



**Biblioteca
IBEROAMERICANA
de DERECHO**

TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

CARLOS R. CONSTENLA

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

 **editorial
TEMIS S.A.**

 **EDITORIAL
UUBIUIS**



ZAVALIA

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

- La Corte Penal Internacional —soberanía versus justicia universal—**, *Jean Marcel Fernandes* (2008).
- El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias**, *Carlos de Cores y Enrico Gabrielli* (2008).
- El divorcio en el Derecho iberoamericano**, *Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo (Coords.)* (2009).
- La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica, con particular referencia al Derecho cubano**, *Leonardo B. Pérez Gallardo* (2009).
- Código europeo de Contratos**, *Academia de Pavía* (2009).
- Favor debitoris —análisis crítico—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).
- Los tesoros del mar y su régimen jurídico**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
- Derecho civil —método y concepto—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- Teoría y práctica del Defensor del Pueblo**, *Carlos R. Constenla* (2010).

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

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

CONSEJO ASESOR

Carlos Cárdenas Quirós

Universidad de Lima

Carlos J. de Cores Helguera

Universidad Católica del Uruguay

Carlos Dario Barrera

Universidad Javeriana de Bogotá

Carmen Domínguez Hidalgo

Universidad Católica de Chile

Aida Kemelmajer de Carlucci

Universidad de Mendoza

Luis Leiva Fernández

Universidad de Buenos Aires

Leonardo B. Pérez Gallardo

Universidad de La Habana

Fernando Serrano Migallón

Universidad Nacional Autónoma de México

María del Carmen Valdés Martínez

Universidad Veracruzana de Xalapa

COORDINADOR

Carlos Rogel Vide

Universidad Complutense de Madrid

EDITAN:

Argentina

Editorial Zavalía

Alberti 835,
C1223AAG Buenos Aires
Tfno.: (5411) 4942-1274
Fax (5411) 4308-2421
www.zavalía.com.ar
correo@zavalía.com.ar

Colombia

Editorial Temis

Calle 17 N° 68D – 46
Bogotá
Tfnos.: (57-1) 3413225 – 3417297
Fax: (57-1) 3344331
www.editorialtemis.com
editorial@editorialtemis.com

México

Editorial UBIJUS

Av. Jardín N°. 592 Col. Euzkadi,
Del. Azcapotzalco, México, D.F.,
C.P. 02660
Tfno.: (52-5) 55 56 45 11
Tel./Fax: (52) 53 56 68 88
www.ubijus.com
ubijus@gmail.com

España

Editorial Reus, S. A.

Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

ISBN: 978-84-290-1632-1

Depósito Legal: Z. 3055-10

Diseño de portada: María Lapor

Impreso en España

Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.

Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni las editoriales, ni los miembros del Consejo Asesor, ni el coordinador de la Biblioteca Iberoamericana de Derecho responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

PREFACIO

Casi once años de ejercicio como Defensor del Pueblo, una muy activa participación en todos los foros nacionales e internacionales de los Defensores del Pueblo y sobre todo las dudas que me generaban los alcances y fines de esa institución, me llevaron a adentrarme en sus entresijos. No fue ajena a esta tardía pasión, mi deserción en el ejercicio de la profesión de abogado y mi temprano y ya muy distante abandono de la militancia partidaria.

Asumí esta función por vocación política y de servicio y convencido de que podía desempeñarme siquiera dignamente. Pero pronto me convencí que era muy poco ajustarme a una norma estatutaria que me decía qué podía hacer y cómo debía actuar, cuando las personas que acudían a nuestro servicio, nos requerían otras cosas. Para colmo yo era un Defensor del Pueblo municipal y no tenía espacio como para hacer despliegues muy atrevidos, teniendo en cuenta mi pobre presupuesto y las limitaciones del sistema jurídico que, en su versión más adocenada, sabe muy bien lo que no se debe hacer y lo que no se debe cambiar y poco o nada lo que se puede y debe transformar y mejorar.

Encontré pocas cosas escritas y pensadas sobre esta institución, la mayor parte sintética o monográfica; las obras de más envergadura, sólo con comentarios a las normas legales.

Entonces me puse a pensar cuál era el sentido y el valor de esta novedad jurídica, política, institucional. Y allí se me produjo el primer conflicto. En la Argentina, y en mi ciudad, Vicente López, al Defensor del Pueblo se lo ve, desde afuera como un organismo de control, con la secreta esperanza de que haga condenar penalmente a algún funcionario por corrupto. Pero la realidad dice que los que acuden a su oficina, en

general, no van para que se controle a la Administración en abstracto, sino para que se lo ayude a resolver un problema. Y los que, por interés o compromiso social (ambiental, político, etc.) piden una intervención genérica de la Defensoría del Pueblo contra la Administración, están más motivados por la vigilancia sobre el cumplimiento de alguna política pública (edilicia, urbanística, sanitaria, educativa) que por un simple control administrativo. Por otra parte, advertí que con contadas excepciones desde la política tampoco se entendía demasiado que era esto del Defensor del Pueblo.

Me anticipo a la objeción de que mal puede alguien asumir una función si no la conoce a fondo. La acepto, pero vale aclarar que además de las razones que estoy explicando y que me llevaron a desempeñar este cargo, la mejor manera de saber algo es experimentándolo. Jamás he sido juez, ni agente fiscal, ni gobernante, ni legislador (en realidad no fui otra cosa que abogado) aunque mis títulos me habilitaban para serlo, pero jueces y fiscales y gobernantes y legisladores los hay desde hace centenares de años como hay códigos, códigos y breviarios por todo lo ancho del mundo, explicando, hasta con métodos supuestamente infalibles, de cómo cumplir adecuadamente esos menesteres. Pero de Defensor del Pueblo no hay una cosa ni la otra, y confunde, sobre todo cuando los teóricos de un lado dicen que es un órgano de control y otros una herramienta para defender derechos, unos que afirman que debe tener legitimación procesal y que otros que se la niegan. Están lo que dijeron que se debe ocupar de los derechos humanos, y otros que piensan que para eso está la Justicia; los que creen que debe defender a los usuarios y consumidores y los que afirman que para eso debe haber oficinas especializadas. Por allí manifiestan que debe controlar a la justicia y al parlamento y otros que se escandalizan por esa razón, en fin hay quienes creen que debe tener una competencia acotada porque su función perturba el buen desempeño de los poderes del Estado y los que suponen que tiene una especie de competencia residual universal. Y por encima de todo, este nombre que adoptamos del castellano de Castilla (porque en otros lugares de España se lo denomina de forma diversa) y que insinúa con furtiva presunción y con bastante audacia una cierta vecindad épica con el no menos castellano «caballero de la triste figura» aunque sin Rocinante, sin lanza ni adarga y la más de las veces sin su bizarra nobleza.

Desde que apareció el Defensor del Pueblo en América Latina, muchas dudas, vacilaciones e incertidumbres fueron aclarando normativamente los textos constitucionales y legales, pero no todas. Algunos fallos judiciales ayudaron, otros confundieron, la doctrina se fue desentendiendo de

la novedad y la sociedad muchas veces buscó en el Defensor del Pueblo la solución a problemas que la política no podía resolver.

El Defensor del Pueblo es conocido también como Ombudsman, instituto creado en Suecia e introducido en el resto de Europa y desde allí a todo del mundo. Nadie discutía entonces su origen escandinavo, aunque jurídicamente sus perfiles, con el tiempo, variaron bastante, sobre todo cuando se afincó en la península ibérica en la década de los años setenta. Pero, en mi opinión, se da el caso, realmente singular, de que el Defensor del Pueblo es una institución de linaje putativo, porque si bien su tipología jurídica es la del Ombudsman (autonomía, forma de elección parlamentaria, periodicidad, prescindencia política, informe anual, etc.), su raigambre es otra.

Entonces —y de aquí la composición de este ensayo— ¿es el Defensor del Pueblo, nuestro Defensor del Pueblo iberoamericano, un Ombudsman tradicional o tiene otra estirpe y con ello otra naturaleza, otra significación, otro sentido institucional y otro destino político?

*El recorrido de este trabajo va siguiendo esas inquietudes. Primero el poder y su limitación, en la idea de que siempre el poder estuvo limitado. También el poder pero visto desde su otra cara, el poder negativo, que nos lleva a una, en apariencia, desconcertante filiación: la del Defensor del Pueblo con el Tribuno de la Plebe de la antigua Roma. Segundo el dilema de la democracia y sus disfunciones, porque hay que dar respuesta a la perturbadora pregunta: ¿de quién debe defender al pueblo el Defensor del Pueblo? Tercero qué y cómo son los órganos de control, porque el Defensor del Pueblo es también —y jamás debe renunciar a ello—, un órgano de control. Cuarto: si como creemos nosotros, el Defensor del Pueblo ejerce una función propia de la organización de los poderes y contrapoderes del Estado, existió en distintas formas *lege lata* o *lege ferenda* siempre. Es del presente pero también, e inexorablemente, del pasado y en tanto la democracia perviva, lo será del porvenir. Quinto, cuáles son sus características, funciones, naturaleza jurídica y diferenciaciones políticas e institucionales y finalmente, en sexto lugar, qué es lo que puede hacer y cómo.*

Como dije más arriba, este libro no tiene otra pretensión que la de ser un ensayo. Sus afirmaciones son opinables y no tienen sino el propósito de hacer pensar en esta revolucionaria figura. En una palabra, alentar en su estudio y ayudar a reconocer lo que tal vez sea la más innovadora institución que nos plantea la teoría política de este tiempo y la que mejor contribuirá a hacer más democrática nuestra sociedad y más respetados los derechos humanos.

Debo aclarar que las citas que abundan en el texto no pretenden exhibir erudición; sólo procuran sostener o robustecer conceptos y opiniones. Son citas de autoridad, no de sabiduría. Dejo finalmente constancia, que en estas páginas se reflejan sensaciones de muchos años de compromiso con ideales que sigo profesando con el mismo aliento que en mi ya lejana juventud. El lector comprenderá seguramente que la simpatía que me anima por quienes creyeron que valía la pena poner los empeños de su inteligencia y de su creatividad en las causas más nobles, me aparte a veces de cierto rigor expositivo. No debe sorprender entonces si en algunos renglones se leen al pasar los nombres de Teresa de Ávila, Alfredo Palacios, Miguel de Cervantes, William Shakespeare, José Hernández o Miguel de Unamuno.

Agradezco al Dr. Rodrigo Zilli su colaboración en la búsqueda de la jurisprudencia que cito y la indagación sobre algunos textos olvidados.

La Lucila, Buenos Aires, 23 de abril de 2010

CAPÍTULO PRIMERO

Sumario: **I. *El poder*:** 1. El poder y el derecho.– 2. La política y el gobierno.– 3. El poder y el Defensor del Pueblo.– **II *La limitación del poder*:** 4. Legitimidad y poder negativo.– 5. Legitimidad e ideología.– 6. La antigüedad.– 7. Gobierno de las leyes o gobierno de los hombres.– 8. Grecia.– 9. Roma.– 10. El pueblo hebreo.– 11. El cristianismo.– 12. El Islam.– 13. El imperio bizantino.– 14. La Edad Media: A) Isidoro de Sevilla.– B) John de Salisbury.– C) Juristas y teólogos ingleses.– D) Bracton, Tomás de Aquino y Vitoria.– E) Marsilio de Padua.– F) Abandono de la teoría del *domino*.– G) Castilla y Aragón.– 15. El Renacimiento y Maquiavelo.– 16. Guicciardini.– 17. Los «Discursos... de Maquiavelo».– 18. El papado.– 19. El Derecho romano y el constitucionalismo moderno: A) Teoría del Derecho Privado.– B) Bártolo de Saxoferrato.– C) Salamonio.– D) Diferencias con el derecho inglés.– E) Fortescue.– F) La contraposición de dos modelos.– 20. ¿Dónde están las raíces del absolutismo?– **III. *Otras tendencias para limitar el poder*:** 21. El luteranismo.– 22. Dominicos, jesuitas y calvinistas. Los monarcómanos: A) Vitoria.– B) Luis de León.– C) Molina y Suárez.– D) Brück.– E) Calvino.– F) Altusio.– G) Propalación del calvinismo.– H) Mariana.– 23. La «rule of law».– 24. «The glorious revolution».– 25. La Revolución francesa.– 26. La negación del modelo romano.– **IV. *De la limitación del poder al Estado de derecho*:** 27. El pensamiento de Locke.– 28. La Revolución norteamericana.– 29. El Estado de derecho.– **V. *La legalidad*.**– **VI. *La libertad*.**– **VII. *Una distinción en debate: libertad de los antiguos y libertad de los modernos*:** 30. El pensamiento de Catalano.– 31. La reformulación de Constant.– 32. Burdeau.– 33. Cerroni.– 34. Una reflexión de Marx.– 35. La libertad a la inglesa.– 36. El sentido de la libertad.– **VIII. *El poder negativo*:** 37. El concepto de Robespierre.– 38. El concepto de Castelli.– 39. Reservas sobre los medios de control.– 40. Superación del modelo institucional liberal.– 41. El poder negativo y el Defensor del Pueblo.– 42. «Discursos sobre la primera década de Tito Livio».– 43. Claros conceptos de Mariana.– 44. Del luteranismo al republicanismo calvinista: A) Melanchthon.– B) Zuin-

glio.– C) Calvino.– D) Altusio.– E) Hotman.– 45. Spinoza.– 46. Rousseau.– 47. Fichte.– 48. El jacobinismo italiano.– 49. La República romana de 1849.– 50. Moya.– 51. El largo silencio.– 52. Una reseña de Ortega y Gasset.– IX. *Los nuevos derechos*.– 53. Libertad e igualdad.– 54. A propósito de una terminología.– X. *La primera generación de derechos*.– 55. La igualdad y la ley.– 56. Ideología e igualdad.– 57. La distorsión del proceso revolucionario.– 58. Asimetrías que produce el sistema.– XI. *Los derechos sociales*.– 59. Del Estado liberal al Estado social.– 60. Universalización e indivisibilidad de los derechos.– XII. *Los derechos de la solidaridad*.

I. EL PODER

Aunque el *Defensor del Pueblo*¹ como institución no tiene poder (sus pronunciamientos no son vinculantes), sus acciones están referidas sustancialmente al poder. Tiene por misión defender a las personas del poder y a la vez controlar al poder; pero además, por su naturaleza, sus procedimientos y actuaciones se sustentan en otro poder al que se da en llamar poder negativo². El *Defensor del Pueblo* es una figura jurídica nacida al calor de una muy antigua y compleja relación institucional: la del poder con la libertad y la justicia, y al mismo tiempo con el imperecedero desafío de la resistencia a la arbitrariedad, a la opresión y a los abusos de la Administración.

Haciendo la historia del *Ombudsman*, dice un catedrático belga, que cuando se intenta rastrear sobre los antecedentes de esta institución, debe indagarse en el amplio campo de la evolución de las estructuras legales de la sociedad, para detectar en cada momento, dónde aumenta el poder del pueblo contra el de los gobiernos. Esto es en realidad, una parte de la historia de los Derechos Humanos³.

Se dice que el ser humano se enfrenta con el poder primariamente en cuanto poder administrativo. Una persona puede transcurrir su vida sin

¹ Emplearemos indistintamente las expresiones *Defensor del Pueblo* y *Ombudsman* por ser las que más se usan en nuestra lengua para identificar a esta institución.

² Ver Pierangelo Catalano: *Diritti di libertà e potere negativo* en *Note per l'interpretazione dell'art. 40 della Costituzione nella prospettiva storica*, STEM Mucchi, Modena 1972. El profesor Catalano de la Universidad de Roma *La Sapienza* publicó numerosos estudios sobre el «poder negativo» y fue quien puso este tema nuevamente en la consideración del pensamiento político moderno.

³ Herman Balthazar: *Historical overview of the ombuds – function* en *Looking for Ombudsman Standards*, Mys & Breesch, éditeurs, Gante 2000 p. 40.

verse involucrada en una causa penal o civil, así sea en uno de los llamados procesos voluntarios, pero no podrá hacerlo sin entrar en contacto con la Administración. Ella le acompañará desde la cuna⁴ hasta la sepultura, en su educación o en su ignorancia, en su trabajo o en su desempleo, en su asistencia o en su desamparo, en su salud o en su enfermedad, en su protección social o en su miseria, e incluso en el goce o carencia de servicios públicos esenciales como el agua, la electricidad, las comunicaciones, la vivienda o en el crédito para obtenerla⁵. Pero no será sólo ese poder administrativo (que es una forma del poder político) el que lo acompañará; muchos otros poderes, no propiamente jurídicos, condicionarán sus posibilidades de desarrollo humano, de libertad, de vida. Dicho más claramente, el poder no acompaña a la persona humana: la condiciona y la subordina (y a veces la maltrata). Su omnipresencia convierte a esa relación en un tema central de este tiempo y consecuentemente también del Derecho que la regula, tanto como Derecho del poder, sino también —y fundamentalmente—, como Derecho de la libertad, entendida ésta en el sentido clásico, que no es el reducido concepto de no poner obstáculos a la «libertad de hacer» sino el de la libertad de participar en la construcción del orden social.

§ 1. «Desde sus comienzos, y muy singularmente desde Bodino —dice Manuel García Pelayo (1909-1991)—, el Estado ha sido pensado y construido como una institución iuscéntrica y sería razonable considerar el paso del Estado absolutista al liberal como un perfeccionamiento del iuscentrismo; en realidad, no significa otra cosa el Estado de Derecho. Pero hoy, de un lado, el Estado ha dejado de centrarse única o preponderantemente en el Derecho, ni éste es su único medio de acción, sino tan sólo uno de los instrumentos de gestión; y la justicia distributiva material, de otro, sólo puede actualizarse mediante la eficacia de las políticas y de

⁴ Esa fue por lo menos la idea forjada a partir de la Revolución francesa. Napoleón Bonaparte pensando más en el Estado que en la Administración decía que «la ley toma al niño cuando nace, provee a su educación, lo prepara para una profesión, regula cómo y bajo qué condiciones podrá casarse, viajar, elegir un estado». Transcripción de **Lynn Hunt: *La vida privada durante la Revolución francesa*** en *Historia de la vida privada*, obra de varios autores dirigida por **Philippe Ariès** y **Georges Duby**, traducción por Francisco Pérez Gutiérrez y Beatriz García, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Taurus, Buenos Aires 1991, Tº VII p. 36.

⁵ **Alberto Ramón Real: *Algunas perspectivas humanistas y democráticas del derecho administrativo contemporáneo*** en Revista de Derecho Público, editado por la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 1983, nº 1 p. 15.

las prestaciones estatales. Por consiguiente el control de la legalidad no es hoy más que una dimensión del control de la acción estatal»⁶. Y ello es así, porque ahora se exigen otros atributos al Derecho que el de su sola sustentabilidad en la razón objetiva o el de su capacidad de crear por la ley una regla o un mandato. El poder ya no beneficia, ni amenaza al ciudadano tan sólo a través de los instrumentos tradicionales de orden o de coerción; lo hace también a través de sus políticas económicas y sociales y este accionar, desborda naturalmente toda posibilidad de contralor judicial y administrativo en sus moldes y clasificaciones tradicionales. Esto quiere decir que el control de legalidad de los actos del Estado (del quehacer del poder) no se puede limitar a sus estándares normativos y formales, sino que deben incluir, necesariamente, el examen de sus contenidos, aunque éstos no estén detallados en el texto de un precepto.

§ 2. Otra cuestión a considerar es que hasta no hace mucho tiempo, la noción del régimen político se relacionaba casi exclusivamente con las instituciones gubernamentales. Esta valoración, esencialmente jurídica, podía enriquecerse con alguna referencia a la naturaleza y a la importancia de las libertades públicas, pero, en su conjunto, el régimen permanecía esencialmente unido a la forma de gobierno. «Esta concepción formal —dice Georges Burdeau (1905-1988)— no ha desaparecido. Pero ya no es más que un elemento, entre otros, de la definición de régimen. Hay que tener en cuenta también la estructura económica y social del Estado considerado, el asiento del poder que en él ejercen los gobernantes, los objetivos que se proponen, las fuerzas de que son tributarios... En estas condiciones, las modalidades de ejercicio del poder, las formas de gobierno, ya sólo son un fenómeno superficial. Lo esencial es el modo en que la sociedad se refleja en el poder y, al revés, el estilo que le da la acción de los gobernantes. Omnipresente y ocupándose de todo, la política pierde su especificidad. Y, al mismo tiempo, los rasgos por los que se exterioriza el régimen, tienen que ser buscados por todas partes. Esta es, evidentemente, una causa de la progresiva complejidad de la noción de régimen político. Sería inútil, bajo pretexto de evitar las confusiones que corre el riesgo de suscitar, pretender ignorarla»⁷. Es que en realidad, desde el momento en que no existe virtualmente la democracia directa, supues-

⁶ Manuel García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª edición, Alianza, Madrid 1985, p. 65.

⁷ Georges Burdeau: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, traducción por Ramón Falcón Tello, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 229/230.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO PRIMERO

I. <i>El poder</i>	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. <i>La limitación del poder</i>	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 Tribunalado 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 <i>Procuraduría de Pobres</i> de San Luis Potosí.....	203
20. El <i>Poder Cooperativo</i>	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 <i>Ombudsman</i> 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 <i>Prokuratura</i> soviética	224
X. Universalización de la figura del Ombudsman	226
33. El <i>Ombudsman</i> en el país más joven del mundo	226
XI. El Ombudsman en la Península Ibérica	227
34. Portugal: El <i>Provedor de Justiça</i>	227
35. España: <i>El Defensor del Pueblo</i>	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 <i>Defensor del Pueblo</i> en las provincias	241
XIV. El Defensor del Pueblo local	242
44. El <i>Defensor del Pueblo</i> y el Poder municipal	242
45. El <i>Defensor del Pueblo</i> local en América latina	244
46. El <i>Defensor del Pueblo</i> 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 Cartaña	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 organismos 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

