

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

<b>I. <i>El poder</i></b> .....	12
1. El poder y el derecho.....	13
2. La política y el gobierno.....	14
3. El poder y el Defensor del Pueblo .....	15
<b>II. <i>La limitación del poder</i></b> .....	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
<b>III. Otras tendencias para limitar el poder .....</b>	<b>43</b>
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
<b>IV. De la limitación del poder al Estado de derecho .....</b>	<b>57</b>
27. El pensamiento de Locke .....	57
28. La Revolución norteamericana .....	58
29. El Estado de derecho .....	58
<b>V. La legalidad .....</b>	<b>58</b>
<b>VI. La libertad .....</b>	<b>59</b>
<b>VII. Una distinción en debate: libertad de los antiguos y libertad de los moder- nos .....</b>	<b>59</b>
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
<b>VIII. El poder negativo .....</b>	<b>64</b>
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
<b>IX. Los nuevos derechos .....</b>	<b>87</b>
53. Libertad e igualdad .....	88
54. A propósito de una terminología .....	89
<b>X. La primera generación de derechos .....</b>	<b>89</b>
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
<b>XI. Los derechos sociales .....</b>	<b>93</b>
59. Del Estado liberal al Estado social .....	93
60. Universalización e indivisibilidad de los derechos .....	93
<b>XII. Los derechos de la solidaridad .....</b>	<b>95</b>

**CAPÍTULO SEGUNDO**

<b>I. Las disfunciones del Estado de Derecho .....</b>	<b>97</b>
<b>II. El poder paralelo .....</b>	<b>100</b>
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
<b>III. La burocracia .....</b>	<b>108</b>
8. Antecedentes .....	108
9. Calificación peyorativa .....	109
10. Características .....	109
11. Otros conceptos .....	110
<b>IV. El sigilo en la Administración .....</b>	<b>112</b>
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

<b>V. Crisis del principio de la división de poderes</b> .....	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
<b>VI. El abuso de autoridad</b> .....	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
<b>VII. La pobreza y su incidencia en el sistema democrático</b> .....	123

**CAPÍTULO TERCERO**

<b>I. El control de la Administración</b> .....	125
<b>II. Antecedentes argentinos</b> .....	128
1. La época colonial .....	128
2. Después de la Revolución de Mayo .....	129
3. El sistema de la Constitución .....	130
<b>III. Los sistemas de control vigentes en la Administración Pública argentina</b> .....	132
<b>IV. Los controles externos</b> .....	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
<b>V. Los controles internos</b> .....	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**

<b>Primera Parte: Precedentes históricos que sustentan la existencia del Defensor del Pueblo</b> .....	158
<b>I. Primeros antecedentes</b> .....	158
1. China .....	158
2. Grecia .....	159
3. Esparta .....	159
4. Atenas .....	161
<b>II. Antecedentes romanos</b> .....	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
<b>III. La Edad Media</b> .....	173
7. Primeros años del cristianismo. El Defensor de la Iglesia .....	173
8. La época carolingia .....	176
9. El auditor flamenco .....	178
<b>IV. Antecedentes en el Derecho español</b> .....	178
10. La España musulmana .....	178
11. El Justicia de Aragón .....	180
12. Personeros y Diputados del Común .....	189
<b>V. Antecedentes americanos</b> .....	191
13. La América precolombina .....	191
14. El Juicio de Residencia .....	193
15. Procurador Síndico General .....	198
<b>VI. América independiente</b> .....	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
<b>Segunda Parte: El Ombudsman moderno.....</b>	<b>206</b>
<b>VII. El Ombudsman sueco.....</b>	<b>206</b>
21. Orígenes.....	206
22. Posterior evolución.....	210
<b>VIII. El Ombudsman en otros países escandinavos.....</b>	<b>212</b>
23. Finlandia.....	212
24. Dinamarca.....	215
25. Noruega.....	216
<b>IX. Expansión de la figura del Ombudsman.....</b>	<b>219</b>
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
<b>X. Universalización de la figura del Ombudsman.....</b>	<b>226</b>
33. El Ombudsman en el país más joven del mundo.....	226
<b>XI. El Ombudsman en la Península Ibérica.....</b>	<b>227</b>
34. Portugal: El Provedor de Justiça.....	227
35. España: El Defensor del Pueblo.....	230
<b>XII. América Latina.....</b>	<b>233</b>
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
<b>XIII. República Argentina.....</b>	<b>240</b>
42. Antecedentes.....	240
43. El Defensor del Pueblo en las provincias.....	241
<b>XIV. El Defensor del Pueblo local.....</b>	<b>242</b>
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

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

<b>II. Caracteres comunes.....</b>	<b>254</b>
5. Perfiles identificatorios.....	254
6. Instituto Internacional del Ombudsman.....	255
7. Principios de París.....	256
<b>III. Identificación de la figura.....</b>	<b>257</b>
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
<b>IV. Competencias institucionales.....</b>	<b>280</b>
23. El paradigma de Gordillo.....	280
24. Del debate en la Constituyente.....	281
<b>V. Funciones políticas.....</b>	<b>282</b>
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
<b>VI. Los ombudsman especiales.....</b>	<b>299</b>
39. Diferentes posiciones.....	299
40. El ombudsman en un pacto económico.....	301
<b>Segunda parte: Naturaleza Jurídica.....</b>	<b>301</b>
<b>VII. El Defensor del Pueblo en el sistema político institucional.....</b>	<b>301</b>
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
<b>VIII. Órgano extrapoder</b> .....	305
44. Qué es un órgano extrapoder.....	395
45. Indentificación de órganos extrapoderes.....	307
<b>IX. Órgano de control</b> .....	307
46. El <i>defensor del Pueblo</i> como órgano de control.....	307
47. Carácter de ese control.....	308
<b>X. Naturaleza tribunicia del Defensor del Pueblo</b> .....	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
<b>XI. Distinción con otras instituciones de control en el derecho argentino....</b>	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**

<b>I. Modos de actuación. Las Quejas</b> .....	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
<b>II. Capacidad legal para actuar ante el Defensor del Pueblo. El caso de los menores de edad</b> .....	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
<b>III. El Defensor del Pueblo y su legitimación procesal</b> .....	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
<b>IV. El recurso de amparo</b> .....	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
<b>V. Los derechos de incidencia colectiva</b> .....	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
<b>VI. Genérica legitimación del Defensor del Pueblo para promover la acción de amparo</b> .....	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
<b>VII. Alcances de la legitimación procesal</b> .....	348
27. Distintas interpretaciones.....	348
28. Importancia sustancial de este atributo técnico.....	349
29. Quién es el titular de la legitimación procesal.....	350
<b>VIII. Declaración de inconstitucionalidad</b> .....	351
30. La acción de inconstitucionalidad.....	351
31. Atribución natural del <i>Defensor del Pueblo</i> .....	351
<b>IX. Evolución de la jurisprudencia</b> .....	352
32. Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	352
33. Los fallos más recientes.....	355
<b>X. Sobre qué materias actúa el Defensor del Pueblo</b> .....	356
34. Competencia sobre las diversas funciones del Estado.....	356
<b>XI. La administración de justicia como servicio</b> .....	358
35. La Convención Americana de Derechos Humanos.....	358
36. Las causas judiciales demoradas.....	358
<b>XII. El Defensor del Pueblo ante los organismo internacionales</b> .....	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
<b>XIII. Escalas de competencia</b> .....	366
45. Federalismo y autonomía.....	366
46. Competencias discontinuas del <i>Defensor del Pueblo</i> .....	367
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	369