Francia.- Se le conoce como *Mediateur* y surge a partir de 1973 nombrado por el Consejo de Ministros, durando 6 años en las funciones. Es independiente y propicia las sanciones no jurisdiccionales a los atentados contra las libertades públicas.

Portugal.- Se le denomina *Provedor de la Justicia*, apareciendo en 1975. Es nombrado por el Presidente de la República de una terna propuesta por el Primer Ministro y el Ministro 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.

Argentina.- Aparece en 1990 con el nombre de *Defensor del Pueblo*, nombrado por el Congreso para 4 años. Es independiente y sus funciones son la difusión de los derechos humanos por medios de comunicación y la docencia, y tiene que ver con el control ambiental. Teóricamente debe controlar a las instituciones públicas y privadas que prestan servicios a la comunidad.

Costa Rica.- Surge en 1992 como *Defensor de los Habitantes* y es nombrado por la Asamblea Legislativa por 4 años, estando adscrito al poder legislativo. Está facultado para interponer recursos de inconstitucionalidad, de Hábeas Corpus y de Amparo. Controla sólo la Administración Pública.

LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO EN LA REGIÓN ANDINA²²

Una visión panorámica de esta institución en la región andina nos permite apreciar que adquiere carta de residencia a partir de la década de los noventa, incorporándose hasta el momento con distinta suerte en el marco de los procesos de reforma constitucional. Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú la han incorporado en sus Constituciones. En Chile y Venezuela se discute su incorporación, pero solamente en Colom-

22. Debe revisarse el excelente documento de la COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Los Andes: emergentes o en emergencia?* 1996, Lima, Perú, 1997, p. 40-47.

bia y Perú se encuentran en real funcionamiento. Hasta el momento su operatividad está dirigida a la supervisión de la administración pública.

Veamos la institución por países:

Bolivia.- Es introducida mediante la reforma constitucional de 1967, estructurándolo como el órgano llamado a cuidar que los derechos y garantías de las personas sean respetados por la actividad administrativa de todo el sector público. Tiene que velar igualmente por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos. En 1996 la Cámara de Diputados elaboró un proyecto de Ley del Defensor del Pueblo tomando en cuenta el anteproyecto de Ley elaborado por el capítulo boliviano del Ombudsman y un anteproyecto de Ley de Cooperación Técnica de Las Naciones Unidas para el Desarrollo.

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 de los derechos humanos; formular críticas públicas frente a comportamientos de las autoridades que sean lesivos a los derechos humanos, y formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de correctivos y medidas a todas las autoridades y funcionarios públicos del país. También está facultado para proponer modificaciones a las leyes, decretos y resoluciones no judiciales, sugiriendo al Congreso la legislación conveniente en materia de derechos humanos.

Debe promover el cumplimiento, la promoción y la divulgación de los convenios internacionales sobre derechos humanos, pudiendo interponer los recursos de inconstitucionalidad, de Amparo y Hábeas Corpus. El Defensor del Pueblo estará auxiliado por tres Defensores Adjuntos que lo representarán y cumplirán las funciones que determine el Reglamento Interno, pudiendo establecerse oficinas en cualquier departamento, provincia o lugar del territorio nacional.

Chile.- La Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), el capítulo chileno del Ombudsman y algunos especialistas nacionales han planteado la conveniencia de introducirla en Chile. El programa de la "Concertación de los Partidos para la Democracia" cuyo candidato presidencial era Patricio Aylwin propuso su incorporación. Se está trabajando para la creación de una Institución Nacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, como órgano estatal autónomo, con jerarquía constitucional y autonomía funcional, financiera y administrativa, de cobertura nacional, destinada a la defensa y promoción de los derechos humanos. Para esto se requiere de una reforma constitucional que lo ponga a resguardo de eventuales mayorías parlamentarias que pretendan alterar su estructura o dificultar el ejercicio de sus actividades.

La propuesta pretende que el organismo procure la defensa de los derechos del individuo frente a la administración del Estado en todas aquellas situaciones cuyo control no esté asignado constitucionalmente a otros órganos del Estado. Debe igualmente investigar de oficio todos aquellos casos en que se afecten intereses generales de la población, colaborando al mejoramiento del ordenamiento legal y administrativo así como al desarrollo de las políticas públicas que afectan a la población. La estructura comprende un Consejo, un Presidente del Consejo y un Secretario Ejecutivo.

El capítulo chileno del Ombudsman a solicitud del Presidente Aylwin elaboró un proyecto que crea la *Defensoría del Pueblo* pero que aún no ha sido aprobado y sin posibilidades reales de hacerlo en corto tiempo. Éste sería un organismo autónomo que tendría por finalidad conocer, investigar y evaluar el respeto de los derechos humanos por los órganos de la Administración Pública. Duraría cuatro años en el cargo, propuesto por el Presidente de la República pero designado por la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores reunidos en Congreso pleno, sin que pudiese optar a un cargo de elección popular sino al transcurrir dos años desde la terminación de su periodo. Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere el título de abogado con 15 años de ejercicio profesional, haber destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, tener no menos de 40 años de edad y gozar de comprobada reputación de idoneidad, integridad e independencia.

Colombia.- En medio de esa espiral de violencia que sacude a Colombia es destacado el trabajo del *Defensor del Pueblo* y de sus *Defensores Delegados* que al momento son seis: para los derechos del niño, de la mujer y del anciano; para la salud y la seguridad social; para los derechos colectivos y del ambiente; para los indígenas y las minorías étnicas; para asuntos constitucionales y legales; y para el estudio y la defensa del derecho a la participación ciudadana.

El Defensor del Pueblo colombiano ha priorizado su lucha en la protección del derecho a la vida, integridad personal, libertad individual y debido proceso, por considerarlos como aquellos derechos que son más frecuentemente vulnerados en Colombia o que se encuentran en peligro de ser violados. Ello explica su intervención mediadora con la guerrilla cuando ésta ha mantenido privados de libertad a ciudadanos civiles o militares. Igualmente ha denunciado a los denominados “grupos de limpieza social” como responsables de la muerte de más de ochenta personas en la población cafetera de Chinchiná, por lo que solicitó a la Policía y al Ministerio Público públicas explicaciones, frente al marco de impunidad que rodeaba estas muertes.

Otro aspecto de relevante intervención es el que tiene que ver en general con la situación de los derechos humanos en el país, con la impunidad y con las violaciones a normas internacionales de carácter humanitario. En el debate sobre las medidas que debieran adoptarse en el proceso de pacificación en Colombia, el Defensor del Pueblo manifestó ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas su conformidad con las propuestas gubernamentales de llegar a una paz negociada con los grupos paramilitares o armados, sin compartir la posibilidad de aplicar medidas como el indulto o la amnistía para desmovilizar a los alzados en armas, aunque admitiendo la posibilidad de penas reducidas.

El Defensor Público de Colombia trabaja igualmente por la protección y promoción de los demás derechos civiles y políticos, e incluso de los derechos económicos, sociales y culturales. Presentó un cuestionador informe en torno a la situación de más de 5.000 menores de edad que integran las filas de las fuerzas militares, de la guerrilla y de los paramilitares, y a mediados del último año denunció que 4.756 jóvenes que cumplen el servicio militar son menores de 18 años. Este informe trajo reacciones de parte del ejecutivo y del ejército que desmintieron que los menores fuesen enviados a combatir.

La protección de los derechos de la mujer ha recibido una gran atención por parte de la defensoría delegada, con actividades de difusión descentralizada de dere-

chos a través de grupos de apoyo integrados por representantes de organizaciones de mujeres, entidades estatales, organismos no gubernamentales (ONG) de protección de Derechos Humanos, en coordinación con las municipalidades de distintas zonas. En este importante segmento se hace un eficiente trabajo de base promocionando los derechos de la mujer, discutiendo el tema con las autoridades y la comunidad. Para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los compromisos que asume el Estado tanto nacional como internacionalmente, la Defensoría cuenta con la colaboración de mujeres de los sectores que sufren con más frecuencia la omisión del Estado, como cuando se trata de las desplazadas, víctimas de la violencia política, las que viven en zonas de cultivos ilegales, las internas de los centros penitenciarios, las madres adolescentes, etc.

Perú.- En 1993 se incorporó en la Constitución la *Defensoría del Pueblo* y en marzo de 1996 se designó al primer titular de la misma, mediante decisión del Congreso de la República. Ha dado muestras de independencia con el ejecutivo en la defensa de los compradores nacionales de las acciones que el Estado mantenía en la empresa Telefónica del Perú, obteniendo una respuesta favorable del gobierno.

Al producirse la detención del general (r) Rodolfo Robles Espinoza efectuada por miembros del Servicio de Inteligencia Militar y ordenada por el fuero castrense, expresó su preocupación porque tales hechos se diesen y que resultasen contrarios a una pretendida pacificación, exhortando a las autoridades jurisdiccionales para que garanticen los derechos fundamentales del detenido, por cuya actitud reclamó el Consejo Supremo de Justicia Militar, a la que calificó como de inaceptable intromisión e interferencia en la justicia penal militar.

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 3.000, de las cuales se admitieron 1.600 y se resolvieron 350. La mayoría de las quejas tiene que ver con mala atención en la Oficina de Normalización Previsional (ONP) por la deficiencia en el pago de pensiones, por el retraso del poder judicial en la atención de los procesos, por el despido de personal en la administración pública, por la deficiencia en las cobranzas de las compañías eléctricas y de teléfonos, y por las concesiones indebidas de permisos y licencias a centros comerciales en zonas urbanas y excesos en los cobros coactivos en que incurrían las municipalidades.

Se han nombrado nuevas autoridades en la institución, como el Defensor Adjunto, el Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales y la Defensora Especializada en Derechos de la Mujer. Esto permitirá que cuente con el suficiente apoyo tanto para representar al Defensor del Pueblo, para asesorar a la ciudadanía en materia constitucional y para orientar al Defensor a hacer uso de su facultad de interponer acciones de garantía, de inconstitucionalidad y de iniciativa legislativa.

Venezuela.- En la Constitución de 1961 y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, se otorgan a esta institución aparte de sus otras funciones, la de defensa de los derechos humanos, habiéndose creado en el anterior periodo constitucional (1989-

1994) la Oficina de Derechos Humanos que depende del Fiscal General de la República. En el Senado cursa actualmente un proyecto que trata de crear al *Defensor del Pueblo* para que tenga funciones autónomas e independientes del Ministerio público. Esta propuesta proviene en parte del capítulo venezolano del Instituto Latinoamericano del Ombudsman y de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE).

El Defensor sería designado por el voto de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras reunidos en sesión conjunta. Para ser elegido se requiere ser venezolano, mayor de 30 años de edad y de reconocida honorabilidad. 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.

Hay otra propuesta de creación, el llamado *Defensor Vecinal*, que sería un organismo de control no jurisdiccional de la administración municipal, sin que hasta el momento tal propuesta tenga mejor suerte que la del Defensor del Pueblo.

Ecuador.- Incorpora el *Defensor del Pueblo* mediante la reforma constitucional de 1996 ya citada, como institución encargada de promover o patrocinar los recursos de Hábeas Corpus, Hábeas Data y Amparo, así como defender y promover el respeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución para lo cual se establece la necesidad de la Ley que precise cuáles son sus atribuciones para cumplir con estas competencias.

En el Congreso de la República se debatieron dos proyectos. El uno presentado por el diputado gobiernista Marco Proaño Maya que pretendía convertir a esta institución en una dependencia del ejecutivo, y con una clara tendencia centralista, pues fijaba la sede de la Defensoría Pública en la ciudad de Quito, sin garantizar delegaciones provinciales ni por materias. Contrario a esta posibilidad, en cuanto al origen de la designación del Defensor del Pueblo, se expresó, a través de un comentario periodístico en su columna de opinión, Edmundo Durán Díaz²³, quien después de ilustrar el ámbito de operatividad del Defensor, manifestaba que “Sería una burla permitirle al Presidente que escoja al Defensor del Pueblo, cuando precisamente debe proteger a las personas de los desafueros del Gobierno”.

El otro proyecto, elaborado en buena medida por instituciones de derechos humanos y organizaciones sociales –aunque con poca difusión y menos discusión a nivel nacional– propugnaba que las propuestas que se presenten al Congreso para la elección del defensor deberían provenir de las organizaciones populares. Se planteaba la necesidad de que se cuente con oficinas y delegaciones provinciales por áreas como las de ancianos, niños y mujeres, con lo que se pretendía crear una red a nivel nacional. Se destacaba la importancia de la promoción y la defensa de los derechos huma-

23. Edmundo DURÁN DÍAZ, “El Defensor del Pueblo”, en diario *El Universo* de 27 de diciembre de 1996.

nos, el control de los deberes de la administración pública y el control de la prestación de los servicios públicos, funciones que se justifican tanto en cuanto constituyen los sectores en los que más se vulneran los derechos de las personas debido al crecimiento de la actividad administrativa, a la ineficacia de los mecanismos de control y la demora en los procesos administrativos que son funcionales para desestimular al ciudadano a que reclame.

Con la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de 20 de febrero de 1997 podemos afirmar que constitucional y formalmente los derechos humanos en el Ecuador cuentan con un aliado poderoso en la lucha por su defensa y promoción. La Ley es bastante amplia y le otorga un ámbito de competencia e independencia que con la energía y decisión necesarias se puede convertir en un mecanismo de alta eficiencia y operatividad en la defensa de los derechos humanos.

Sus aspectos más importantes pueden ser resumidos así:

- Le corresponde promover los recursos de Hábeas Corpus, Hábeas Data y Amparo de las personas que lo requieran. Debe defender, de oficio o a petición de parte, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador, garanticen²⁴.
- Es elegido por el Congreso Nacional en Pleno con el voto de las dos terceras partes, para un periodo de cuatro años y puede ser reelegido por una sola vez. Se requieren los mismos requisitos que para ser electo Magistrado de la Corte Suprema, excepto la carrera judicial. Debe ser independiente de toda filiación o militancia partidista durante los tres últimos años previos a su elección.
- El Defensor del Pueblo goza de inmunidad parlamentaria, al igual que los legisladores y durante el ejercicio del cargo no puede desempeñar otras funciones.
- Son deberes y atribuciones²⁵: organizar la Defensoría del Pueblo en todo el territorio nacional; presentar demandas de inconstitucionalidad en los casos previstos en el literal e) del artículo 177 de la Constitución Política; intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública si lo considera procedente y necesario; intervenir como parte en los asuntos relacionados con la protección del medio ambiente y el patrimonio cultural; promover la capacitación, difusión y asesoramiento en el campo de los derechos humanos, ambientales y de patrimonio cultural; hacer públicas las recomendaciones y observaciones que hubiera dispuesto y orientar a los ciudadanos sobre el ejercicio de sus derechos; realizar visitas periódicas a los centros de rehabilitación social, unidades de investigación, recintos policiales y militares para comprobar el respeto a los derechos humanos; presentar proyectos de Ley en representación de la iniciativa popular; pronunciarse públicamente sobre los casos sometidos a su consideración, con criterios que constituirán doctrina para la

24. Cf. Ley cit., Art. 2.

25. Cf. Ley cit., Art. 8.

defensa de los derechos humanos; informar sobre la firma y ratificación de los pactos, convenios y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos y velar por el efectivo cumplimiento de los mismos; proteger y defender, de oficio o a petición de parte, las violaciones de derechos humanos que sufran los ecuatorianos residentes en el exterior.

Para su trabajo el Defensor del Pueblo nombrará dos adjuntos, primero y segundo, en los cuales delegará funciones, deberes y atribuciones y los reemplazará cuando fuese el caso. En cada provincia existirá una representación de la Defensoría del Pueblo a cargo de un comisionado que tendrá los deberes y atribuciones que el titular le encomiende, debiendo reunir los mismos requisitos que para ser ministros de las Cortes Superiores de Justicia.

En el Art. 11 de la Ley se expresa que los defensores públicos “estarán a las órdenes del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos y comisionados provinciales, para el patrocinio de las acciones y recursos que sean necesarios interponer y para garantizar el derecho de defensa y la tutela penal efectiva en las indagaciones previas e investigaciones procesales penales.

“Los defensores públicos intervendrán en todas las diligencias en que los interesados no puedan proveer a su propia defensa, debiendo entonces ser designados para cada caso por el Defensor del Pueblo, sus adjuntos o comisionados provinciales. A falta de Defensor Público deberá encomendarse el patrocinio a un abogado en libre ejercicio profesional”.

Queda claro que la Defensoría Pública no va a depender ni en su organización, ni en su estructura, ni en su funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, pero debe estar a sus órdenes en los casos mencionados en el artículo citado, con lo cual se crea una dependencia *sui generis* que puede generar conflictos. Somos partidarios de la creación de la Defensoría Pública Nacional como una especie de Ombudsman Judicial que intervenga en los procesos y frente a la administración de justicia, Defensoría Pública que debe institucionalizarse al igual que el Ministerio Público o que la propia Defensoría del Pueblo²⁶.

El Defensor del Pueblo tiene competencia para intervenir no sólo frente a los abusos de la administración pública sino también de los particulares, sean personas naturales o jurídicas²⁷, cuando se trata de la protección de los derechos individuales fundamentales o colectivos. Los principios para la atención de las quejas y reclamos son los de la gratuidad, informalidad e inmediatez, que esperamos de buena fe que se cumplan. El Art. 16 de la LODP²⁸ le otorga la facultad de promover sin demora alguna, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución, cuando se trata de hechos que afecten a la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica de las personas.

26. Puede revisarse en el proyecto de Código de Procedimiento Penal de la CLD el título correspondiente a la Defensoría Pública.

27. Cf., Art. 13.

28. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Si esto no es suficiente, está prevista la obligatoriedad de toda autoridad pública y de los particulares de prestar la colaboración requerida suministrando la información que fuese solicitada, sin que proceda la invocación de reserva alguna²⁹, contando el funcionario con un plazo de ocho días para suministrarla cuando se trata de información que por Ley debe mantenerse en reserva. El incumplimiento de la obligación hace incurrir a las personas y funcionarios obligados en la figura penal del desacato, tanto por no entregar oportunamente la información como cuando se ponen obstáculos en las investigaciones.

Las sanciones por la negativa a dar información y la falta de colaboración por parte de los funcionarios y empleados del sector público pueden llegar hasta diez salarios mínimos vitales de multa, y hasta la destitución del cargo, según la gravedad del caso y mediante sumario administrativo, según lo dispone el Art. 23 de la LODP. Para los particulares que se nieguen a dar información o que no colaboren en las quejas en que se encuentren implicados están previstas responsabilidades civiles y penales mediante las correspondientes acciones que podrá interponer el Defensor del Pueblo.

Esperaremos para apreciar la intervención de la Defensoría del Pueblo en temas cruciales como los de salud, en que enorme responsabilidad tiene un pésimo administrador como es el Estado, en el tema carcelario, con una sistemática violación de los derechos humanos, en la lentitud de los procesos penales que fractura cualquier principio de racionalidad, con una tasa de presos sin condena que supera el 80 %, en el problema de los menores de la calle, que son el gran ejército de reserva de la criminalidad de los mayores, y en otros aspectos básicos como los servicios públicos de electricidad y telefonía, en los de educación y vivienda, y en los servicios municipales.

29. Cf., Art. 21.