

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Carlos R. Constenla

*Presidente del Instituto Latinoamericano
del Ombudsman – Defensor del Pueblo*



ZAVALLIA

Bogotá, México, D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010

ÍNDICE

Prefacio	7
----------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

I. El poder	12
1. El poder y el derecho.....	13
2. La política y el gobierno.....	14
3. El poder y el Defensor del Pueblo	15
II. La limitación del poder	16
4. Legitimidad y poder negativo.....	16
5. Legitimidad e ideología.....	17
6. La antigüedad.....	18
7. Gobierno de las leyes o gobierno de los hombres	19
8. Grecia.....	21
9. Roma.....	22
10. El pueblo hebreo.....	25
11. El cristianismo.....	26
12. El Islam	27
13. El imperio bizantino.....	28
14. La Edad Media.....	30
A) Isidoro de Sevilla	31
B) John de Salisbury	32
C) Juristas y teólogos ingleses	32
D) Bracton, Tomás de Aquino y Vitoria	33
E) Marsilio de Padua.....	34
F) Abandono de la teoría del <i>domino</i>	35
G) Castilla y Aragón.....	36
15. El Renacimiento y Maquiavelo	37
16. Guicciardini	37
17. Los «Discursos... de Maquiavelo».....	38
18. El papado.....	39
19. El Derecho romano y el constitucionalismo moderno	39
A) Teoría del Derecho Privado	39

B) Bártolo de Saxoferrato	40
C) Salamonio	40
D) Diferencias con el derecho inglés	40
E) Fortescue	41
F) La contraposición de dos modelos	42
20. ¿Dónde están las raíces del absolutismo?	42
III. Otras tendencias para limitar el poder	43
21. El luteranismo	43
22. Dominicos, jesuitas y calvinistas. Los monarcómanos	45
A) Vitoria	46
B) Luis de León	46
C) Molina y Suárez	47
D) Brück	48
E) Calvino	48
F) Altusio	49
G) Propalación del calvinismo	50
H) Mariana	51
23. La «rule of law»	53
24. «The glorious revolution»	55
25. La Revolución francesa	55
26. La negación del modelo romano	56
IV. De la limitación del poder al Estado de derecho	57
27. El pensamiento de Locke	57
28. La Revolución norteamericana	58
29. El Estado de derecho	58
V. La legalidad	58
VI. La libertad	59
VII. Una distinción en debate: libertad de los antiguos y libertad de los moder- nos	59
30. El pensamiento de Catalano	59
31. La reformulación de Constant	60
32. Burdeau	61
33. Cerroni	62
34. Una reflexión de Marx	62
35. La libertad a la inglesa	62
36. El sentido de la libertad	62
VIII. El poder negativo	64
37. El concepto de Robespierre	65
38. El concepto de Castelli	66
39. Reservas sobre los medios de control	66
40. Superación del modelo institucional liberal	68
41. El poder negativo y el Defensor del Pueblo	69
42. «Discursos sobre la primera década de Tito Livio»	70
43. Claros conceptos de Mariana	71
44. Del luteranismo al republicanismo calvinista	71
A) Melanchthon	71

B) Zuinglio	72
C) Calvino	72
D) Altusio	73
E) Hotman	74
45. Spinoza	75
46. Rousseau	78
47. Fichte	81
48. El jacobinismo italiano	82
49. La República romana de 1849	84
50. Moya	84
51. El largo silencio	85
52. Una recensión de Ortega y Gasset	87
IX. Los nuevos derechos	87
53. Libertad e igualdad	88
54. A propósito de una terminología	89
X. La primera generación de derechos	89
55. La igualdad y la ley	90
56. Ideología e igualdad	91
57. La distorsión del proceso revolucionario	92
58. Asimetrías que produce el sistema	92
XI. Los derechos sociales	93
59. Del Estado liberal al Estado social	93
60. Universalización e indivisibilidad de los derechos	93
XII. Los derechos de la solidaridad	95

CAPÍTULO SEGUNDO

I. Las disfunciones del Estado de Derecho	97
II. El poder paralelo	100
1. La indefensión del administrado	100
2. Obligación de cumplir con la norma injusta o irrazonable	101
3. La irrealidad y el exceso como forma de irrazonabilidad	102
4. La realidad argentina	103
5. Antecedentes en nuestra cultura	105
6. La ilegalidad como sistema	106
7. Una respuesta dogmática	107
III. La burocracia	108
8. Antecedentes	108
9. Calificación peyorativa	109
10. Características	109
11. Otros conceptos	110
IV. El sigilo en la Administración	112
12. Herramienta antidemocrática	112
13. La publicidad de los actos de gobierno	112
14. Realidad de los actos de la administración	113
15. Relación del sigilo con la burocracia	114
16. La información y la democracia	114

V. Crisis del principio de la división de poderes	115
17. El liberalismo	115
18. La división de poderes	116
19. Preponderancia del Poder Ejecutivo	116
A) Las revoluciones entre 1917 y 1919	116
B) El Estado social	117
C) La política económica	117
D) El Estado de Bienestar	117
E) Opiniones de García Pelayo y Matteucci	118
F) Loewenstein y el liderazgo político	119
20. Desconcentración y democracia	119
VI. El abuso de autoridad	120
21. ¿Puede ser abusivo el ejercicio de un derecho?	120
22. ¿Puede haber abuso en el Estado de derecho?	120
23. La opinión de B. Russell	121
24. El poder tiende a abusar	122
26. El abuso y el sistema penal	122
VII. La pobreza y su incidencia en el sistema democrático	123

CAPÍTULO TERCERO

I. El control de la Administración	125
II. Antecedentes argentinos	128
1. La época colonial	128
2. Después de la Revolución de Mayo	129
3. El sistema de la Constitución	130
III. Los sistemas de control vigentes en la Administración Pública argentina	132
IV. Los controles externos	134
4. El control político o parlamentario	134
5. El control jurisdiccional	137
A) El contencioso administrativo	137
B) El sistema anglosajón	138
C) Los llamados actos de gobierno	138
D) El contencioso administrativo y la justicia	142
E) La responsabilidad de los funcionarios	143
F) La protección jurídica de las personas	144
G) La actual situación del contencioso administrativo	144
H) El ámbito provincial	145
I) Conclusión	147
6. El control administrativo	147
A) Auditoría General	147
B) Fiscalía General de Investigaciones Administrativas	149
7. Órganos provinciales de control externo administrativo	150
A) Tribunales de Cuentas	150
B) Fiscal de Estado	150
C) Fiscalía de Investigaciones Administrativas provinciales	151

8. El control administrativo en los municipios	152
A) Constituciones que nada dicen al respecto	152
B) Control por el Tribunal de Cuentas provincial	152
C) Control de legalidad por el mismo municipio	152
D) Control por el Tribunal de Cuentas municipal	152
V. Los controles internos	153
9. Sindicatura General de la Nación	153
10. Oficina Anticorrupción	154
11. Órganos provinciales de control interno	155
12. Órganos municipales de control interno	155

CAPÍTULO CUARTO

Primera Parte: Precedentes históricos que sustentan la existencia del Defensor del Pueblo	158
I. Primeros antecedentes	158
1. China	158
2. Grecia	159
3. Esparta	159
4. Atenas	161
II. Antecedentes romanos	161
5. El Tribuno de la Plebe	161
A) Los orígenes	162
B) Rasgos políticos e institucionales	163
C) Naturaleza	165
D) Desarrollo	168
E) Características	169
F) La potestad tribunicia durante el principado	170
G) Del Tribuno de la Plebe al Defensor del Pueblo	170
6. El Defensor Civitatis	170
III. La Edad Media	173
7. Primeros años del cristianismo. El Defensor de la Iglesia	173
8. La época carolingia	176
9. El auditor flamenco	178
IV. Antecedentes en el Derecho español	178
10. La España musulmana	178
11. El Justicia de Aragón	180
12. Personeros y Diputados del Común	189
V. Antecedentes americanos	191
13. La América precolombina	191
14. El Juicio de Residencia	193
15. Procurador Síndico General	198
VI. América independiente	201
16. El Tribunado en el Proyecto de Constitución para el Río de la Plata de 1811	201
17. El Protector de la Nación	201
18. Antecedentes en las primeras constituciones chilenas	203

19. La Procuraduría de Pobres de San Luis Potosí.....	203
20. El Poder Cooperativo	205
Segunda Parte: El Ombudsman moderno	206
VII. El Ombudsman sueco	206
21. Orígenes	206
22. Posterior evolución	210
VIII. El Ombudsman en otros países escandinavos	212
23. Finlandia.....	212
24. Dinamarca	215
25. Noruega.....	216
IX. Expansión de la figura del Ombudsman.....	219
26. El Ombudsman militar alemán	219
27. Nueva Zelanda	220
28. Gran Bretaña	221
29. Israel.....	222
30. Francia.....	223
31. Comisión Parlamentaria de Peticiones de la República Federal alemana	224
32. La Prokuratura soviética	224
X. Universalización de la figura del Ombudsman	226
33. El Ombudsman en el país más joven del mundo	226
XI. El Ombudsman en la Península Ibérica.....	227
34. Portugal: El Provedor de Justiça.....	227
35. España: El Defensor del Pueblo.....	230
XII. América Latina	233
36. Las primeras propuestas.....	233
37. El Instituto Latinoamericano del Ombudsman.....	234
38. Hispanoamérica.....	235
39. El Caribe y países anglófonos	236
40. El particular caso de Brasil.....	237
41. Un caso de poder negativo en Cuba.....	240
XIII. República Argentina.....	240
42. Antecedentes.....	240
43. El Defensor del Pueblo en las provincias	241
XIV. El Defensor del Pueblo local.....	242
44. El Defensor del Pueblo y el Poder municipal	242
45. El Defensor del Pueblo local en América latina	244
46. El Defensor del Pueblo local en la Argentina.....	246

CAPÍTULO QUINTO

Primera parte: Carácter e identificación del Defensor del Pueblo	248
I. Presente y futuro del Defensor del Pueblo	248
1. Objeto de Estudio	248
2. Razones de su desarrollo	248
3. Esbozo de una definición.....	252
4. Denominación.....	253

II. Caracteres comunes.....	254
5. Perfiles identificatorios	254
6. Instituto Internacional del Ombudsman	255
7. Principios de París	256
III. Identificación de la figura	257
8. Autonomía.....	257
9. Forma de elección.....	259
10. Periodicidad del cargo.....	262
11. Causales de cese.....	263
12. Unipersonalidad de la función	264
13. Facultades de investigación	265
14. Carácter no vinculante de sus resoluciones	266
15. Especialización.....	269
16. Independencia de toda disciplina partidaria	271
17. Acceso libre, gratuito, informal	272
18. Poder de iniciativa	274
19. Informe al parlamento.....	275
20. Condiciones para ser ombudsman	275
21. Incompatibilidades	278
22. La imparcialidad ética del Defensor del Pueblo.....	278
IV. Competencias institucionales	280
23. El paradigma de Gordillo.....	280
24. Del debate en la Constituyente	281
V. Funciones políticas.....	282
25. Defensa de los derechos humanos	282
26. Operar contra todo tipo de discriminación	284
27. Promoción de los derechos humanos.....	286
28. Control de la Administración pública.....	287
29. Monitoreo de las políticas públicas	288
30. Supervisión de la prestación de los Servicios Públicos	289
31. Incidencia en las políticas públicas	290
32. Velar por las buenas prácticas administrativas	291
33. Desburocratizar y mejorar las relaciones de la Administración con la población.....	292
34. Precisar competencias con otras funciones estatales.....	293
35. Mediar entre la sociedad y el Estado.....	294
36. Propiciar acciones de prevención	296
37. Promoción de la participación popular.....	296
38. Asumir la función como una misión de servicio y solidaridad.....	298
VI. Los ombudsman especiales	299
39. Diferentes posiciones	299
40. El ombudsman en un pacto económico	301
Segunda parte: Naturaleza Jurídica.....	301
VII. El Defensor del Pueblo en el sistema político institucional	301
41. Dudas sobre su viabilidad institucional.....	301
42. El Defensor del Pueblo en un sistema presidencialista.....	302

43. El Defensor del Pueblo y el parlamento.....	304
VIII. Órgano extrapoder	305
44. Qué es un órgano extrapoder.....	395
45. Indentificación de órganos extrapoderes.....	307
IX. Órgano de control	307
46. El <i>defensor del Pueblo</i> como órgano de control.....	307
47. Carácter de ese control.....	308
X. Naturaleza tribunicia del Defensor del Pueblo	308
48. Las raíces del poder negativo.....	308
49. Otra visión de la división de poderes.....	309
50. El tribunado y Rousseau.....	310
51. Robespierre y la idea del tribunado.....	311
52. El tribunado y el constitucionalismo del siglo XIX.....	312
53. El Tribunado como elemento organizativo para defensa de la libertad....	314
54. La naturaleza tribunicia.....	315
XI. Distinción con otras instituciones de control en el derecho argentino....	317
55. Con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.....	317
56. Con la Auditoría General de la Nación.....	319
57. Con la Sindicatura General.....	320
58. Con la Fiscalía Anticorrupción.....	320
59. Con las fiscalías de Estado.....	320
60. Con la Defensoría General.....	320

CAPÍTULO SEXTO

I. Modos de actuación. Las Quejas	324
1. La queja.....	324
2. El reclamo.....	326
3. La queja hoy.....	326
4. La queja como forma de participación.....	327
5. El Defensor del Pueblo como receptor de quejas.....	328
6. La queja, el procedimiento administrativo y el proceso judicial.....	330
7. El Defensor del Pueblo como receptor de denuncias informales.....	330
8. El Defensor del Pueblo como magistrado de confianza.....	331
9. ¿Puede recibir quejas de empleados estatales?.....	332
II. Capacidad legal para actuar ante el Defensor del Pueblo. El caso de los menores de edad	333
10. ¿Qué condiciones debe reunir una persona para hacer una presentación ante el <i>Defensor del Pueblo</i> ?.....	333
11. Situación particular de los niños sobre todo a partir de la sanción de la Convención de los Derechos del Niño.....	334
III. El Defensor del Pueblo y su legitimación procesal	335
12. La reforma constitucional de 1994.....	335
13. Qué es le legitimación procesal.....	336
14. Alcances de la legitimación procesal conferida al <i>Defensor del Pueblo</i> ..	337
IV. El recurso de amparo	338
15. Antecedentes.....	338

16. La evolución de este recurso excepcional.....	338
17. La Convención Americana de Derechos Humanos.....	339
18. Una renovada interpretación.....	340
V. Los derechos de incidencia colectiva	341
19. Distinciones legales.....	341
20. Los llamados derechos subjetivos.....	341
21. Los intereses difusos.....	342
22. El caso <i>Kattan</i> (Las toninas).....	343
23. El amparo colectivo.....	343
VI. Genérica legitimación del Defensor del Pueblo para promover la acción de amparo	343
24. Herramienta determinante para la misión del <i>Defensor del Pueblo</i>	343
25. El caso del Defensor Antonio Cartañá.....	345
26. Interpretación del artículo 43 de la Constitución nacional.....	346
VII. Alcances de la legitimación procesal	348
27. Distintas interpretaciones.....	348
28. Importancia sustancial de este atributo técnico.....	349
29. Quién es el titular de la legitimación procesal.....	350
VIII. Declaración de inconstitucionalidad	351
30. La acción de inconstitucionalidad.....	351
31. Atribución natural del <i>Defensor del Pueblo</i>	351
IX. Evolución de la jurisprudencia	352
32. Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	352
33. Los fallos más recientes.....	355
X. Sobre qué materias actúa el Defensor del Pueblo	356
34. Competencia sobre las diversas funciones del Estado.....	356
XI. La administración de justicia como servicio	358
35. La Convención Americana de Derechos Humanos.....	358
36. Las causas judiciales demoradas.....	358
XII. El Defensor del Pueblo ante los organismo internacionales	359
37. El antecedente del Defensor Jorge Maiorano.....	359
38. Caso de crímenes producidos por el terrorismo de Estado.....	362
39. Caso Fujimori.....	363
40. Caso <i>Barrios Altos</i>	363
41. Materia electoral.....	363
42. Caso de Guatemala.....	363
43. Otros casos.....	364
44. Conclusiones sobre esta cuestión.....	364
XIII. Escalas de competencia	366
45. Federalismo y autonomía.....	366
46. Competencias discontinuas del <i>Defensor del Pueblo</i>	367
BIBLIOGRAFÍA	369