

ÉFOROS

**INSTITUTO LATINOAMERICANO DEL OMBUDSMAN –
DEFENSOR DEL PUEBLO (ILO)**

**IIª Época nº 2
Año 2015**



ISSN 2451-5264



ÉFOROS

**IIª Época nº 2
Año 2015**

Editor responsable y propiedad

Carlos R. Constenla

Consejo de Redacción

Ignazio Castellucci (Italia)

Guillermo Escobar Roca (España)

Álvaro Garcé García y Santos (Uruguay)

Raquel Hochman (Venezuela)

Juan Domingo Milos Hurtado (Chile)

Leoncio Lara Sáenz (México)

Sebastián Vinagre (Argentina)

Uruguay 172 6º of.K (1015) Ciudad Autónoma de Buenos Aires

www.ilo-defensordelpueblo.org

eforos@ilo-defensordelpueblo.org

Diseño Gráfico

Fernanda Ciccolella

**Instituto Latinoamericano del Ombudsman Defensor del Pueblo
fundado el 4 de junio de 1983 en Caracas, Venezuela**

Los artículos publicados no expresan necesariamente el criterio de los editores

Registro de la Propiedad Intelectual en trámite

ISSN 2451-5264

FE DE ERRATAS. “En el número anterior, en el artículo de Rubens Pinto Lyra *La ouvidoria brasileira autónoma y democrática, frente a las defensorías del pueblo: orígenes, características y retos actuales*, página 44, renglón 25, donde dice ” “Esa expectativa se confirmó” debe decir “Esa expectativa no se confirmó”.

Idioma portugués. Esta revista es una publicación del ILO, que por su carácter latinoamericano debe comprender necesariamente al idioma portugués. A diferencia del número anterior en el que hemos traducido al castellano un artículo del autor brasileño Rubens Pinto Lyra, en el presente resolvimos no traducir el texto de Manoel Eduardo Camargo e Gomes. La lectura en portugués es sencilla para los hispanoparlantes y su ejercitación es una buena práctica de integración que es como decir de comprensión de otras realidades semejantes a las nuestras.

Índice

Giovanni Lobrano Defensor del Pueblo: Del Tribunado a la República	7
Salvador Vega y León La Defensa de los derechos humanos y universitarios en el reciente espacio institucional de la Universidad Autónoma Metropolitana de México	28
Manoel Eduardo Camargo e Gomes Ouvidorias Públicas Brasileiras	33
Ricardo Ariel Riva El rol del Defensor del Pueblo en la tutela colectiva de derechos: la experiencia de la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Neuquén (2011-2015)	67
Ale Pérez Véliz El Justicia Mayor como garante de derechos ¿antecedente o referente?	73
María Soledad Manín La Defensoría del Pueblo y el acceso a la información: reflexiones acerca de la participación Ciudadana	91
José Palmiotti Defensoría del Turista	110
Alba María – Teresa Martijn Las herramientas para proteger y fortalecer la eficacia y autoridad de la institución ombudsman en el siglo XXI	113
Andrea Galaverna La perspectiva de género como categoría ética y política en las defensorías del pueblo	123
Luisa Leticia González Flores Los Adultos Mayores con adicciones y la defensa de los derechos humanos de terceros	127
Guillermo F. Torremare El inconcluso proceso de abolición de la tortura en Argentina	132
Comentario Luis Garay La calle no es un lugar para vivir	148
Glosario Erasmus Vulnerables	150
Figuras Latinoamericanas	
Lisandro Otero Fernando Ortiz, padre de la Antropología caribeña	152
Noticia Fernando Escobar Aguirre Defensor del Pueblo en Chile: desafíos de la situación actual	155



DEFENSOR DEL PUEBLO: DEL TRIBUNADO A LA REPÚBLICA¹

Giovanni Lobrano²

Tesis y método; I. ‘REPÚBLICA Y TRIBUNADO’: VÉRTICE DE LAS DOCTRINAS ANTIGUAS DEL PODER; **1. Secuencia de dos doctrinas sobre el poder: política griega y jurídica romana, integradas en una común base comunitaria/cívica;** **2. Doctrina política griega;** **a. Naturaleza máxima del poder político;** **b. De la anakýklosis del lógos tripolitikós a la politéia mixté;** **3. Doctrina jurídica (ius-publicística) romana;** **a. Necesidad de un poder - “contra” puesto entre poder del pueblo y poder de gobierno;** **b. Del regnum alla res pública: con la presencia esencial/perfeccionante del Tribunalado;** **II. APLICACIONES MODERNAS: CORRECTA (REPUBLICANAS SOBRE BASE CÍVICA) E INCORRECTAS (PARLAMENTARIA SOBRE BASE ESTATAL);** **1. De la doctrina política griega;** **2. De la doctrina ius-publicística romana;** **3. Maduraciones en el setecientos de dos géneros de aplicaciones, corretas e incorrectas, como elementos-claves de dos modelos constitucionales alternativos: romano democrático/ republicano e inglés feudal/parlamentario;** **III. TÉRMINOS CONTEMPORÁNEOS DE LA CUESTIÓN: TRIBUNADO ENTRE AMNESIA CIENTÍFICA (DEL PODER NEGATIVO) Y ANAMNESIA EMPÍRICA (DEFENSOR DEL PUEBLO) Y NOSTALGIA / NUEVO PRINCIPIO DE LA REPÚBLICA;** **1. Éxito de la aplicación incorrecta: descubrimiento de la objetiva ineficacia - inconsistencia democrática de tales aplicaciones y del sistema constitucional construido de ese modo pero amnesia científica (de la especificidad) del Tribunalado y de la República;** **2. Defensor del Pueblo como anamnesia empírica del Tribunalado y nostalgia - principio potencial de la República.**

Tesis y método

Lo actual y sustancialmente nuevo del Instituto del Defensor del Pueblo (Ombudsman, Defensor Cívico, Médiateur, Abogado del Pueblo) con el poder del cual es “portador”, quiere ser la respuesta a la ineludible exigencia, todavía insatisfecha, de la libertad de los ciudadanos frente al gobierno de su mismo Estado. Tiene sin embargo la dificultad de desarrollarse funcionalmente de manera adecuada porque resulta indigesto al constitucionalismo contemporáneo, que también lo ha adoptado y por lo tanto corre constantemente el riesgo de la involución y de la marginación (en Italia, por ejemplo, con un simple artículo de la ley financiera del 2010 [art. 2, inciso 186] fueron suprimidos los Defensores Cívicos municipales).

1 «J’avertis le lecteur que ce chapitre doit être lu posément, et que je ne sais pas l’art d’être clair pour qui ne veut pas être attentif.» (J.J. Rousseau, *Du contrat social*, 3.1 “Du gouvernement en général”) («Yo advierto al lector que esta capítulo debe ser leído pausadamente y que no conozco el arte de ser claro para quien no quiere estar atento.» Trad. del E)

2 Profesor de Derecho Romano y antiguo Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Sassari, Cerdeña.

Para afrontar y superar tales dificultades y riesgos es necesario ante todo comprender científicamente a este instituto.

Un primer e importante paso en esa dirección se ha logrado con el recurso a la categoría de “poder negativo” (“negative Macht”: Johann Gottlieb Fichte)³, forjada –en el curso del debate constitucional ‘decimonónico’– con relación al antiguo instituto del Tribunato romano⁴. Más allá de una primera homología entre el instituto moderno y el antiguo (en el ‘hecho’ que también la categoría de “poder negativo” es indigesta para el constitucionalismo contemporáneo, de cuyo léxico y conceptos está en efecto expulsado)⁵ el moderno Defensor del Pueblo re-propone la característica propia y exclusiva del Tribuno antiguo, es decir: la no-titularidad de poderes de producción o de ejecución del derecho y la titularidad solamente de una categoría *diferente* de poder: proteger los derechos de los ciudadanos, que se ejerce ‘contra’ -o por lo menos en la confrontación- la Administración/‘Verwaltung’.

Ahora es necesario avanzar en tal línea interpretativa y esto requiere la comprensión jurídica de la compleja lógica constitucional que el Tribunato postula y evoca, es decir (si se me consiente el anacronismo instrumental) del ‘constitucionalismo’ republicano romano, donde se eleva y que –sobre todo- lo demanda.

Me propongo, por lo tanto, dar (de una manera necesariamente muy esquemática) una contribución a la comprensión dogmática de la *relación* entre el instituto del Tribunato y la institución de la República: **a)** de la época antigua, en la koiné mediterránea, de coincidencia y de diferencias entre la experiencia griega y experiencia romana del poder; **b)** a lo largo del recorrido moderno, europeo e iluminista/revolucionario francés, de coincidencia y de diferencias entre interpretaciones y re-interpretaciones correctas e incorrectas; **c)** hasta la época contemporánea, que –utilizando de manera sugestiva categorías platónicas – llamaré como de tensiones entre amnesia científica y anamnesia-nostalgia empíricas.

3 Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, 1796-97, y *Das System der Rechtslehre*, 1812.

4 Así William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-69: “negative Power”; cfr. John Caldwell Calhoun, *A Disquisition on Government* e *A Discourse on the Constitution and Government of the United States*, 1848-49; ver, *infra*, § II.3.

5 Ver, *infra*, § III.1.

I.

‘REPÚBLICA Y TRIBUNADO’:

VÉRTICE DE LAS DOCTRINAS ANTIGUAS DEL PODER

1. Secuencia de dos doctrinas sobre el poder: política griega y jurídica romana, integradas sobre una común base comunitaria/cívica

El ‘problema del poder’ es parte fundamental del problema de la organización humana, en particular de la organización humana por excelencia, que –a partir de la experiencia griega antigua– universalmente llamamos ‘política’.

El problema del poder específico, que podemos llamar “poder negativo”⁶, es parte esencial del ‘problema del poder’: en forma explícita a partir de la creación del Tribunado, en el contexto de la experiencia jurídica antigua, romana republicana.

La doctrina producida en cada una de las dos experiencias, resultan legibles como partes de una secuencia cronológica, en la cual (a partir de una doctrina única: comunitaria/cívica, que aparece generalmente ‘mediterránea’) la doctrina jurídica romana integra la doctrina política griega.

La doctrina de la naturaleza comunitaria (*koinoniké*, *socialis*: Aristóteles y Cicerón) del hombre⁷ supone que *koinonía/societas* referencia la *pólis / urbs civitas*. Son las antípodas de la doctrina “moderna” de la naturaleza individualística/conflictual del hombre (Thomas Hobbes): el *homo homini lupus*⁸ con el *bellum omnium contra omnes*⁹ conexo. El habitat de estos hombres/lobos es, en efecto, la no-ciudad o anti-ciudad por definición: la “selva” (François Hotman; Montesquieu; cfr. Karl Marx)¹⁰.

6 Ver el § precedente.

7 Aristóteles, 384-322 a.C., *Política*, 1.2. 1252b 27 - 1253a 33 (*zoós politikós*); Cicerón , *rep.* 1.39 (pueblo como *societas*, cfr. 1.49: en el *regnum* no es *societas*), *off.* 1.53-56 (humanidad entera como una secuencia de sociedad: de la pareja conyugal a la humanidad, transitando por la ciudad), *leg.* 1.23 (*prima homini cum deo rationis societas*).

8 Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, XIII; *De cive*, 1642, “*Praefatio*, sez. 14” y “*Libertas*, cap. 1, sez. 12”.

9 Id., *De Cive*, “*Epistola dedicatoria*”; *De Homine*, 1658, “Cap. 10, sez. 13”. El conocido ‘precedente’, que no constituye sin embargo doctrina jurídica, es el “*lupus est homo homini*” di Plauto, *Asinaria*, 495.

10 Karl Marx, *Formen, die der kapitalistischen Produktion vorhergehen*, 1857-1858; cfr. François Hotmann, *Franco-Gallia*, 1573 (criticado por Louis Le Roy, *De l'excellence du gouvernement royal*, Paris 1575) e Montesquieu *Esprit des lois*, 1748, 11.6 (criticado por Voltaire, *Commentaire sur l'Esprit des Lois*).

Cada doctrina es un silogismo y cada silogismo esta compuesto por tres juicios. A tales reglas de la “lógica” no se sustrae la doctrina política griega ni la doctrina jurídica romana en lo que se refiere al poder.

2. Doctrina política griega

a. Naturaleza máxima del poder político

La doctrina política griega formula expresamente dos de los tres juicios que constituyen el propio silogismo en materia de poder. El primer juicio es que la máxima de la comunidad humana es la necesaria comunidad política, es decir la comunidad cívica o ciudadana: la *politiké koinonía* (en particular: Aristóteles)¹¹.

El segundo juicio es que el elemento central de tal *koinonía* es el poder. Cada una de las ‘formas’ (*politéia*) de la *politiké koinonía* es – en realidad – determinada por la respectiva ‘forma de poder’, esto es del número de los titulares/detentadores del poder que la rigen (de nuevo Aristóteles)¹². Las *politéiai* son por lo tanto tres (Herodoto; Píndaro)¹³: democracia, aristocracia y monarquía. Es el *lógos tripolitikós*.

El tercer y conclusivo juicio del silogismo resulta/continúa de la combinación de estos dos juicios: el poder político es el máximo de los poderes.

b. De la anakýklosis del lógos tripolitikós a la polítéia mixté

La doctrina política griega (Platón; Polibio)¹⁴ formula, consecuentemente, la ‘ley’ de la degeneración continua de la *politéia* como *anakýklosis* perpetua de las tres formas del poder, a causa de las respectivas degeneraciones (de la democracia en oclocracia/demagogia, de la aristocracia en oligarquía/timocracia, de la monarquía en tiranía/despotismo).

El remedio se detecta (en particular: Polibio)¹⁵ en la *politéia mixté*: la combinación de las tres formas ‘buenas’ del poder.

3. Doctrina jurídica (ius-publicística) romana

a. Necesidad de un poder “contra”puesto entre poder del pueblo y poder de gobierno: el Tribunal

La doctrina ius-publicística romana no niega sino que integra el silogismo

¹¹ Cit. *supra* § precedente.

¹² Aristóteles, *Política*, 1279 a - 1295 b.

¹³ Herodoto, 484-426, *Historias*, 3. 80-82; cfr. Píndaro, 518-438 a.C., *Pítica*, 2.86-88.

¹⁴ Platón, 428-348 a.C., *Politéia*, libros VIII y IX, 543a-576b; Polibio, 206-124 a.C., *Historias*, libro VI.

¹⁵ Ver nota precedente.

político griego, logrando así a formar un nuevo silogismo. Digo “doctrina ius-publicística” y no solamente “jurídica” porque su éxito es la consagración del “pueblo” (*societas* [Cicerón]¹⁶ de los *universi cives* [Gayo; Justiniano]¹⁷) como la deontológicamente máxima autoridad terrena¹⁸.

La primera, decisiva/determinante integración se da en el juicio por el cual el poder público se articula (es decir: puede y debe articularse) en dos poderes/discrecionalidad diversos/complementarios tanto por el contenido, tanto como para los titulares/detentatadores: el poder general-señorial de *legem iubere* propio del pueblo/*multitudo/societas* (*en su potestad* [Livio; Varrone]¹⁹) y el poder particular-servil de *gubernare* propio de los magistrados/*pauci* (que *in potestate populi esse debent* [Cicerón]²⁰). Se debe tener en cuenta el rol de parámetro común de varios géneros de relaciones ‘inter subjetivas’, desarrollado de la *potestas*. Este juicio es el fruto de la combinación de la institución inter-potestativa societaria, la *societas consensu contracta* con el esquema intra-potestativo *iussum-administratio*, entre ambos (institución y esquema) provenientes (al menos así parece) de la organización familiar (*consortium* e *iussum patris/domini*) a través de la diuturna elaboración jurídica (que se refiere sin embargo a todo el Derecho romano: comprendido en el *ius privatum*). Es la estructura constitutiva de la *res publica*.

La segunda consecuente/implícita integración se da en el juicio por el cual el objeto de la potencial degeneración es precisamente la relación del poder entre el pueblo y los magistrados. Y tal relación es el punto neurálgico de la *res publica*.

La tercera conclusiva integración es –entonces– en el juicio por el cual –a fin de preservar la fisiología de tal relación, esto es de preservar la República– es necesario un tercer poder intermedio entre los primeros dos: capaz de defender al

16 Cicerón, 106-43 a.C., *De re publica*, 1.39.

17 Gayo, II sec. d.C., *institutiones*, 1.3 - Giustiniano, *Institutiones*, 533 d.C., 1.2.4.

18 Tal noción es exclusivamente ius-romana. Según la doctrina política griega, el poder del *demos* es tan bueno como el del *basileus* y el de los *aristoi*, de este modo la constitución exitosa es la combinación de los tres poderes. Según la doctrina jurídica romana, en cambio, solamente el pueblo puede/debe dirigir la ley (At. Cap. *apud* Aul. Gell. *n. Act.* 10.20 *lex est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*; XII Tab. 12.5 *quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esto*) de modo que la monarquía está prohibida como criminal y el poder del pueblo es asimilado al poder de Dios (Cic. *pro Rab.* 2.5 *proxime ad deorum immortalium numen accedit*) y se manifiesta sobretudo en la constitución y en el mantenimiento de la *civitas* (Cic. *rep.* 1.12 *neque enim est ulla res in qua propius ad deorum numen virtus accedat humana, quam civitatis aut condere novas aut conservare iam conditas*; cfr. *rep.* 1.41 *civitas quae est constitutio populi*) ‘condominio’ de la “primera sociedad”, *rationis causa*, de los hombres con Dios (Cic. *leg.* 1.23 *prima homini cum deo rationis societas e uniuersus hic mundus una ciuitas communis deorum atque hominum existimanda*).

19 Liv. 9.9.4 *Populus in sua potestate; iniussu populi nego quicquam sanciri posse quod populum teneat* e Varr. *ling.* 9.1.6 *Populus enim in sua potestate, singuli in illius*.

20 Cic. *de oratore* 2.167.

pueblo/*multitudo/societas*, contrastando y bloqueando –cuando es necesario– el poder del gobierno de los magistrados/*pauci*: *Tum et ipse populus Romanus sibi tribunos plebis quasi proprios iudices et defensores creavit per quos contra senatus et consules tutus esse potest* (Eutropio [*magister memoriae* del emperador Valente, 364-378 d.C.])²¹. Es el Tribunado, con su poder de *interceder, prohibir, vetar*²².

Debemos comprender (la exhortación se dirige ante todo a mi mismo) este ‘dato’ y –sobre todo– el mecanismo lógico, en el cual se halla y se explica. El dato es la ‘invención’ romana del poder *específico* (que será definido) “negativo” y su asignación a una magistratura *a propósito, expresa*. El mecanismo lógico en el cual esta magistratura con aquel poder (y solamente con aquel poder) se ubica y lleva a cabo la propia función, más bien se torna en una necesaria ‘vuelta de llave’; es la compleja invención (siempre romana) de la combinación de la organización social con la articulación del proceso decisional en dos poderes y en dos titulares. Recorriendo, para entendernos mejor a las categorías contemporáneas, podemos decir que el Tribunado, dotado del “poder negativo”, es el necesario instituto intermedio, de equilibrio entre (el pueblo de) los ciudadanos, dotados del “poder soberano” (pero como *singuli*, relativamente demasiado débil), y gobierno, dotado del “poder ejecutivo” (pero en cuanto *magis-stratus*, relativamente demasiado fuerte)²³.

b. Del regnum a la res publica: con la presencia esencial/perfeccionante del Tribunado

El *lógos tripolitikós* griego de las tres formas de la *politéia* es genial pero mono-dimensional, en cuanto construido con un único [género de] poder.

La doctrina ius-publicística romana es compleja, por ser bi-dimensional, en cuanto construida mediante la doble articulación del poder en dos diversos/

complementarios poderes (es decir mediante la articulación del proceso decisional en dos fases): *legem iubere* y *administrare/gubernare*, con dos respectivos diversos/

21 *Breviarium ab urbe condita*, 1.11. S destaca que al Emperador Valente se debe la institución de los *Defensores civitatis*.

22 Ver, vgr., Liv. 3.13 *Appellati tribuni medio decreto ius auxilii sui expediunt: in uinclā conici uetant; sisti reum pecuniamque nō sistatur populo promitti placere pronuntiant.*; 4.43 *nam coire patricios tribuni prohibebant? sine certamine ingenti, redit. Cum pars maior insequentis anni per novos tribunos plebi et aliquot interreges certaminibus extracta esset, modo prohibentibus tribunis patricios coire ad prodendum interregem.*

23 El tribunado, con el propio poder no ‘debilita’ banalmente una sola pieza de la máquina republicana (el gobierno), sino que perfecciona/refuerza tal ‘máquina’ en su complejidad, más bien, *tout court*, la realiza y la hace vivir (Cicerón).

complementarios titulares: *populus* y *magistratus*. La doctrina ius-publicística romana es, por lo tanto, bi-tripartita, distinguiendo: dos formas de *maiestas*/'soberanía'²⁴ (*regnum* e *res publica*, de las cuales sin embargo, sólo la *res publica* es legítima siendo el *regnum* criminal) y tres formas de *administratio/gubernaculum*, internas a la *res publica* (*res publica regalis*, *optimatum* y *popularis*, de las cuales sin embargo la forma *della res publica popularis* es lógicamente contradictoria [niega la premisa mayor del silogismo] e históricamente no practicada).

La República romana debe por lo tanto ser tenida como distinta de la Democracia griega. La primera, en efecto, basada en la articulación entre el poder de *iubere legem* y de *gubernare*, es la 'forma de *maiestas*/soberanía' necesariamente de todos y consiente o más bien postula el gobierno de uno o de pocos; la segunda, en cambio, no conoce aquella articulación. Sin embargo si son los Griegos quienes están llamados a 'descubrir' y brevemente experimentar la *demokratía* (en la extraordinaria Atenas de Pericles), son los Romanos, con la invención de la *res publica* y con su elección sin retorno por ella (expulsados los reyes y sancionado como crimen la aspiración de establecer un *regnum*), los que hacen su propio modo de ser, como observa, a propósito del proceso a Jesucristo, Hans Kelsen: «Pilatus [...] – als Römer – gewohnt ist demokratisch zu denken»²⁵.

A la individualización griega de la *politéia* perfecta en la *politéia mixté*, en cuanto libre de sus degeneraciones, se hace cargo la individualización romana de la existencia/perfección²⁶ de la *res publica* en la presencia del Tribunado con

24 Bodin enseña que la República romana – lejos de ser la sede del poder « absoluto » de los magistrados – tampoco era un régimen mixto sino una democracia en el sentido pleno de la palabra en cuanto «estoyent les Consuls serviteurs et sujets du peuple» y «de toutes les affaires d'estat, et mesme de tous les advis et arrests du Senat, il n'y avoit rien qui eust force ni vertu, si le peuple ne le commandoit, ou si le Tribun du peuple ne le consentoit». Bodin concluye: «J'ay dict cy dessus, que la puissance des magistrats pour grande qu'elle soit, n'est point à eux, et ne l'ont qu'en deposit. Or il est certain que le peuple au commencement eslevoit [*Festus*] les Senateurs: et puis pour se descharger de la peine, donna la commission aux Censeurs, qui estoient aussi esleus par le peuple: tellement que toute l'autorité du Senat dependoit du peuple, qui avoit accoustumé de confirmer ou infirmer, ratifier ou casser à son plaisir les arrests du Senat.» Jean Bodin, *Les Six livres de la République*, 1576, Libro II. Cap. I «De toutes [les] sortes de Républiques en général, et s'il y en a plus de trois»: «L'état de Rome était simple, et non pas composé».

Alrededor de la presencia en la terminología de nociones equivalentes a la de la 'soberanía' del pueblo, v. Libro I Cap. 8 «De la souveraineté»: «La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République, que les Latins appellent *majestatem*»; cfr. Cic. *part.or.* 30.105 *Maiestas est magnitudo populi Romani in eius potestate ac iure retinendo; maiestas est in imperii atque in nominis populi Romani dignitate*.

25 (Pilatos [...]) -como los romanos-, acostumbrados a pensar democráticamente – *Nota del T.*) H. Kelsen, "Vom Wesen und Wert der Demokratie" en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 47, 1920, 50 ss.; ensayo publicado también autonomamente: Tübingen 1920.

26 Existencia, según Cicerón, *loc.cit.*; "perfección" según Maquiavelo, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, 1513, 1.3 "Quali accidenti facessono creare in Roma i Tribuni della plebe, il che fece la

su ulterior poder específico. Sin el Tribunado, la República sería un mero nombre, bajo el cual continuaría manteniéndose la monarquía: *nomen tantum videbitur regis repudiatum, res manebit, si unus omnibus reliquis magistratibus imperabit. Quare nec ephori Lacedaemone sine causa a Theopompo oppositi regibus, nec apud nos consulibus tribuni* (Cicerón)²⁷. Esta idea será retomada por Nicolás Maquiavelo y por ‘Gracchus’ Babeuf²⁸.

Son los Romanos (Cicerón)²⁹ los que ‘leen’ y presentan al Eforado griego (espartano)³⁰ como ‘precedente’ del Tribunado.

II.

APLICACIONES MODERNAS:

CORRECTAS (REPUBLICANAS SOBRE BASE CÍVICA) E INCORRECTAS (PARLAMENTARIA SOBRE BASE ESTATAL)

1. De la doctrina política griega

Los modernos científicos y operadores europeos (y también los de formación sólo europea) de la organización política han recurrido constantemente, para la solución de sus –conexos– problemas del poder, a las doctrinas elaboradas en la experiencia política griega y en la experiencia jurídica romana. Sea el silogismo político griego del valor máximo del poder político, sea el silogismo ius-publicístico romano de la necesidad republicana del poder tribunicio, fueron objeto explícito y recurrente de interpretación y de re-proposición en la historia de la doctrina y de las aplicaciones institucionales.

Sin embargo debe introducirse una profunda *summa divisio* entre aplicaciones (interpretaciones y re-proposiciones) que yo llamo ‘correctas’, porque reanudan la esencia de las instituciones antiguas, si no completamente en sus propias formas y aplicaciones, que llamo ‘incorrectas’, porque evocan más o menos formalmente aquellas mismas instituciones pero la traicionan sustancialmente sometiéndolas a servir a la construcción – en realidad – ‘alternativa’ a aquella antigua.

Aplicación correcta del silogismo político griego es la formulación de la

repubblica più perfetta”; 1.4 “Che la disunione della Plebe e del Senato romano fece libera e potente quella repubblica”: «Io dico che coloro che dannono i tumulti intra i Nobili e la Plebe mi pare che biasimino quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma ...».

27 Cic., *leg.*, 3.15 s.

28 Ver., *infra*, § II.2.

29 Cic., *leg.*, loc. ult. cit.

30 Introducido por Licurgo en el modelo de los Cosmes de Creta: ver Herodoto, 1.65; Platón, *Leyes*, 691de-692ab; Platón, *Epístola VIII*, 354ab; Aristóteles, *Política*, 1272; Jenofonte, *Costituzione degli Spartani*, 8.4; Estrabon, 10.4.14; Diógenes Laercio, 1.68; críticos: Aristóteles, *Política*, 1270b; 1313a; Plutarco, *Vida de Licurgo*, 7.29.11.

noción de “poder soberano” como el poder propio de la comunidad política: «tout ainsi que le navire n’est plus que bois, sans forme de vaisseau, quand la quille, qui soutient les côtés, la proue, la poupe, et le tillac, sont ôtés, aussi la République sans puissance souveraine, qui unit tous les membres et parties [de celle-ci], et tous les ménages, et collègues en un corps, n’est plus République» (Jean Bodin)³¹.

Aplicación incorrecta es la de la descomposición (de origen medieval) de la síntesis antigua de la unidad/pluralidad del *dēmos/politikē koinonía* o bien *populus/societas civilis* (Aristóteles y Cicerón)³² en la unidad-no-plural de una divinizada/idolatrada persona abstracta (= *ficta/artificialis*) y/o representada (= *et/vel repraesentata*) titular del poder soberano (Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651) con la pluralidad-no-unitaria de la (ni “civil” ni “social”) ‘civil society’/‘bürgerliche Gesellschaft’ (Adam Ferguson; Friedrich Hegel)³³.

2. De la doctrina ius-publicística romana

La atención por el silogismo ius-publicístico romano caracteriza el pensamiento científico y la propuesta política de todos los máximos movimiento innovadores modernos: “Reformadores”, “Monarcómacos”, “Filósofos Iluministas”, “Revolucionarios”, “Libertadores”, “Secesionistas” y “Sindicalistas”; sea con aplicaciones correctas, sea con aplicaciones incorrectas.

Aplicación correcta del silogismo ius-publicístico romano es la propuesta de la institución de una magistratura específica dotada de un poder específico (“de impedir” o bien “negativo”) ubicada entre el pueblo y el gobierno, capaz de oponerse a éste último: Nicolás Maquiavelo “padre de la ciencia política moderna” (*Discursos sobre las primeras décadas de Tito Livio*, 1513-19); Juan de Mariana (*De rege et regis institutione*, 1598), Johannes Althusius (*Politica methodice digesta*, 1603-14), Jean-Jacques Rousseau, *Contrat social*, 1762), Maximilien Robespierre (*Sur la constitution*, 1793) ‘Gracchus’ Babeuf (“Conspiration des Egaux”, 1796³⁴); Johann Gottlieb Fichte (*Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, 1796-97; *Das System der Rechtslehre*, 1812), Lenin (*Che fare?*, 1902), Simón Bolívar (Juramento en el Monte Sacro, 15 agosto 1805, *Proyecto de Constitución para Bolivia*, 1826), Daniel De Leon, *Two pages from Roman history*, 1902, I. *Plebs leaders and labor leaders*; II. *The Warning of the Gracchi*).

31 Jean Bodin, *Six livres sur la République*, 1576, I.II “Du ménage, et [de] la différence entre la République et la famille”.

32 Ver, *supra*, § I.1.

33 Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, 1767; Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der philosophie des Rechts*, 1821

34 Philippe Buonarroti, *Histoire de la Conspiration pour l’Égalité dite de Babeuf*, 1828.

Aplicación incorrecta del silogismo ius-publicístico romano es la propuesta de la atribución del poder de impedir / negativo, a los mismos detentadores – entre sus variantes “dividido” – del poder de limitar: Juan Calvino (*Institutio Christianae religionis*, 1536), François Hotman (*Franco-Gallia*, 1573), Montesquieu (*Esprit des lois*, 1748), William Blackstone (*Commentaries on the Laws of England*, London 1765), John Caldwell Calhoun (*A Disquisition on Government e A Discourse on the Constitution and Government of the United States*, 1848-49). La aplicación incorrecta implica/comporta – obviamente – la, al mismo tiempo incorrecta, interpretación/reconstrucción del poder tribunicio en función de la construcción de un sistema institucional que no sea el correspondiente al sistema republicano; es decir (historicamente) la transformación, antes bien, la deformación del “poder de impedir / negativo”: de vuelta de llave del sistema republicano, de dialéctica entre el pueblo soberano y magistrados de gobierno, a garantía de los equilibrios internos del sistema de elites – aparatos ‘de gobierno’ (en sentido lato).

La aplicación correcta del silogismo ius-publicístico romano postula también la aplicación correcta del silogismo político griego, sobre la base de la comuna, antigua doctrina de la naturaleza *koinoniké/socialis* del hombre. La aplicación incorrecta del silogismo ius-publicístico romano postula también la aplicación incorrecta del silogismo político griego, sobre la base de la ‘nueva’, moderna doctrina de la naturaleza individualista/conflictual del hombre.

3. Maduración en el siglo XVIII de los dos géneros de aplicación, correcto e incorrecto, como proposición de dos modelos constitucionales alternativos: romano democrático/republicano e inglés feudal/parlamentario

Los dos géneros de aplicación (correcto e incorrecto) conocen en el siglo XVIII, en el ámbito de la cultura francesa, por obra – respectivamente – de Rousseau y de Montesquieu, una suerte de ‘maduración’, en la comprensión y explicitación de su relación esencial con dos “modelos” constitucionales, entre ellos alternativos, por la respuesta a la demanda (iluminista y revolucionaria) de “libertad”: la República romana antigua (desarrollo y ajuste de la democracia) y el Estado parlamentario inglés moderno (actualización del feudalismo medieval).

En 1748, Montesquieu es el intérprete y re postulador del modelo constitucional inglés (en cuanto depositario de la libertad) [*Esprit des lois*, 11.5)]³⁵. Él individualiza la *ratio* de tal libertad en la división de tres poderes (legislativo,

35 «il y a une nation dans le monde [l’Inghilterra] qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique. [...] Si on peut la voir où elle est, si on l’a trouvée, pourquoi la chercher?».

ejecutivo y judicial) entre otros tantos titulares³⁶⁻³⁷, en equilibrio entre ellos por medio (¡se destaca!) de una recíproca “*faculté d’empêcher*” (facultad de impedir) esto es, por medio de la “*puissance des tribuns*” (poder de los tribunos)³⁸. Montesquieu distingue, por lo tanto, correctamente (esto es romanísticamente), el poder de ‘statuer’ (establecer/estatuir) del poder de ‘empêcher’ (impedir), pero mezcla incorrectamente (esto es anti-romanísticamente), el poder de ‘statuer’ y el poder de ‘empêcher’, atribuyendo uno y otro a los mismos titulares de los tres poderes en los cuales articula el poder de ‘statuer’; estos últimos ya, a su vez y desde varios puntos de vista, anti-romanísticamente concebidos: **a)** por la aberración lógica de la nivelación del poder de hacer las leyes con el poder de gobernar³⁹, **b)** por la ulterior aberración lógica de la atribución de la naturaleza de “poder” a la función de “juzgar”⁴⁰ y **c)** por no distinguir entre las legitimaciones de los respectivos titulares.

Algunos años después, Rousseau es el interprete y el reformulador del modelo constitucional romano (en cuanto depositario de la libertad)⁴¹, y más específicamente, de sus instituciones (costumbres⁴², leyes⁴³, sistema electoral, asambleas populares, tribunado, dictadura, censura, religión civil⁴⁴ y gobierno⁴⁵).

Por lo tanto: el “Tribunado”. Rousseau⁴⁶ distingue netamente dos “medios” para “remediar” o “prevenir” la “falta de proporción entre el pueblo y el príncipe” en favor de este último: la “división del gobierno” o las “magistraturas intermediarias” (extraordinaria, la corrección romanística terminológico-institucional). Su posición

36 *EdL*, 11.6: «Il y a, dans chaque état, trois sortes de pouvoirs [...] Tout seroit perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire les loix, celui d’exécuter les résolutions publiques & celui de juger les crimes ou les differends des particuliers».

37 La primera Constitución francesa (1791) en el art. 16 de la «Déclaration des droits de l’homme et du citoyen» (1789; reiterada en el “Préambule” de la Constitución francesa vigente [3 giugno 1958]) traduce en ley la proposición di Montesquieu: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a point de constitution» (cfr., en el mismo sentido el artículo 22 de la “Déclaration” de la Constitución francesa del 1795).

38 «J’appelle *faculté de statuer*, le droit d’ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J’appelle *faculté d’empêcher* le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre; ce qui étoit la puissance des tribuns de Rome» (ancora *EdL*, 11.6); Alrededor del pensamiento de Montesquieu sobre el tribunado, v. también *EdL*, 5.8 e *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, 8.

39 Cfr., *supra*, §§ I.3.a y b.

40 Cfr. Cic., *leg. agr.* 2.32 *insignia videtis potestatis [...] Quirites [...] ea qui habeat sine vestris suffragiis, aut rex non ferendus, aut privatus furiosus esse videatur*.

41 *Discours sur l’origine et les fondemens de l’inégalité parmi les hommes*, 1754, “Dedicace”: «Le peuple romain [...] ce modèle de tous les peuples libres».

42 *Discours sur l’origine etc.*, nt. xix.

43 *Contrat social*, 1.4, nt.3 a la ed. 1782.

44 *C.S.*, 4.2-8.

45 *Discours sur l’économie politique*, 1755; *Lettres écrites de la montagne*, 1764, *Lettre VI*.

46 *C.S.*, 3.7.

no es, sin embargo, neutra. A diferencia de Montesquieu, siempre con ortodoxia romanística, propone la institución de las “magistraturas intermediarias”, es decir del “tribunado”⁴⁷ dotado del poder de ‘empêcher’ (impedir) ubicado entre el poder legislativo/soberano necesariamente del pueblo y el poder ejecutivo necesariamente del gobierno. Llama la atención, en cambio, contra la “división del gobierno”, fuente de luchas entre los gobernantes e inútil para los ciudadanos⁴⁸, usando como argumento conclusivo el modelo de los antiguos Romanos, caracterizado por el Tribunado: «Los antiguos que sabían mejor que nosotros como conservar la libertad, no conocían este procedimiento [la división del gobierno]. El Senado de Roma, gobernaba la mitad del mundo conocido, y sus integrantes no compartían las mismas ideas. [...] Pero [...] el pueblo tenía Tribunos...». Rousseau afirma que «El veto de los Nuncios (diputados) Polacos representa a los Tribunos del pueblo de Roma»⁴⁹. El Tribunado romano está inserto también en el *Proyecto de constitución para Córcega*⁵⁰.

La categoría de “poder negativo”, que aparece sucesivamente para indicar el específico poder de los tribunos romanos⁵¹, parece acuñada sobre aquella facultad/poder “d’empêcher” (de impedir) utilizada por Montesquieu y por Rousseau.

A fines de siglo, en plena Revolución la alternativa, más bien la *summa divisio* constitucional del Setecientos, es tallada por el abogado Robespierre en los términos que hemos señalado. En el famoso discurso *Sur la Constitution à donner à la France*, Robespierre afirma que «El primer objeto de toda constitución debe ser el

47 C.S., 4.5 “Du tribunal” : «Quand on ne peut établir une exacte proportion entre les parties constitutives de l’état, ou quand des causes indestructibles en altèrent sans cesse les rapports, alors on institue une magistrature particulière qui ne fait point corps avec les autres, qui remplace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une liaison ou un moyen terme, soit entre le prince et le peuple, soit entre le prince et le souverain, soit à la fois de deux côtés s’il est nécessaire. Ce corps, que j’appellerai *tribunat* [...] n’est point une partie constitutive de la cité, et ne doit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l’exécutive, mais c’est en cela même que la sienne est plus grande: car ne pouvant rien faire, il peut tout empêcher».

48 (*Sur le gouvernement de la Pologne*, 1770-71) «Ne comptez pourtant pas trop sur ces moyens [...] si [...] manqueront d’accord [...] en se faisant réciproquement obstacle [ces parties] emploieront toutes leurs forces les unes contre les autres, jusqu’à quand une d’entre elles, en l’emportant sur les autres, les domine toutes; d’un autre côté, si elles s’accordent pour agir de concert, elles ne feront réellement qu’un même corps et n’auront qu’un même esprit comme les chambres d’un parlement». In ogni caso, esse «se réuniront toujours pour opprimer le souverain. [...] L’invention de cette division par chambres ou départements est moderne. (§ 7. «Moyens de maintenir la constitution»).

49 Siempre en las *Considérations* (§ 7) (cfr. § 9 “Causes particulières de l’anarchie” «ce beau droit du *liberum veto*»).

50 (1763) «Les Gardes des Lois pourront convoquer les états généraux toutes les fois qu’il leur plaira, et depuis le jour de la convocation jusqu’au lendemain de l’assemblée, l’autorité du grand Podestat et du Conseil d’État sera suspendue. La personne des gardes des lois sera sacrée et inviolable et il n’y aura personne dans l’Île qui ait la puissance de les arrêter».

51 Ver, *supra*, § “Tesis y método”.

de defender la libertad pública e individual contra el mismo gobierno» y que «Hasta ahora, los políticos que parecen haber querido hacer algún esfuerzo –no tanto para defender la libertad como para modificar la tiranía- no han podido imaginar más que dos procedimientos para alcanzar este objetivo: uno de ellos es el equilibrio de poderes, el otro, el tribunado»⁵².

III.

TÉRMINOS CONTEMPORÁNEOS DE LA CUESTIÓN:

TRIBUNADO ENTRE AMNESIA CIENTÍFICA (DEL PODER NEGATIVO) Y AMNESIA EMPÍRICA (DEFENSOR DEL PUEBLO)

Y NOSTALGIA / NUEVO PRINCIPIO DE LA REPÚBLICA

1. Éxito de la aplicación incorrecta: descubrimiento de la objetiva ineficacia-inconsistencia democrática de tales aplicaciones y del sistema constitucional así construido, a pesar de la amnesia científica (de la especificidad) del Tribunado y de la República

La –incorrecta– ‘aplicación’ montesquieuiana de la “puissance des Tribuns = faculté d’empêcher” en el modelo constitucional inglés (y de ese modo en el constitucionalismo y en la conexas forma de Estado nacida de este “modelo”) es, sin embargo, interesante si bien en ella no existía prácticamente atención científica. El éxito de tal aplicación es, en cuanto incorrecta, doblemente deficitaria: ineficacia objetiva, a los fines de la defensa de los ciudadanos, de la institución así obtenida y amnesia científica de la categoría así aplicada.

La ineficacia objetiva, a los fines de la tutela de los ciudadanos de la ‘aplicación’ montesquieuiana, es concedida porque el objetivo de Montesquieu, como de sus predecesores modernos y de sus epígonos contemporáneos, es la defensa no de la libertad de todos, sino de la libertad circunscripta a la aristocracia/elite económica

52 “Discours prononcé devant la Convention le 10 mai 1793”: «Il n’y a qu’un seul tribun du peuple que je puisse avouer, c’est le peuple lui-même : c’est à chaque section de la République française que je renvoie la puissance tribunitienne ; et il est facile de l’organiser d’une manière également éloignée des tempêtes de la démocratie absolue et de la perfide tranquillité du despotisme représentatif». Cfr. la Constitución «jacobina» del 24 de junio de 1793, «Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen », «Article 35. - Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l’insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. Acte constitutionnel [...] *De la Garantie des Droits* [...] Article 124. - La déclaration des Droits et l’acte constitutionnel sont gravés sur des tables au sein du Corps législatif et dans les places publiques.».

y del gobierno. Sin embargo tal ineficacia ha necesitado ser denunciada porque esta reducción fue progresivamente disimulada, vale decir: sagazmente no declarada o falsamente negada⁵³. La denuncia llega rápido, como demuestran las críticas de la institución del equilibrio de los tres poderes: ya en el siglo XVIII (Rousseau)⁵⁴ y en siglo XIX (Simón Bolívar; Léon Faucher; Louis Blanc)⁵⁵; denuncia ahora ampliamente verificada por recientes ‘certificaciones’ homólogas *ex post*: científica (Friedrich August von Hayek)⁵⁶ e institucionales (Comisión Parlamentaria italiana [“bicameral”] para las reformas institucionales, 1993).

La verificación de la ineficacia tutelar de la aplicación tribunicia en el sistema constitucional del modelo inglés es completada por la ahora difusa constatación de la no-democracia de todo el sistema (objetivo, también esto, del filo-aristocrático Montesquieu), a causa de la inconsistencia democrática del elemento constitutivo del sistema mismo: el proceso de formación de la voluntad pública a través del instituto feudal/parlamentario de la representación (como reconocen, por ejemplo: Max Weber; Hans Kelsen; Raymond Carré de Malberg; Hanna Arendt; David Easton; Jorge Reinaldo Vanossi; Costantino Mortati; Heinz Eulau; Antonio Torres del Moral; la *Enciclopedia del Derecho* y la *Enciclopedia Jurídica*; Bruce Ackerman)⁵⁷.

53 François Guizot: «*Démocratie*. C’est le mot souverain, universel. Tous les partis l’invoquent et veulent se l’approprier comme un talisman» (M.GUIZOT, *De la démocratie en France (janvier 1849)*, Bruxelles 1849, 11 s.: «Les monarchistes ont dit: «Notre monarchie est une monarchie démocratique. [...] Les républicains disent; «La République, c’est la démocratie se gouvernant elle-même. [...] les socialistes, les communistes, les montagnards veulent que la République soit une démocratie pure [...] Tel est l’empire du mot *démocratie* que nul gouvernement, nul parti n’ose vivre, et ne croit le pouvoir, sans inscrire ce mot sur son drapeau». Guizot contrapone el gobierno de Napoleón, que él juzga democrático y despótico (p. 26: «At-elle [la France] jamais eu un gouvernement qui l’ait plus rudement traitée, qui ait montré, pour les idées et les passions favorites de la démocratie moins de complaisance? [...] Mais Napoléon était un despote»), al gobierno no despótico sino republicano y libre de Washington (p. 28: «Washington ne ressemble point à Napoléon; celui-là n’était pas un despote. Il a fondé la liberté politique [...] de sa patrie. [...] Qu’on examine sa vie, son âme, ses actes, ses pensées, ses paroles; on n’y trouvera pas, pour les passions et les idées favorites de la démocratie, une seule marque de condescendance, un seul instant de laissez-aller. Il a constamment lutté, lutté jusqu’à la fatigue et la tristesse, contre ses exigences») para concluir (p. 34): «Les Etats-Unis d’Amérique sont dans le monde, le modèle de la république et de la démocratie [accenno polemico a Tocqueville?]. Ont-ils jamais songé à s’intituler: République démocratique? Je ne m’étonne point [...] les chefs de la société des Etats-Unis, les descendants des premiers colons, la plupart des principaux planteurs dans la campagne et des principaux négociants dans les villes, l’aristocratie naturelle et nationale du pays, étaient à la tête de la révolution et de la république; ils la voulaient, ils la soutenaient, ils s’y dévouaient avec plus d’énergie et de constance qu’une grande partie du peuple»).

54 Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, citado en el § precedente.

55 Simón Bolívar, *Discurso de Angostura*, 15 de febrero de 1819; Léon Faucher, *Études sur l’Angleterre*, 1845; Louis Blanc, *De la présidence dans une république*, 1849.

56 Friedrich August von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London 1973-1979.

57 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen - Mohr 1922; Hans Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien - Leipzig 1925; Raymond Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931; Hanna Arendt, *The Origins of*

La actual amnesia de la especificidad del poder tribunicio es el sigilo científico de la prevalencia política/militar y de la propagación del sistema constitucional de modelo inglés. Ella es, originalmente, obra consciente de rechazo (de parte sobretudo [aunque con la ayuda precedente de Benjamin Constant y después de Karl Marx]⁵⁸ de Theodor Mommsen⁵⁹) a través de la progresiva y programada cancelación de la categoría de “poder negativo”, que más que cualquier otra especificidad intentó expresar. Tal consciente operación de rechazo, perfecciona operaciones como muchos conscientes de anfibología terminológica y de “procustonismo” conceptual (por ejemplo: “república representativa” [Immanuel Kant]⁶⁰; democracia representativa [Alexis de Tocqueville]⁶¹; *populus* = Estado [Joseph Rubino; Theodor Mommsen; cfr., críticamente, Friedrich Nietzsche «Staat heißt das kälteste aller kalten Ungeheuer. Kalt lügt es auch; und diese Lüge kriecht aus seinem Munde: “Ich, der Staat, bin das Volk.”»]⁶²).

Como la objetiva ineficacia tutelar de la incorrecta aplicación tribunicia se combina funcionalmente con la objetiva ineficacia democrática de todo el sistema constitucional así construido, también la amnesia científica del poder tribunicio es complementada por la amnesia científica del sistema institucional, del cual aquel poder es parte necesaria/perfeccionante: la *res publica*, o bien la República romana, antigua y democrática. También en relación al sistema republicano romano, el elemento constitutivo (y, entonces, golpeado) es el proceso de formación de la voluntad pública. En ella (ver, *supra*, § 1.3.a e b) la amnesia de la ciencia jurídica es sin excepción, lapidaria. Y sin embargo, sin su comprensión no se comprende la República ni el Tribunado.

Totalitarianism, Berlin 1951 y otros ensayos; David Easton, *A systems analysis of political life*, New York 1965; Jorge Reinaldo Vanossi, *El misterio de la representación política*, Buenos Aires 1972; Costantino Mortati “Art. 1” in G. BRANCA, a cura di, *Commentario della Costituzione I Principi fondamentali: Art. 1-12*, Bologna 1975; Heinz Eulau, “Changing Views of Representation” in H. EULAU - J.C. WAHLKE, eds., *The Politics of Representation. Continuities in Theory and Research*, Beverly Hills 1978; Antonio Torres del Moral, “Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos” in *Revista de Derecho político*, 14, verano 1982; Damiano Nocilla - Luigi Ciaurro, “Rappresentanza politica” in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII 1987; Giuseppe Franco Ferrari, “Rappresentanza istituzionale” in *Enciclopedia Giuridica*, XXV, Roma 1991; Bruce Ackerman, “The New Separation of Powers” en *Harvard Law Review*, 113/2000. El 20 de abril de 1999, fue presentada al Parlamento italiano, por 21 diputados, la «Proposta di legge costituzionale n. 5923 [...] “Modifica dell’articolo 67 della Costituzione, in materia di divieto di mandato imperativo”».

58 Benjamin Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, 1819 ; Karl Marx, “Der 18te Brumaire des Louis Napoleon” en *Die Revolution*, 1852, § 1.

59 Como se evidencia en el pasaje del tratamiento del Tribunato nella *Römische Geschichte* del 1854-56 al tramitento de la misma institución en el *Römisches Staatsrecht* del 1876-87, concluyentemente confirmada en el *Abriss des römischen Staatsrechts*, 1893.

60 Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795.

61 Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835-40.

62 Joseph Rubino, *Über den Entwicklungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*, Cassel 1839, 233 ss.; Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III.1, Leipzig 1887, 3 ss.; Friedrich Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*, 1883.

2. Defensor del Pueblo como amnesia empírica del Tribunado y nostalgia - principio potencial de la República

El constitucionalismo que se difunde durante la época contemporánea es pues caracterizado —en su caso se define— por un doble más o menos programático equívoco: **a)** entre la exigencia/voluntad declarada/afirmada de tutelar la libertad de todos los ciudadanos, mediante la aplicación del poder de los Tribunales y la realidad de la garantía del equilibrio interno de la elite-aparato ‘de gobierno’ en sentido lato, mediante la trans-formación/de-formación de aquel poder en elemento ‘accesorio/de equilibrio’ de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (Montesquieu, 1748); **b)** entre su definición como “republicano” y “democrático” (Kant, 1795, y Tocqueville, 1835-40) y su realidad como delegación institucional ‘en blanco’ del poder del pueblo a aquella elite/aparato, mediante el instituto de la representación de la voluntad.

La doctrina jurídica del ochocientos (Mommesen, 1876-87) intentó blindar a este constitucionalismo de los equívocos (anfibológico y procustonista) con la amnesia científica/lobotómica del poder de los Tribunales correctamente entendido y con el del sistema constitucional republicano (contexto lógico de aquel poder) además de la dialéctica moderna (entre las dos aplicaciones —correcta e incorrecta— de aquel poder) y del Setecientos (entre los dos constitucionalismos, respectivamente conexos).

La doctrina jurídica del novecientos, expresión del pobre “derecho-Überbau⁶³” de la cultura economicista burguesa, no supo y quizás ni siquiera haya querido substraerse a la autoritaria doctrina decimonónica y quedó al interior del constitucionalismo recibido, subrogando la pérdida dialéctica del pensamiento jurídico del setecientos iluminista y revolucionario, con la relatividad y “liquidez” del mismo pensamiento jurídico “débil” y “benevolente”.

No obstante esto, en la estructura de tal constitucionalismo: **a)** se abren grietas observables por el descubrimiento de la ineficacia del instituto de la división de los tres poderes, desde el punto de vista de los derechos de los *universi cives* y de la inconsistencia del instituto de la representación de la voluntad, desde el punto de vista de su poder⁶⁴ y **b)** apoyan en él instituciones que le son extrañas como precisamente el Defensor del Pueblo, el que reencuentra una renovada importancia de la Ciudad (y de los Ciudadanos) en el proceso de formación de la voluntad pública (menciono, como ejemplo, las reformas italianas de 1993 con la elección directa de los Síndicos⁶⁵ y del 2001, con la expansión de la relación de la Comunas con la República [nuevo art. 114] y la institución de los Consejos de las Autonomías locales [nuevo art. 123]).

63 Superestructura (*nota del T.*)

64 Ver el § precedente.

65 Intendentes, alcaldes (*nota del T.*)

Estos fenómenos no son el resultado de una construcción científica unitaria, antes bien, la ciencia jurídica tampoco la considera en su significado total; sin embargo, a la luz de cuanto venimos observando podemos/debemos reconocer que en ellos subyace una exigencia unitaria, la exigencia de la República, la verdadera, romana: desarrollada y consolidada realización de la democracia⁶⁶; República que, en continuidad con la dialéctica del Setecientos, es la alternativa a la solución medieval-moderna de la delegación del poder en una élite/aparato, justificada de varios modos, pero de cualquier manera censataria, de la cual estamos verdaderamente extenuados.

Si (por usar la terminología platónica) el Defensor del Pueblo, “amnesia” empírica del Tribunado romano, es manifestación de la “nostalgia” por la República romana en la cual solamente él tiene una específica ubicación, de una parte debe alinearse lo más posible con el modelo antiguo y de otra parte, invirtiendo el orden causal histórico, a partir de él se puede y se debe recomenzar a realizar tal República.

Me parece del todo evidente la exigencia, a estos fines, de una alianza estratégica del Defensor del Pueblo con la Ciudad (Comunas/Municipios) portadoras -también ellas, al menos potencialmente- de un renovado proceso decisonal cabalmente republicano.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRIVET P., “J.-J. Rousseau: quelques aperçus de son discours politique sur l’antiquité romaine” in *Studies on Voltaire* 151, 1976

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2009

CATALANO P., “Un concepto olvidado: poder negativo” in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, segunda época, tomo 8, Madrid, marzo 1980 (ripublicato in lingua italiana in *Aggiornamenti sociali*, 9 - 10 1994 e, in lingua cinese, in *Roman Law and Modern Civil Law. The Annals of the Institute of Roman Law*, Xiamen University, 3, 2002)

CATALANO P., “*Una civitas communis deorum atque hominum*: Cicerone tra *temperatio reipublicae* e rivoluzioni” in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 61, 1995 [= *Studi in memoria di Gabrio Lombardi*, II, Roma 1996])

CATALANO P., “*Urbis initia* selon les juristes” in *Da Roma alla III Roma. Initia urbis. Fondazioni di Roma Costantinopoli Mosca*, Campidoglio 21-24 aprile 1997

CATALANO P., *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino 1960

CATALANO P., *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965

⁶⁶ Ver, *supra*, § I.3.b.

- CATALANO P., *Populus Romanus Quirites*, Torino 1975
- CATALANO P., *Tribunato e resistenza*, Torino 1971
- CELLURALE Mariateresa, “*Locus e ius*: observaciones sobre espacio y sistema a la luz del derecho romano” in *Revista de Derecho Privado*, No 16 - 2009
- CHEVALLIER J.J., “De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d’empêcher” in *Méls Maurice Hauriou*, Paris 1929
- CHEVALLIER J.-J., *Histoire de la pensée politique I. De la Cité-État à l’apogée de l’État-nation monarchique*, Paris 1983
- CONSTENLA C.R., *Teoría y practica del Defensor del Pueblo*, Buenos Aires 2010
- COSTA E., *Cicerone giureconsulto*, Bologna 1927
- DE MARTINO F., “Il modello della città-stato” in A. SCHIAVONE, a cura di, *Storia di Roma*, IV, Torino 1989
- DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*, V², Napoli 1975
- DE OLIVERA F., “As formas de constituição em Cícero” in *Máthesis*, 13. 2004
- FELICI M., “Centralità dell’*urbs* nell’esperienza giuridica romana: alcuni aspetti qualificanti” in S. MANGIAMELI, a cura di, *Le Istituzioni del decentramento nella provincia capitale*, Napoli 2004
- FELICI M., *Studio sulla città nel sistema giuridico romano*, tesi di dottorato, Università di Roma “Tor vergata”, a.a. 2000/2001
- FRAKES R.M., *Contra potentium iniurias: the Defensor civitatis and late roman justice*, München 2001;
- GABBA E., “I municipi e l’Italia augustea” in PANI M., a cura di, *Continuità e trasformazioni tra Repubblica e Principato. Istituzioni, politica, società*, Bari 1991
- GALLO E., “Che cos’è la costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica” in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, Quarta serie - Vol. I. Dell’intera collezione Vol.CV – 2011
- GASCOU J., “L’emploi du terme *respublica* dans l’épigraphie latine d’Afrique” en *Mélanges de l’Ecole Française de Rome* 91, 1979, I
- HECKETSWEILER L., *La fonction du peuple dans l’Empire romain. Réponses du droit de Justinien*, Condé-sur-Noireau 2009
- KORNEMANN E., “*Collegium*” in *RE* [= A. Pauly - G. Wissowa, *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*] IV 1, 1900
- KÜBLER B., “*Maiestas*” in *RE* 1, 1928
- LEPAN Géraldine, *J.-J. Rousseau et le patriotisme*, Paris 2007

LIU-GILLE Bernadette, “La sanction des *leges sacratae* et l’*adfectatio regni*: Spurius Cassius, Spurius Maelius et Manlius Capitolinus” in *PP* [= *La Parola del passato. Rivista di studi antichi* – Napoli] 288, 1996

LOBRANO G., “*Uxor quodammodo domina*”: riflessioni su *Paul. D. 25.2.1* [Università di Sassari - Facoltà di Giurisprudenza - Seminario di Diritto romano 6] Sassari 1989

LOBRANO G., “Città, municipi, cabildos” in *Roma e America. Diritto romano comune* [rivista] n. 18, anno 2004 [ma pubblicata nel 2005] e in S. SCHIPANI, a cura di, *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano* [Atti Congresso internazionale, Roma 26–29 novembre 2003] Roma 2005

LOBRANO G., “*Civitas* e *Urbs* nella lezione romanistica di Giorgio La Pira” in *Diritto @ Storia*, 4/2005

LOBRANO G., “Continuidad entre las ‘dos repúblicas’ del Derecho indiano y el ‘sistema republicano municipal’ del derecho romano. Formulación esquemática de una hipótesis de trabajo” in *Roma e America. Diritto romano comune*, n. 24 anno 2007

LOBRANO G., “Dal ‘Defensor del Pueblo’ al Tribuno della Plebe: ritorno al futuro. Un primo tentativo di interpretazione sistematica con particolare attenzione alla impostazione di Simón Bolívar” in CATALANO P. - LOBRANO G. - SCHIPANI S., a cura di, *Da Roma a Roma. Dal Tribuno della plebe al Difensore del popolo. Dallo jus gentium al Tribunale penale internazionale* [Atti del Seminario di studi 21-22 febbraio 2002 - Quaderni IILA, Serie Diritto I] Roma 2002; ripubblicato quindi in lingua spagnola (“Del Defensor del Pueblo al Tribuno de la Plebe: regreso al futuro. Un primer bosquejo de interpretación histórico-sistemática. Con atención particular al enfoque bolivariano”) e (sempre con integrazioni successive) in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Università di Roma “Tor Vergata” 14/2002; in *UGMA Jurídica - Revista de la Facultad de Derecho - Universidad Gran Mariscal de Ayacucho* (Barcelona – Estado Anzoátegui – Venezuela) Año 2/ n. 2/ 2003; in ONIDA P.P. e VALDÉS LOBÁN E., *Identidad e integración latinoamericana y caribeña. II. Seminario en el Caribe. Derecho romano y Latinidad*, Napoli 2011; in corso di ripubblicazione in CONSTENLA C.R. - PINTO LYRA R., orgs, *Defensorías del Pueblo y Ouvidorias en Iberoamérica. Nuevos conceptos y perspectivas*, Joao Pessoa – Santa Fe – Buenos Aires.

LOBRANO G., “Dell’*homo artificialis - deus mortalis* dei Moderni comparato alla *societas* degli Antichi” in LOIODICE A. - VARI M., a cura di, *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, Roma 2003

LOBRANO G., “Dottrine della ‘inesistenza’ della costituzione e “modello” del diritto pubblico romano” in LABRUNA L., diretto da, e BACCARI Maria Pia - CASCIONE C., a cura di, *Tradizione romanistica e Costituzione*, tomo primo [Collana: «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana»] Napoli 2006; pubblicato anche in *Diritto@Storia*, 5/2006

LOBRANO G., “*Familia*. Note per la interpretazione” in *Roma e America. Diritto romano comune*, n. 28, anno 2009

LOBRANO G., “Il Municipio «das Fundament unserer Civilisation»: una ipotesi di ricerca giuridica” in corso di pubblicazione negli atti del Seminario di Studi *Vespasiano e l'impero dei Flavi*, Roma, 18-20 novembre 2009

LOBRANO G., “*Plebei magistratus, patricii magistratus, magistratus populi Romani*” in *SDHI (Studia et Documenta Historiae et Iuris)* 41/1975

LOBRANO G., “Qualche idea, dal punto di vista del Diritto romano, su origine e prospettive del principio di laicità” in *Argomenti 2000* [rivista informatica] settembre 2007

LOBRANO G., *Il potere dei tribuni della plebe* [Fondazione Guglielmo Castelli 46] Milano 1982

LOBRANO G., *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas. I* [Università di Sassari - Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza – Serie giuridica] Milano 1984

LOBRANO G., *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996

LOMBARDI G., “La ‘sovranità popolare’ in Roma” in *Civiltà fascista* (1939)

MAZZARINO S., “Fra Oriente e Occidente” in C. AMPOLO, a cura di, *La Città antica. Guida storica e critica*, Bari 1980

NÖRR D., “Pomponius oder ‘Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen’” in HAASE W., a cura di, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.15, 1976; tr. it. “Pomponio o della ‘comprensione storica dei giuristi romani’” in *Edonline*, rivista elettronica di Diritto romano, II.2002

ONIDA P.P., “La causa della *societas* fra diritto romano e diritto europeo” in *Diritto@Storia* N. 5 - 2006

ONIDA P.P., “Tensioni non risolte nel nuovo diritto societario: una lettura romanistica” in ONIDA P.P. e VALDÉS LOBÁN E., *Identidad e integración latinoamericana y caribeña. II. Seminario en el Caribe. Derecho romano y Latinidad*, Napoli 2011

PINTO LYRA R., org., *Do Tribuno da Plebe ao Ouvidor público. Estudos sobre os Defensores da cidadania*, Joao Pessoa 2011.

POST G., “A romano-canonical maxim *quod omnes tangit*” in *Traditio*, 4 - 1946

QUADRATO R. “Rappresentanza. Diritto romano” in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, 1987

ROBERTO U., “Aspetti della riflessione sul governo misto nel pensiero politico romano da Cicerone all’età di Giustiniano” in *Montesquieu*, 2 - 2010

SCHUBARTH M., “Richter als Gesetzgeber” in *Die Weltwoche*, Zurich 20. Mai 2011. (vedi traduzione francese in www.polemia.com)

SMITH C.J., “*Adfectatio Regni* in the Roman Republic” in LEWIS S., ed., *Ancient Tyranny*, Edinburgh 2006

STARR C.G., “The perfect democracy of the Roman Empire” in *American Historical Review*, 58 -1952;

TAFARO S., “L’*avvocato del popolo* albanese. Le radici. Le proposte” in *Diritto@storia*, N. 8 - 2009

TAFARO S., “La herencia de los *Tribuni Plebis*” in *Diritto@storia*, N. 7 - 2008

TAFARO S., “Persona, città, famiglia e matrimonio: dal diritto romano ad oggi” in *Persona. Revista electrónica mensual de derechos existenciales*, n.48 - dic. 2005

TSUNODA N., “Le fédéralisme et la Révolution française: pour comprendre le républicanisme français”

in *Inter Faculty* (University of Tskuba) vol. 1 - 2010

Voce “*Lex Collegii*” in DAREMBERG Ch. - SAGLIO Edm., *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Paris 1877-1914, Tome 3. vol. 2.

(Traducción del italiano por el editor)

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y UNIVERSITARIOS EN EL RECIENTE ESPACIO INSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA DE MÉXICO¹

Salvador Vega y León²

Recibo con honra y satisfacción la designación inmerecida de Primer Vicepresidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman Defensor del Pueblo y la acepto estimando que la han otorgado más que a mi persona, a la personalidad que ostento como Rector General de la Universidad Autónoma Metropolitana de México y a la comunidad de dicha institución a la cual me enorgullece pertenecer, por lo que Protesto ante Ustedes que la cumpliré cabalmente hasta el límite de mis conocimientos y experiencias.

Mi intervención de estilo en este foro, está referida a la Defensa de los Derechos Humanos y Universitarios y que he titulado “*La Defensa de los Derechos Humanos y Universitarios en el reciente espacio institucional de la Universidad Autónoma Metropolitana*”. En mi participación utilizaré además de mi propia concepción, terminología y conceptos de diversos documentos del instrumento normativo que estableció la Defensoría de Derechos Universitarios en la UAM y que ilustran con profundidad mi exposición.

Conforme a las reformas recientes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *las autoridades, cada una en su competencia y jurisdicción, debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de éstos, por lo que prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.*

La Universidad Autónoma Metropolitana desde su fundación y en este momento por las nuevas disposiciones constitucionales, asume esta obligación convencida de

¹ Participación del Dr. Salvador Vega y León en su Instauración como Vicepresidente I del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, en la Sesión de la Asamblea General celebrada en la Universidad Federal de Rio de Janeiro, los días 28 y 29 de Mayo de 2015.

² Salvador Vega y León. Rector General de la Universidad Autónoma Metropolitana de México

que por su naturaleza de institución pública y autónoma, tiene como una de sus funciones sustantivas principales, la de impartir educación superior, procurando que la formación de profesionales corresponda a las necesidades de la sociedad, debiendo ser un ejemplo y modelo de respeto a la legislación nacional y universitaria; por lo tanto, es parte de sus prioridades cuidar que en sus espacios se promueva, defienda y vigile el respeto de los derechos humanos de su comunidad, ya que éstos y los derechos universitarios son complementarios en la medida que guardan un vínculo indisoluble.

La Constitución Mexicana, (Art. 3°), ha venido desde 1981 a confirmar la nómina de los elementos que integran la autonomía de las instituciones de educación superior y universidades públicas: Facultad y responsabilidad de gobierno propio; Nombramiento interno de autoridades; Establecimiento de normatividad y reglamentación interna; Realización de sus fines de educar, investigar y difundir la cultura; Libertad de cátedra e investigación y libre examen y discusión de las ideas; Determinación de planes y programas; Capacidad de expedición de Títulos Profesionales; Fijación de los términos de ingreso, promoción y permanencia del personal académico; Personalidad jurídica y patrimonio propios y capacidad de gestión del mismo.

Por otra parte, la educación superior en México se ha venido realizando conforme a la doctrina educativa del Estado Mexicano, es decir, de manera laica, gratuita, pública y autónoma, debido a las características técnicas del servicio público que se ofrece, además de que la investigación científica y la extensión y difusión cultural que se realiza en las Universidades públicas, deberá reportar beneficios a la sociedad en su conjunto y no a sectores elitistas de la misma.

Conforme a los principios derivados de los artículos 1° y 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la educación que imparte la Universidad tenderá a desarrollar, armónicamente, todas las facultades de las personas y fomentar el respeto a los derechos humanos y contribuir a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de las personas, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos y evitar los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.

Las Universidades Públicas Autónomas en México y en este contexto la Universidad Autónoma Metropolitana, UAM, han tenido un desarrollo paralelo y concomitante al del país mismo, por esta razón y por su compromiso con la sociedad y con el cumplimiento del estado de derecho, la institución ha realizado diversas acciones cuyos efectos se han constituido en ejemplos paradigmáticos en el país.

Otros aspectos además, confirman lo anterior en las finalidades de las universidades tales como la formación de profesionales, la investigación social, humanística, técnica, tecnológica y científica, así como la extensión y difusión de la cultura, que se agregan al principio de que la universidad al ejercer cabalmente sus funciones, presta servicios al desarrollo de la sociedad mexicana, a la cual se debe.

En razón de las consideraciones anteriores se sitúa la creación de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UAM, a través de la decisión correspondiente del más alto cuerpo colegiado de nuestra Institución, que al decidir y establecer su instrumento normativo lo hizo además, bajo varios principios fundamentales, tales como que la Defensoría no sustituye ni podría asumir las competencias de los órganos o instancias de apoyo de Universidad, sino que abre un espacio institucional para canalizar y atender quejas e inconformidades cuando se considere que se han transgredido o se pueden afectar derechos humanos de la comunidad universitaria. Con la participación de la Defensoría se contribuirá a que los órganos e instancias de apoyo preserven y cultiven los valores universitarios en los procesos de deliberación y toma de decisiones, con lo que, a su vez, se fortalecerá el estado de derecho en la Institución.

En México, la defensa de los derechos humanos puede realizarse a través del juicio de amparo y por medio del sistema de carácter recomendatorio que se ejerce ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por la vía de quejas o denuncias, así como también a través de las Comisiones Estatales de Derechos Humanos y la correspondiente del Distrito Federal.

Estas Instancias a través de proposiciones de restauración de derechos contenidas en una Recomendación cuyo contenido no es vinculante, pero que regularmente es atendido por las autoridades responsables, tienen impacto en la restauración de los derechos humanos violentados, ya sea por su carácter público o por la solvencia en equidad y buena fe de los defensores especializados.

Tal será el caso de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UAM, así como lo es en más de veinte Defensorías en Universidades Públicas Autónomas, como la Veracruzana, la Autónoma del Estado de México, la de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, y la de la Universidad Autónoma de Morelos y que como se podrá apreciar no somos diversos, pero si los primeros en defender formal y materialmente, además de los derechos universitarios, los derechos humanos.

Además en la normativa de la Defensoría de la UAM, podrán encontrarse los principales derechos, valores y principios a preservarse en los espacios de la

universidad y en consecuencia a concluir que se trata, realmente de un Ombudsman especializado en la Defensa de los Derechos Humanos y Universitarios de todas las personas que integran la comunidad de la UAM.

En efecto, el Artículo 3º del Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UAM, normativa ya citada, se establece en lo conducente que: “... los derechos, valores y principios a preservar en los espacios universitarios son: libertad, igualdad, seguridad jurídica, libre expresión y reunión, petición, audiencia, legalidad, imparcialidad, integridad personal, equidad de género, educación, libertad de cátedra e investigación, privacidad, respeto, tolerancia, dignidad, honorabilidad, democracia, diversidad, solidaridad, honestidad, responsabilidad, compromiso y, en lo aplicable, los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.”

Por otra parte y de nuevo acudiendo a la exposición de motivos del instrumento jurídico que fundamenta en derecho el establecimiento estructura y funcionamiento de la referida Defensoría de los Derechos Universitarios de la UAM de México, podemos señalar que las líneas fundamentales de funcionamiento y operación de la Defensoría de los Derechos Humanos y Universitarios, son la imparcialidad e independencia respecto de cualquier órgano e instancia de apoyo de la Universidad y la plena libertad para ejercer las responsabilidades y competencias que se le otorgan, bajo los dictados de buena fe, objetividad, independencia, legalidad, oportunidad, equidad, prudencia, conciliación, mediación y eficiencia.

Otras líneas fundamentales son la jerárquica normativa y la desconcentración funcional y administrativa, por lo que la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UAM de México, no sustituye ni podría asumir las competencias de los órganos o instancias de apoyo de Universidad, sino que abre un espacio institucional para canalizar y atender quejas e inconformidades cuando se considere que se han transgredido o se pueden afectar derechos humanos y universitarios de su comunidad y para que los órganos e instancias de apoyo de la universidad, preserven y cultiven los valores universitarios en los procesos de deliberación y toma de decisiones con lo que, a su vez, se fortalecerá el estado de derecho en la Institución, así como la pluralidad, la participación y la universalidad de pensamiento que debe caracterizar a toda Universidad moderna.

Asimismo, se desarrollará una cultura no sólo de cumplimiento de la ley, sino una relativa a la preservación, defensa de los derechos humanos y universitarios y la difusión de la misma se podrá continuar con la acción de los profesionistas que la universidad forme y egrese hacia la sociedad, los cuales contribuirán no sólo en la vida social profesionalmente, sino también difundiendo con sus acciones como una

onda democrática, los valores respecto a los derechos humanos de dignidad, libertad y legalidad que podrán incidir en la sociedad creando una cultura de nuevas formas de vida de progreso, legalidad, democracia e igualdad social.

En este contexto se crea la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Autónoma Metropolitana UAM y se regula su finalidad, integración, competencia, funcionamiento y carácter de sus recomendaciones, con procedimientos ágiles y flexibles que privilegien la atención oportuna a los problemas que se presenten entre la comunidad universitaria, que se caracteriza por ser diversa y se encuentra en permanente interacción.

Si bien, la Defensoría no tiene autoridad para hacer cumplir sus recomendaciones, su credibilidad, independencia y confianza son las fortalezas que la distinguen y los valores que le dan autoridad moral para propiciar un ambiente universitario en los espacios donde se desarrollan actividades relacionadas con el objeto de la Institución, para ser consecuentes con la igualdad y equidad de género que debe observarse como un imperativo, especialmente en la Universidad, en la cual se requiere además, una vida incluyente y de permanente respeto a la igualdad y equidad de género.

Debo terminar. Como se podrá observar y concluir, la Universidad Autónoma Metropolitana UAM y su Defensoría de los Derechos Universitarios, pertenece a la misma especie de los miembros del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, buscamos con energía y vigor los mejores medios de la preservación, el cumplimiento y la defensa de los derechos humanos y en nuestro caso, la de los derechos universitarios.

OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes¹

1 INTRODUÇÃO

Passadas quase três décadas da criação, no município de Curitiba, da primeira ouvidoria pública brasileira e festejando os dez anos da Ouvidoria do Ipea², inúmeras experiências institucionais delineiam um quadro altamente diversificado de ouvidorias. Presentes nos três Poderes – Judiciário, Legislativo e Executivo – e nas três esferas de governo – federal, estadual e municipal –, as ouvidorias compõem um extenso leque que vai desde aquelas que mais se assemelham a um balcão de reclamações, inteiramente subordinadas, até aquelas que ostentam elevado grau de independência e autonomia.

Esse mosaico – que pode ser ampliado inúmeras vezes a partir de outros critérios taxionômicos, como o âmbito de competência, o tipo de controle, os instrumentos de atuação, o nível hierárquico, para ficar em apenas alguns exemplos³ – reclama a constituição de uma tipologia que permita abrigar todo o plexo de experiências institucionais sob o mesmo conceito de ouvidoria pública.

Na classificação aqui proposta, pareceu aconselhável a adoção de dois pressupostos simplificadores. O primeiro diz respeito à necessidade de, na busca de uma identidade institucional, conferir certa preeminência da totalidade, tendo em conta mais a articulação dos elementos característicos do que estes individualmente considerados, pelo fato de que a caracterização da instituição nos é fornecida por certa amarração sistêmica.

1 Professor de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), advogado e consultor jurídico em Curitiba.

2 Este texto, com poucas alterações, foi originalmente produzido para compor uma coletânea organizada pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Brasil.

3 Por solicitação da Associação Brasileira de Ouvidores (ABO), o autor deste trabalho produziu uma classificação utilizando um duplo critério: i) ouvidoria como instrumento de controle, tendo como subcritérios a natureza, a sujeição passiva, o objeto e a sujeição ativa; e ii) ouvidoria como espaço de controle, tendo como subcritérios a intra, inter e extraorganicidade (Vismona, 2005). Em outra ocasião, ele elaborou uma classificação distinta, fundada em dois critérios mais complexos: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional (Lyra, 2000). Este capítulo utiliza parcialmente estes trabalhos anteriores de maior dimensão.

O segundo pressuposto ancora-se na ideia de que toda tipificação resulta na construção do que a sociologia compreensiva de Weber denominou tipologia ideal, resumidamente compreendida como “(...) uma representação ideal e consequente de uma totalidade histórica singular, obtida por meio de racionalização utópica e de acentuação unilateral dos traços característicos e originais, para dar uma significação coerente e rigorosa ao que aparece como confuso e caótico em nossa experiência puramente existencial” (apud Freund, 1987, p. 50). Assim, a definição de uma modalidade de ouvidoria, como tipo ideal, deveria servir como instrumento metodológico de compreensão da realidade: um meio de aproximação ou medição do real.

Esses pressupostos são suficientes para justificar a construção de uma tipologia fundada na eleição de um critério unificador, cuja acentuação unilateral deveria conferir a possibilidade de identificação do todo pela significação que confere à articulação das partes. Entre os diversos critérios disponíveis, por razões didáticas, elegeu-se o mais facilmente identificável: a localização institucional da ouvidoria. Esse critério, de natureza orgânica ou estrutural, será articulado a dois outros critérios de natureza preponderantemente funcional, os quais se denominou objeto de atuação e sujeição ativa.⁴

A partir desses critérios – e considerando os pressupostos anteriormente indicados – tornou-se oportuno eleger uma categoria unificadora capaz de conferir identidade (típica ideal) aos modelos construídos. Essa categoria foi compreendida como a resultante da confluência, dialética ou não, do conjunto dos elementos característicos de cada tipo. Optou-se pela categoria racionalidade, aqui entendida como o elemento causal e de orientação da organização e do funcionamento das ouvidorias. Nesta perspectiva, a racionalidade de cada modelo de ouvidoria seria constituída por um processo tensional entre a dimensão funcional (sujeição ativa, objeto e outros) e a estrutural (localização institucional e outros),⁵ desconsiderando as pressões burocrático-políticas provenientes do ambiente externo.

Com esse recurso metodológico pretende-se organizar a aparentemente caótica diversidade de ouvidorias em torno de quatro modelos, concebidos como *tipos ideais*, a partir dos quais deverá ser viável qualificar ou identificar, por aproximação, diferentes experiências institucionais.

A adoção desse procedimento carrega consigo a pretensão de tornar desnecessária a explicação de todos os elementos característicos de cada modelo

4 Há uma classificação mais detalhada em Gomes (2000, p. 62).

5 Importante considerar que as dimensões funcional e estrutural não se limitam aos critérios resumidamente indicados neste capítulo.

de ouvidoria. O desejável seria que, após a indicação dos critérios de classificação adotados, fosse possível deles defluir um conjunto de características identificadoras de cada modelo.

Seguindo essa orientação, a primeira parte deste capítulo está reservada ao exame dos critérios eleitos e de sua articulação e, a segunda, ao estabelecimento da tipologia proposta.

2 LOCALIZAÇÃO INSTITUCIONAL: CRITÉRIO ESTRUTURAL

Neste trabalho, a noção de espaço institucional é tomada em acepção semelhante à que Santos (1996a, p. 126) confere ao que denominou *espaço da cidadania*: o qual “é construído pelas relações sociais da esfera pública entre cidadãos e Estado.

Mantendo-se essa perspectiva em conjunto com o entendimento de Santos (1996b, p. 41), é possível conceber espaço institucional como um “lugar material da possibilidade dos eventos” formado pelo “conjunto indissociável de sistemas de objetos naturais ou fabricados e de sistemas de ações, deliberadas ou não” (Santos, 1996c, p. 49).⁶ Um território no qual produções humanas como normas, costumes, modelos de relações, racionalidades – coercitiva, objetiva e exteriormente – impõem-se aos indivíduos. Não na forma de pontos descoordenados, mas como uma unidade sistematizada e racionalizada.

Saliente-se ainda, e para concluir, que Santos (1996c, p. 76) atribui sentido ou intencionalidade não só à ação, mas também aos objetos “dependentes da respectiva carga de ciência e de técnica presente no território”. Nesse sentido, seria possível afirmar que o espaço de controle é constituído pelo sistema de ação e de objeto, cuja intencionalidade conforma eventos como resultantes de uma racionalidade típica, informada pela técnica e pela ciência. Desse modo, o espaço institucional de controle, como órgão, constitui-se como lugar material na estrutura administrativa do Estado em que ocorrem as possibilidades de eventos voltados para o controle do poder.

6 Os objetos seriam “tudo o que existe na superfície da Terra, toda herança da história natural e todo resultado da ação humana que se objetivou. Os objetos são esse extenso, essa objetividade, isso que se cria fora do homem e se torna instrumento material de sua vida, em ambos os casos exterioridade” (Santos, 1996c, p. 59).

Considerando esse delineamento, e lançando mão de uma classificação dos instrumentos de controle estabelecida por Dromi (1994, p. 143) apresentam-se três âmbitos de localização institucional: intraorgânico, interorgânico e extraorgânico. O primeiro, diz respeito às ouvidorias cuja atuação se origina e se destina no âmbito de um mesmo órgão, entidade ou Poder do Estado. O segundo, caracteriza aquelas ouvidorias que atuam sobre órgãos, entidades ou Poderes distintos do qual se situam, ainda que a ouvidoria e o sujeito passivo de controle encontrem-se dentro da espacialidade estatal. O terceiro, está reservado às ouvidorias localizadas na esfera da sociedade civil e, portanto, fora da estrutura administrativa do Estado.

Esse critério deve ser articulado a dois outros, aqui denominados objeto e sujeição ativa.

3 OBJETO E SUJEIÇÃO ATIVA: CRITÉRIOS FUNCIONAIS

Para os propósitos deste trabalho, o objeto, como critério de classificação, consiste na atuação empírica das ouvidorias. Assim, no plano subjetivo, a análise do objeto do controle pretende identificar os sujeitos passivos da atuação da ouvidoria; no plano material, o exercício da função administrativa – atos, contratos ou procedimentos administrativos, incluídas a formulação e execução de políticas públicas; e, no plano formal, as regras e os princípios cujo controle é competência da ouvidoria.

Essa visão mais pragmática ultrapassa os limites que convencionalmente a doutrina tem estabelecido no capítulo do controle administrativo. Para Meirelles (2002), por exemplo, essa limitação estaria adstrita à “conduta funcional de um poder, órgão ou autoridade”, o que pressuporia um vínculo laboral do sujeito passivo de controle com o poder público. Tal condição tornaria imune o controle do conjunto – cada vez maior – de particulares que, mediante concessão, permissão, autorização ou outra forma de delegação prestam serviços de natureza pública.

A posição do referido professor, ademais, de um lado, restringe a sujeição passiva do controle aos órgãos da administração pública, alijando as entidades da administração indireta; de outro, dilarga seu objeto para os demais Poderes.⁷ Tanto a atividade jurisdicional quanto a legislativa possuem regimes jurídicos de controle próprios, que não se confundem com o regime jurídico regulador da função administrativa. Assim, mais apropriado seria indicar a função administrativa como objeto de controle das ouvidorias públicas, descartando-se a expressão conduta funcional. Entretanto, esse entendimento ainda é insuficiente.

⁷ Isso porque “conduta funcional” pode ser entendida, sem com isso incorrer em erro, como a atividade jurisdicional dos magistrados, bem como a atividade legiferante dos parlamentares.

Em relação ao objeto, seria mais adequada a utilização da categoria serviço público, ou política pública, gizando o controle levado a efeito pelas ouvidorias no amplo raio em que se colocam a sua formulação e a sua execução. Isso posto, todas as condutas – omissivas ou comissivas – que, de qualquer modo, atuem no processo de formulação ou de execução de uma política pública ou de serviço público, estariam incluídas como objeto do controle dos ouvidores públicos.

Adotando as premissas do professor Eros Grau – para quem “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social” (Grau, 1998, p. 22), poder-se-ia dizer que a referida expressão envolve as atuações prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, cobrindo toda a intervenção de natureza pública na vida social.

Indo um pouco além, com apoio no festejado conceito de serviço público elaborado por Mello (2013, p. 306), segundo o qual

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público (...) instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.

O objeto do controle exercido pelas ouvidorias públicas brasileiras atingiria os serviços públicos e os demais atos administrativos, aí incluídos os referentes à formulação e execução de política pública, praticados em sede de uma relação funcional ou contratual com o poder público.

O critério da sujeição ativa, por sua vez, identifica precisamente o sujeito que realiza a ação de controle exercida pelas ouvidorias. Segundo a doutrina clássica, estariam legitimados “os órgãos, autoridades ou Poderes do Estado” (Meirelles, 1989, p. 361). Entretanto, a própria Constituição Federal de 1988 (CF/1988) previu diversas espécies de controle a serem exercidas por sujeitos que se encontram fora da esfera estatal. Um desses sujeitos, constitucionalmente reconhecido e legitimado para o exercício do controle, são as associações representativas.⁸

8 Entre as diversas hipóteses normatizadas, ver: “Art. 29 – O município reger-se-á por lei orgânica [...] atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal” (Brasil, 1988).

A Carta Constitucional reconhece também certas categorias de cidadãos como sujeitos legitimados ao exercício do controle. Este é o caso dos contribuintes,⁹ dos trabalhadores e empregados dos órgãos públicos,¹⁰ cidadãos e usuários, conforme assinalado antes, previsto no Art. 37, § 3º. Não é só. A Constituição também contempla sujeitos coletivos, sem personalidade jurídica, caracterizados precisamente por não se situarem no âmbito da espacialidade estatal. É o caso do disposto, por exemplo, nos Arts. 194 e 198, inciso III.¹¹

Todo esse alargamento do universo subjetivo de controle da administração pública tem seu esteio exatamente em um amplo plexo de normas, por meio das quais se legitima o exercício do controle para além da esfera estatal – tal como ocorre, por exemplo, com as ouvidorias das agências estatais, da Ouvidoria-Geral de Minas Gerais e das ouvidorias públicas do estado de São Paulo.

A ampliação da legitimação operada pela CF/1988 implementa, assim, uma nova modalidade de controle caracterizada por integrar segmentos não pertencentes à esfera estatal. Nesse sentido, guardado o respeito pelos profundos estudos realizados por Medauar (1993, p. 32), não é possível concordar com o argumento de que os controles realizados pelo “povo, partidos políticos, imprensa etc.” sejam “desprovido[s] de um ou mais elementos caracterizadores do verdadeiro controle, podendo-se cogitar de (...) quase-controle”.

Aliás, em face da previsão constitucional de realização de “avaliações externas periódicas”, previstas no Art. 37, § 3º, nada obstará que, mediante o devido procedimento licitatório, fossem legitimadas pessoas jurídicas de direito privado para realizarem o controle da execução de um determinado tipo de serviço público prestado por um órgão ou unidade da administração direta ou indireta, especialmente em relação

9 Art. 31, § 3º – “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei” (Brasil, 1988).

10 Art. 10 – “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (Brasil, 1988).

11 Art. 194 – “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência” (Brasil, 1988).

Art. 198 – “As ações e serviços de saúde (...) constituem um sistema único, organizado com as seguintes diretrizes: (...) III – participação da comunidade”. Esse tipo de legitimação é repetido em diversos momentos pelo texto constitucional, entre os quais merecem citação as previsões contidas nas áreas de seguridade (Art. 194, VII), educação (Art. 206, VI), cultura (Art. 216, § 1º), meio ambiente (Art. 225) e da família (Art. 227) (Brasil, 1988).

aos serviços previstos nas Leis nos 9.790/1999 e 9.637/1998. Nesses casos, tratar-se-ia de modalidade de controle extraorgânico com fundamento contratual, um tanto similar ao controle que as ouvidorias das agências estatais exercem sobre os concessionários de serviços públicos.

De qualquer modo, conhecem-se poucas ouvidorias com tais características além da experiência do município paulista de Santo André.

Mencionem-se, ainda no que se refere à sujeição ativa, as diferenças em relação ao titular do exercício de controle, ou seja, os ouvidores gerais. Sob esse particular, as ouvidorias públicas podem ser classificadas a partir da forma de nomeação de seus titulares, conforme descrito a seguir:

- nomeados para ocupar cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração (por exemplo, ouvidorias do estado do Paraná);
- nomeados para ocupar cargo em comissão – entretanto, exclusivamente entre servidores de carreira do órgão controlado (por exemplo, algumas ouvidorias setoriais);
- nomeados para ocupar cargo em comissão, com estabilidade por um período determinado (por exemplo, ouvidorias do estado de São Paulo);
- eleitos pelo Poder Legislativo (Ouvidoria do município de Curitiba, nos termos previstos no § 2º do Art. 63 da Lei Orgânica do município);
- eleitos por um colégio de representantes da sociedade civil (por exemplo, Ouvidoria do município de Santo André);
- eleitos por um colegiado composto majoritariamente por servidores do órgão controlado (por exemplo, Ouvidoria da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e algumas ouvidorias do Ministério Público).

4 CRITÉRIO UNIFICADOR: RACIONALIDADE PREPONDERANTE

Como mencionado, a categoria racionalidade é aqui utilizada didaticamente como elemento unificador, isto é, como resultante da confluência, dialética ou não, do conjunto dos elementos característicos de cada tipo.

A polissemia e a multiplicidade de definições que têm sido formuladas, desde Platão, sobre esta categoria impõem a explicitação do recorte teórico aqui adotado. Para os fins deste capítulo, são suficientes apenas duas disjuntivas: *i*) racionalidade formal e material; e *ii*) racionalidade sistêmica e não sistêmica (mundo da vida).

De modo muito superficial, no trato do primeiro binômio, utiliza-se como referente a sociologia compreensiva de Weber; na tratativa do segundo, a teoria da ação comunicativa de Habermas.

A *tipologia ideal* de Weber (1992, p. 20) distingue quatro tipos de ação: *i)* racional em relação a um fim ou objetivo; *ii)* racional em relação a um valor; *iii)* afetiva; e *iv)* tradicional. No mesmo sentido e de modo correspondente, o mesmo autor distingue três tipos de dominação: racional, carismática e tradicional (p. 172).

A partir dessa classificação, Weber (1992) opera com a distinção entre direito formal e direito material, ambos produtos do processo de racionalização. O primeiro seria o resultado do mais alto grau de racionalidade e, desse modo, adstrito a um formalismo de características externas (formalismo de procedimentos, rituais, símbolos externos) e internas (ou, como quer Dulce, de *abstração lógica*, entendido como o processo interpretativo obtido por meio de uma interpretação lógica dos conceitos e das regras sistematizados juridicamente, por exemplo, os códigos – 1989 p. 222).

O direito material, ao contrário, seria informado por valores extrajurídicos, como os de natureza ética, econômica ou política. Pela precisão, merece destaque o contorno conceitual elaborado por Arnaud e Dulce (2006) acerca do direito racional-material.

Este tipo de derecho existe quando en la decisión de los problemas jurídicos influyen ciertas normas, cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas, que se basan en una interpretación abstracta, es decir, se trata de mandatos de contenido general, tales como imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos, que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica (p. 223).¹²

Assim, em Weber aparece a tensão entre uma racionalidade informada por pressupostos materiais e uma informada por uma ordem sistematizada, abstrata, voltada para a calculabilidade e previsibilidade da conduta humana. Nesses termos, é possível dizer, ainda com Arnaud e Dulce (1996, p. 229), que

quanto más racional y formal es el sistema jurídico, es decir, cuanto más técnico, especializado y abstracto es, se produce también un mayor alejamiento y desconocimiento de aquél por parte de los individuos, que son, en definitiva, los usuarios del sistema.¹³

12 “Este tipo de direito existe quando na decisão dos problemas jurídicos influem certas normas, cuja dignidade qualitativa é diversa da que corresponde às generalizações lógicas, que se baseiam em uma interpretação abstrata, vale dizer, trata-se de mandatos de conteúdo geral, tais como imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência, ou postulados políticos, que rompem tanto com o formalismo das características externas como com o da abstração lógica” (tradução livre).

13 “Quanto mais racional e formal é o sistema jurídico, vale dizer, quanto mais técnico, especializado

A distinção entre o formal e o material favorece a identificação das ouvidorias que atuam exclusivamente no âmbito dos atos vinculados, adstritas ao princípio da legalidade, e aquelas que possuem um largo âmbito de competência alcançando o mérito do ato administrativo com a tutela de princípios – que Weber consideraria extrajurídicos – como o da moralidade e o da economicidade previstos, respectivamente, nos Arts. 37 e 70 da Constituição Federal.

Perturbações ao conceito e à tipologia de racionalidade formulado por Weber sempre estiveram presentes nas mais diversas escolas do pensamento contemporâneo.

No começo da década de 1980, Habermas, na obra *Teoria da ação comunicativa*, fez algumas reflexões críticas à análise weberiana, partindo do pressuposto de uma realidade formada por dois tipos de racionalidade: a sistêmica (cognitivo-instrumental) e a não sistêmica (*mundo da vida*).

Em relação à racionalidade sistêmica, Cohn (1993, p. 73) comenta que ela teria

(...) a ver com o lado mais ‘impessoal’ da vida social, com a direção e articulação de processos que não passam por consensos intersubjetivos nem por orientações normativas. Está[ria] mais ligado ao poder e a ao controle do que à sociabilidade. Em consequência, tem mais a ver com a ação estratégica do que com a comunicativa.

Complementar ao *mundo da vida*, caberia à racionalidade sistêmica assegurar – a partir de ações instrumentais e estratégicas – a reprodução material e institucional da sociedade, ou seja, a economia e o Estado, tendo como mecanismos autorreguladores, respectivamente, o dinheiro e o poder.

Em face dessa complementariedade, adviriam, no dizer de Habermas, pela voz autorizada de Avritzer (1993), inúmeras *diferenciações*.

De um lado surgiram estruturas sistêmicas econômicas e administrativas que não só se diferenciam do mundo da vida, mas se diferenciam entre si. O subsistema econômico se organiza em torno da lógica estratégica do intercâmbio que permite a comunicação através do código positivo da recompensa. O subsistema administrativo se organiza em torno da lógica estratégica do poder, que permite a comunicação através do código

negativo de sanção. Ao longo das estruturas sistêmicas e estabelecendo uma relação distinta com cada uma delas, situa-se o campo da interação social organizado em torno da ideia de um consenso normativo gerado a partir das estruturas da ação comunicativa (p. 213-222/p. 215-216).

e abstrato é, se produz também um maior distanciamento e desconhecimento daquele por parte dos indivíduos, que são, em definitivo, os usuários do sistema” (tradução livre).

No âmbito de uma racionalidade não sistêmica ou comunicativa, conforma-se uma “organização da solidariedade e da identidade” (Avritzer, 1993, p. 214), instaurada por procedimentos comunicativos,¹⁴ calcados na razão dialógica,¹⁵ os quais validariam as ações sociais pelo critério democrático.¹⁶

Os três elementos estruturais do *mundo da vida* (o cultural, o social e o subsistema da personalidade) seriam regulados por mecanismos de integração social (controle social, socialização e aprendizado), por meio da ação comunicativa, gerando uma racionalidade não instrumental.

Essa racionalidade procedimental, entretanto, estaria a depender da capacidade dialógica e de condições sociais nas quais – em vista da legitimação (Cohn, 1993, p. 310) – “(...) os indivíduos são, ao mesmo tempo, súditos e autores das leis que os regem. Por esta razão, o uso público da razão, juridicamente institucionalizado no processo democrático, é a chave para a garantia das liberdades iguais. Autonomia

14 “Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade”. (Habermas, 1989, p. 79).

15 Apesar da colonização do “mundo da vida” pelo sistema, o agir comunicativo, ao contrário do agir estratégico próprio da razão sistêmica, concebe que cada indivíduo é “motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão” superando o primeiro problema, já que este agir comunicativo não é meramente uma possibilidade de escolha e sim uma necessidade. Na dicção de Habermas (1989, p. 105): “Em primeiro lugar, eu não afirmo que as pessoas gostariam de agir comunicativamente, mas que elas são obrigadas a agir assim. (...) Quando os indivíduos e os grupos querem cooperar entre si, isto é, viver pacificamente com o mínimo de emprego da força são obrigados a agir comunicativamente. (...) Em nossos mundos da vida, compartilhados intersubjetivamente e que se sobrepõem uns aos outros, está instalado um amplo pano de fundo consensual, sem o qual a prática cotidiana não poderia funcionar de forma nenhuma”.

16 “A especificidade da ação comunicativa consiste no alvo que persegue: o entendimento entre os parceiros da interação. Sendo voltada para o entendimento mútuo (...), toda ação comunicativa envolve, implicitamente, reivindicações de validade do que está sendo comunicado nela. Decisivo, aqui, é o termo ‘reivindicações’. Ele remete a uma ideia central: a de que a validade das posições assumidas pelos parceiros da interação é contestável em princípio. Se é contestável, numa interação que busca o entendimento, é também defensável. Isso significa que, no âmbito da ação comunicativa, qualquer obstáculo ao entendimento mútuo se traduz inicialmente no questionamento de reivindicações de validade. Isso obriga à explicitação das reivindicações em causa, o que envolve uma dimensão reflexiva da ação. Obriga também a sua defesa, o que envolve a apresentação de razões para a posição assumida, mediante argumentos. Quando bem-sucedido, este processo (...) conduz ao consenso bem fundado, porque fundado em razões que resistem ao exame; a um consenso racional, portanto. Observe-se como essa vinculação da racionalidade à constituição de consensos bem fundados (...) implica pensá-lo como processo, como algo em ato, e não como um atributo de alguma coisa dada” (Cohn, 1993, p. 68).

privada e autonomia pública são processos mutuamente complementares” (Oliveira, 1998, p. 102).

Assim, a legitimação no mundo da vida dependeria de uma “situação ideal de discurso” pela qual “a tentativa racionalmente motivada de chegar a um acordo está protegida da repressão interna e externa, e todos têm a mesma possibilidade de apresentar argumentos e de rebatê-los” (Ingram, 1987, p. 43).

A situação ideal de discurso – foco das críticas que se têm formulado contra Habermas – é possível num espaço público que: “de um lado, desenvolve processos de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva; de outro, vincula-se a um processo de práxis democrática radical, onde a sociedade civil se torna instância deliberativa e legitimadora do poder político, onde os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos” (Vieira, 1999, p. 228).

Para que isso ocorra, são necessários dois pressupostos.

De um lado, da capacidade da esfera pública para reduzir ao mínimo o conflito estrutural entre a pluralidade de interesses que sua ampliação propiciou, o qual dificulta a emergência de um consenso fundamentado em critérios gerais. De outro, a possibilidade efetiva de reduzir o poder da burocracia no interior das organizações sociais, cujas decisões não são submetidas ao controle social, o que debilita, dessa forma, o caráter público destas organizações (Raichelis, 1998, p. 54).

Mais além desses elementos estruturais, seria preciso um comprometimento social dos cidadãos, para que “assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência” (Habermas, 1997, p. 323).

A aplicação dessa distinção operada por Habermas é útil neste trabalho porque possibilita identificar, sem grande esforço, as ouvidorias que se situam na espacialidade estatal e são informadas por princípios oriundos do mercado, como o da eficiência e do “serviço adequado”,¹⁷ daquelas que se encontram localizadas fora do espaço de vigência de uma racionalidade sistêmica, uma vez que não apenas se situam na sociedade civil, mas também são controladas por um colegiado informado por práticas dialógicas, composto por representantes que atuam como participantes efetivos do processo de controle. Nesse tipo de ouvidoria que começa a surgir no cenário brasileiro, seu corpo funcional estaria imune à pressão interna (burocrática,

17 Previstos, respectivamente, no Art. 37 da CF, por força da EC 19/1998 e no Art. 3º do estatuto das concessões.

por exemplo) e externa (político-partidária, por exemplo), e os representantes sociais que controlam sua atuação agem sob o influxo de uma vontade pública coletiva com plena liberdade para apresentar, defender e contraditar argumentos. Idealmente, em tais ouvidorias, a sociedade civil devidamente representada no conselho diretor se constituiria, repetindo a dicção de Habermas, “em instância deliberativa e legitimadora do poder político, onde os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos” (Vieira, 1999, p. 228).

Com tais distinções, posto o critério estrutural (localização institucional) e os dois critérios de natureza funcionais (objeto e sujeição ativa), cabe articulá-los considerando uma causalidade circular constitutiva de totalidades com identidades próprias. Tais identidades se revelam de modo muito evidente pelo tipo de racionalidade predominante, conforme será visto nos modelos a seguir indicados.

5 OUVIDORIAS PÚBLICAS INTERNAS

A maioria das ouvidorias públicas brasileiras se constitui como órgão da própria unidade controlada, integrada em regra exclusivamente por servidores ou agentes políticos. Esse é o caso, por exemplo, da Ouvidoria-Geral da União (OGU), das ouvidorias do estado do Paraná, de grande parte das ouvidorias do Poder Judiciário, do Ministério Público e das ouvidorias municipais e setoriais.

Nessa condição, tais ouvidorias se conformam como um espaço intraorgânico, com atribuição de exercer um controle de tipo interno. Como diz Medauar (1993, p. 40), “é a fiscalização que [a Administração Pública] exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas”.

Fundado no princípio da autotutela dos Poderes do Estado, consignado no Art. 74 da Constituição Federal com os temperamentos postos na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), o controle realizado pelas referidas ouvidorias não suscita dúvida.¹⁸ As ouvidorias encartadas nessa espécie possuem a natureza de órgãos singulares – na medida em que as decisões são tomadas exclusivamente pelo titular do cargo de ouvidor, o que se coaduna com o atributo da unipessoalidade – e subordinados,

em face da sujeição a um órgão de direção superior (secretaria de estado, gabinete do governador, governadoria etc.).

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. In: Diário de Justiça de 15 de junho de 1970. p. 2437.

A lógica que informa o exercício de suas atribuições não se distingue da racionalidade estatal típica (burocrática de tipo sistêmico), havendo aderências teleológicas entre os fins da ouvidoria e os fins das unidades administrativas e dos servidores sujeitos ao seu controle. De outro lado, por essas mesmas razões, tais ouvidorias não são limitadas a um controle de legalidade, o que amplia sua competência objetiva para a análise de mérito dos atos sujeitos ao seu controle.

Essa ampliação da competência para o âmbito material é demonstrável em inúmeras experiências, como é o caso da Ouvidoria do estado de Minas, cujo controle alcança, além de ilicitudes, irregularidades ou simples incorreções cabendo recomendações voltadas para o “aperfeiçoamento da Administração” (Estado de Minas Gerais, 2004, Art. 4º).

No largo mosaico das ouvidorias que integram o próprio órgão ou entidade controlada, a maioria pode ser classificada como “subordinadas ou obedientes”, na medida em que apresentam as seguintes características: “1) criação de cima para baixo, mediante norma editada pela autoridade fiscalizada, sem participação do colegiado máximo da instituição; 2) nomeação do titular, por livre escolha da autoridade fiscalizada; 3) atuação predominantemente voltada para a busca da eficácia e modernização administrativa” (Lyra e Pinto, 2009, p. 25). Em texto mais recente, Lyra adita a essas características o fato de que em relação a tais ouvidorias há “ausência de controle da sociedade civil sobre seu funcionamento” (Lyra, 2014, p. 48).

Como se trata de um tipo ideal de ouvidoria, importante considerar que há aproximações com outros modelos dependendo das características observadas em sua organização e funcionamento. Assim, as ouvidorias internas (localização intraorgânica) cujos titulares possuem alguma autonomia ou independência aproximam-se das ouvidorias do terceiro modelo. Neste caso, o grau de afastamento de seu titular do órgão ou entidade controlado é determinante no tipo de racionalidade adotada: muito distanciamento determinaria uma atuação mais limitada à racionalidade formal; muita proximidade autorizaria a vigência de uma racionalidade mais material. O mesmo se diga em relação às ouvidorias que contemplam em suas estruturas espaços de participação – de gestão ou de escolha do titular. Nesta hipótese, o modelo I se aproximaria do modelo IV, viabilizando eventualmente a recepção de uma racionalidade não sistêmica, como adiante se verá.

5.1 Ouvidorias internas autônomas

Entre as ouvidorias internas, como dito, encontram-se algumas dotadas de graus de autonomia e independência, de titulares com estabilidade funcional ou aparelhadas

por procedimentos de escolha dos ouvidores que podem evitar as sujeições denunciadas por Lyra e Pinto (2009). Destaca-se nesse grupo a Ouvidoria-Geral do município de São Paulo, criada pela Lei nº 13.167/2001, que já em seu Art. 1º a qualifica como: “órgão independente, com autonomia administrativa, orçamentária e funcional” (Estado de São Paulo, 2001).

O mesmo diploma, no Art. 4º, dispõe: “A Ouvidoria-Geral do município de São Paulo será dirigida pelo ouvidor-geral, que gozará de autonomia e independência, indicado em lista tríplice pela Comissão Municipal dos Direitos Humanos (...)”, somente podendo ser destituído por ato fundamentado e mediante anuência da maioria absoluta dos membros da referida Comissão, ouvido previamente o Conselho Consultivo da Ouvidoria Geral (Estado de São Paulo, 2001, Art. 4º, §3º).

No nível estadual de governo, merece menção a Ouvidoria do estado de Minas Gerais, instituída pela Lei nº 15.298/2004 alterada pela Lei Delegada nº 134/2007, que em seu artigo 2º estabelece: “a Ouvidoria-Geral do Estado possui autonomia administrativa, orçamentária e financeira, bem como autonomia nas suas decisões técnicas”. No mesmo dispositivo, em seus §§ 2º e 3º consta que os “ouvidores têm mandato fixo e estabilidade” e deverão atuar “com independência, não tendo subordinação hierárquica a nenhum dos Poderes do Estado ou seus membros, sendo as suas decisões terminativas em última instância administrativa” (Estado de Minas Gerais, 2007).

Importante registrar que mesmo nos casos em que há deferimento legal de autonomia, ocorrem derrogações pressionadas por sua localização institucional, o que justifica seu encarte neste modelo. Para permanecer nos exemplos antes mencionados, a saudável iniciativa da prefeitura do município de São Paulo parece claudicar ao dispor que o seu conselho consultivo será composto por onze membros, todos designados pelo chefe do Poder Executivo municipal. Por sua vez, na Ouvidoria de Minas Gerais, os critérios de seleção de candidatos a ouvidor são definidos por comissão nomeada pelo governo e os conselhos de área nem sempre contemplam entidades independentes.

5.2 Ouvidorias internas com participação da sociedade civil

Há também algumas ouvidorias que contam com conselhos consultivos, compostos por representantes da sociedade civil. No caso da Ouvidoria de Polícia do estado de São Paulo, por exemplo, o conselho é composto por onze membros, nove dos quais representando a sociedade civil (Art. 5º, da Lei Complementar nº 826/1977).

O titular da ouvidoria não pertence ao quadro da instituição e é escolhido a partir de uma lista tríplice elaborada pelo referido conselho, sendo detentor de um mandato cujo controle cabe a um colegiado, composto de membros atuantes na área de segurança e direitos humanos.

Esse também é o caso da Ouvidoria da Defensoria Pública do estado de São Paulo, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 98, de 2006, alterada pela Lei Complementar nº 132 de 2009. Nela, o ouvidor é egresso da sociedade civil, escolhido pelo Conselho Estadual de Direitos Humanos entre aqueles que compõem uma lista tríplice definida por um colegiado independente da defensoria.

Note-se que nesse grupo não se enquadram algumas ouvidorias universitárias, cujos titulares do cargo são eleitos e indicados pelo conselho universitário¹⁹ – que, aliás, também conta com representantes da sociedade civil. Na situação das ouvidorias anteriormente referidas, os conselhos são parte integrante da ouvidoria, atuando em todas as fases de seu funcionamento.

Ademais, o fundamento constitucional dessa modalidade se consubstancia sobretudo pelo princípio da participação e do controle externo, com suporte em diversos dispositivos da Constituição Federal, entre os quais o Art. 74, § 2º, o Art. 31, § 3º, e, com a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998, o Art. 37, § 3º.

Aponte-se, ao final, que a integração de um órgão colegiado nesse espaço, em geral, não altera substancialmente sua condição de subordinação nem, tampouco, sua natureza de órgão singular, uma vez que a esses conselhos habitualmente são atribuídos apenas poderes consultivos, cabendo ao titular do cargo todas as decisões no âmbito das atribuições normativas que lhe foram conferidas.

O mesmo não ocorre no caso das ouvidorias submetidas a conselhos superiores com representação da sociedade civil e poderes deliberativos, inclusive no que se refere à escolha e à destituição dos ouvidores. Neste caso, pode haver um efetivo distanciamento das pressões corporativas e político-partidárias, com a consequente adoção de uma racionalidade de outra ordem. Assim, a lógica que informa seu funcionamento pode contemplar ações e valores que representam interesses e demandas não burocráticas. Isso fica evidente em estruturas institucionais, como a da Defensoria Pública do estado de São Paulo, na qual cidadãos usuários de seus serviços podem participar das conferências anuais de planejamento e das reuniões do Conselho Superior da Defensoria Pública com direito a voz.

19 Esse, por exemplo, é o caso da Ouvidoria da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Com essas considerações, a articulação dos três critérios selecionados permite, a partir de uma perspectiva sincrônica, o estabelecimento de um modelo típico-ideal geral, representativo das ouvidorias que integram a espacialidade estatal – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Para distinguir as ouvidorias que possuem uma maior autonomia e as que contam com participação da sociedade civil em sua estrutura organizacional, poder-se-iam elaborar outros modelos. Para não ultrapassar os limites estabelecidos para este estudo, optou-se apenas por salientar os itens que sofreriam modificação em relação ao modelo geral (submodelos IA e IB).

MODELO I Ouvidoria interna

1. Localização institucional: intraorgânica (a ouvidoria se localiza no próprio órgão, entidade ou Poder controlado).
2. Função preponderante: aperfeiçoamento do órgão, entidade ou Poder controlado.
3. Funções complementares: i) aumento da legitimidade política em razão do controle (material e formal); ii) controle do exercício da função administrativa do órgão, entidade ou Poder que se localiza; iii) defesa dos administrados em face da conduta (comissiva ou omissiva) do órgão, entidade ou Poder em que se localiza.
4. Natureza: instrumento de controle intraorgânico.
5. Tipo de controle: controle de procedimento e de resultado.
6. Racionalidade preponderante: material e formal.
7. Previsão jurídica: lei, decreto ou portaria (no caso do Poder Judiciário e do Ministério Público há previsão constitucional – EC nº 45/2004).
8. Bem jurídico tutelado: princípios constitucionais administrativos, especialmente os elencados no caput do Art. 37 da CF.
9. Nível hierárquico: subordinado ao chefe do Poder ou ao titular do órgão ou da entidade em que se situa.
10. Forma de seleção do titular: livre nomeação pelo chefe do Poder ou pelo titular da entidade na qual se situa.
11. Requisitos do cargo: em geral, os requisitos são subjetivos, estabelecidos pelo chefe do Poder ou do titular da entidade na qual está localizada.
12. Garantias do cargo: em geral livre exoneração.
13. Poderes: investigação e recomendação, em alguns casos, correção do ato e aplicação de sanções.
14. Nível de autonomia: reduzido, possuindo em geral dependência administrativa e financeira.
15. Competência objetiva: todos os atos administrativos (vinculados e discricionários) realizados no âmbito da função administrativa.
16. Competência em razão de pessoas: não alcança os agentes políticos, limitando-se aos servidores públicos situados em nível hierárquico interior ao titular da ouvidoria e a prestadores privados de serviços públicos.
17. Instrumentos de atuação: estritamente administrativos na forma de recomendações, sugestões e, em raros casos, sanções.
18. Modo de acesso do cidadão: universal, direto, informal e gratuito.
19. Exemplo: ouvidorias do estado do Paraná e a grande maioria das demais ouvidorias brasileiras.

SUBMODELO IA

Ouvidoria interna com autonomia

1. Tipo de controle: controle de procedimento (preponderante) e de resultado.
2. Racionalidade preponderante: material e formal, sendo o acento à racionalidade formal diretamente relacionada ao grau de autonomia.
3. Nível hierárquico: primeiro ou segundo escalão com baixo ou nenhum nível de subordinação funcional.
4. Forma de seleção do titular: singular (nomeação pelo chefe do Poder ou pelo titular da entidade na qual se situa) ou colegiada (colegiado governamental ou não).
5. Requisitos do cargo: em geral, os requisitos são mais objetivos estabelecidos em lei.
6. Garantias do cargo: mandato certo e estabilidade durante o exercício da função.
7. Nível de autonomia: ampliado, alcançando em alguns casos, autonomia financeira, administrativa e funcional.
8. Competência em razão de pessoas: em alguns casos, pode alcançar, além dos servidores, os agentes políticos.
9. Modo de acesso do cidadão: universal, direto, informal e gratuito.
10. Exemplo: Ouvidoria-Geral do município de São Paulo, Ouvidoria do estado de Minas Gerais, ouvidorias criadas no estado de São Paulo por força da Lei nº 10.294, de 1999.

SUBMODELO IB

Ouvidoria interna com participação da sociedade civil

1. Funções complementares: i) aumento da legitimidade política em razão da participação da sociedade civil; b) controle social do exercício da função administrativa do órgão, entidade ou Poder que se localiza; iii) defesa dos administrados em face da conduta (comissiva ou omissiva) do órgão, entidade ou Poder em que se localiza.
2. Natureza: instrumento de controle intraorgânico e de instrumento ou espaço institucional de participação popular.
3. Tipo de controle: controle de procedimento e de resultado (preponderante).
4. Racionalidade preponderante: material.
5. Bem jurídico tutelado: princípios constitucionais administrativos, com destaque ao princípio da participação.
6. Nível hierárquico: sem subordinação direta ao chefe do Poder ou do titular da entidade em que se situa.
7. Forma de seleção do titular: escolha por órgão colegiado com composição majoritária de representantes da sociedade civil.
8. Requisitos do cargo: liderança ou destaque social na área de defesa dos direitos afetos à cidadania.

- | | |
|-----|--|
| 9. | Garantias do cargo: estabilidade (exoneração dependente de julgamento do órgão colegiado responsável pela escolha do titular). |
| 10. | Nível de autonomia: ampliado, em geral, limitado apenas pelo colegiado composto de representantes da sociedade civil. |
| 11. | Competência em razão de pessoas: pode alcançar, inclusive, agentes políticos. |
| 12. | Instrumentos de atuação: administrativos na forma de recomendações, sugestões e, em raros casos, sanções. |
| 13. | Exemplo: ouvidorias de Polícia e a ouvidoria da Defensoria Pública, ambas do estado de São Paulo. |

6 OUVIDORIA DE ENTIDADE DE CONTROLE

Nesta ouvidoria, incluem-se, especialmente, as das agências criadas no contexto da EC nº 19/1998, que instituiu a chamada Reforma do aparelho do Estado.

Muito embora essa reforma tivesse como um de seus objetivos centrais fomentar a economia de mercado, utilizando a estratégia da desregulação, o ampliado processo de deslocamento de serviços e bens públicos para a iniciativa privada acabou – tal como ocorreu em relação à defesa dos usuários – sobrepesando a função reguladora do Estado, prevista no Art. 174 da Constituição Federal.²⁰

Desse modo, além do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que ao lado do Banco Central (BC) exerce a fiscalização do mercado, conceberam-se agências com natureza autárquica sob a “inspiração das novas formas de controle já adotadas nos Estados Unidos e em recente implantação na Europa” (Fonseca, 2000, p. 271).

No Brasil, as diferentes leis que instituíram as agências²¹ preocuparam-se detidamente com a defesa dos usuários dos serviços prestados na área de sua atuação. A Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo – seguindo o sentido da chamada Lei de Concessão de Serviço Público (Lei nº 8.987/1995 alterada pela Lei nº 9.074/1995),

20 “Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (Brasil, 1988).

21 Por exemplo a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel); Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel); Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Agência Nacional do Petróleo – ANP); Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, com as modificações introduzidas pela MP nº 1.814, de 26 de fevereiro de 1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa).

ao consignar detalhadamente o amplo rol de direitos dos usuários,²² de conferir natureza pública às sessões deliberativas do conselho diretor,²³ de fixar obrigatoriamente no contrato de concessão os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários (Art. 93, inciso IX), acabou por viabilizar a criação de um Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações (instituído pela Resolução nº 107/1999). Esse comitê, composto por catorze membros, conta com a participação permanente de sete representantes de usuários dos diversos segmentos de telecomunicação.²⁴

Com atribuições voltadas precipuamente para a avaliação e fiscalização dos serviços da própria agência e dos concessionários, o mencionado comitê possui natureza de órgão de defesa intra e extraorgânica, podendo, nessa condição, propor “recomendações com respeito ao estabelecimento de restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais privados” (Anatel, 1999, Art. 3º, inciso IV, do Anexo B).

22 O Art. 3º dispõe: “O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: I – de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; II – à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço; III – de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço; IV – à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços; V – à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas; VI – à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; VII – à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais; VIII – ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço; IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora de serviço; X – de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço; XI – de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor; XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos” (Brasil, 1995).

23 Nos termos do Art. 19, § 2º, “As sessões deliberativas do Conselho Diretor que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços de telecomunicação serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurando aos interessados o direito de delas obter transcrições” (Anatel, 1999).

24 Nos termos do Art. 5º do Regimento Interno do referido Comitê (Anexo à Resolução nº 107, de 26 de fevereiro de 1999), com um representante do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, um representante de usuários do serviço telefônico fixo comutado (STFC de uso individual), um representante de usuários do serviço telefônico fixo comutado (STFC de uso coletivo), um representante de usuários de serviços móveis, um representante de usuários de serviços de comunicação de massa, um representante de usuários de outros serviços de telecomunicações e um representante de entidades de classe prestadoras de serviços de telecomunicações.

Em relação à área de petróleo e gás, a Agência Nacional de Petróleo (ANP) criou, desde junho de 2000, um serviço de atendimento aos consumidores e agentes econômicos do setor denominado Centro de Relações com o Consumidor (CRC), com a atribuição de “receber, ouvir e analisar as demandas dos consumidores, orientá-los, identificar tendências do mercado, contribuir para focalizar as ações de fiscalização e desenvolver estudos e pesquisas”.²⁵

Não obstante o avanço de tais medidas, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) foram mais além ao institucionalizarem ouvidorias propriamente ditas. No caso da primeira agência, o fundamento jurídico encontra-se na própria Lei nº 9.427/1996 que, em seu Art. 4º, § 1º, instituiu a função de ouvidor, atribuindo-a a um dos diretores da autarquia, a quem compete, “na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários” (Brasil, 1996a).²⁶

Por sua vez, a Ouvidoria da Anvisa, possui autonomia expressamente estabelecida, sem qualquer vinculação hierárquica à diretoria, ao conselho consultivo ou qualquer órgão da agência (Brasil, 1999, Art. 25). O Ouvidor – nomeado pelo presidente da República a partir da indicação do ministro de Estado da Saúde – é detentor de mandato próprio – de dois anos, permitida uma recondução –, possuindo diversas prerrogativas, entre as quais a de manter sigilo da fonte e a proteção do denunciante. Suas atribuições são, basicamente, as definidas no Art. 27 do referido decreto.²⁷

25 Informações retiradas do site da ANP, ver: <www.anp.gov.br/central.asp>. [s/d].

26 O Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1996, ao regulamentar tal dispositivo, dispôs que “ao diretor incumbido da área de atendimento de reclamações de agentes e consumidores competirá a função de ouvidor, sendo-lhe atribuída a responsabilidade final pela cobrança da correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento das reclamações” (Brasil, 1996b, Art. 8º, § 1º). Entre as atribuições do diretor-ouvidor encontra-se a de apurar e solucionar as reclamações dos consumidores, sugerir mudanças na legislação, intervir para resolução de conflitos entre consumidor e concessionário.

27 Art. 27 – “I – ouvir as reclamações de qualquer cidadão, relativas a infringências de normas da vigilância sanitária; II – receber denúncias de quaisquer violações de direitos individuais ou coletivos de atos legais, nele incluídos todos os contrários à saúde pública, bem como qualquer ato de improbidade administrativa, praticados por agentes ou servidores públicos de qualquer natureza, vinculados direta ou indiretamente ao Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; III – promover as ações necessárias à apuração da veracidade das reclamações e denúncias e, sendo o caso, tomar as providências necessárias ao saneamento das irregularidades e ilegalidades constatadas; IV – produzir, semestralmente, ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da agência, encaminhando-as à diretoria colegiada, ao conselho consultivo e ao Ministério da Saúde (Brasil, 1999).”

Como se pode notar, as ouvidorias da Aneel e principalmente da Anvisa, instituídas como órgãos das agências, encerram algumas características que alteram substancialmente a natureza do instituto em estudo.

Acompanhando todo o sentido da reforma do aparelho do Estado, essas ouvidorias possuem uma competência que extrapola a espacialidade pública estatal, para alcançar agentes privados prestadores de serviços públicos. Uma modalidade atípica de controle extraorgânico, implementada pelo próprio Estado em face de empresas privadas – consubstanciada ao lado do próprio controle interno sobre os órgãos da agência na qual se localiza.

O objeto de controle é definido pela natureza do serviço controlado e não por sua localização na estrutura administrativa do Estado. Isso patrocina uma substantiva transformação no âmbito da sujeição do controle, pela primeira vez, atuante sobre pessoas jurídicas de direito privado. No polo ativo, substitui-se o cidadão pelo usuário que, nesta condição e somente nesta, é tutelado em seus direitos e interesses.

Essas modificações conformam um modelo típico ideal, substancialmente distinto do ponto de vista da racionalidade preponderante no espaço estatal e no conjunto dos mecanismos de controle da administração pública. O impacto dessas alterações tem percussão sobre a conformação estruturo-funcional das ouvidorias públicas brasileiras, instaurando, fundamentalmente, ouvidorias vinculadas a uma estruturação racional-intencional do Estado brasileiro em face da adoção de uma política administrativa informada pelos princípios do gerencialismo burocrático.

As ouvidorias desse modelo, assim, podem ser caracterizadas como um instrumento de controle intraorgânico, na medida em que atuam sobre os atos praticados pela própria agência, mas também como instrumento extraorgânico, por atuarem sobre os atos perpetrados pelos prestadores privados de serviços com quem mantêm relações contratuais. Importante ter em conta que tais ouvidorias são informadas por uma racionalidade tipicamente instrumental, focada na qualidade do serviço prestado, no atingimento de metas e na satisfação do usuário, individual ou coletivamente considerado.

Nessa medida, certamente as ouvidorias desse modelo concorrem para o fortalecimento da racionalidade sistêmica na esfera pública estatal e não estatal, opondo-se ao regime estabelecido às ouvidorias do modelo IV, informadas por uma racionalidade de tipo não sistêmico.

MODELO II

Ouvidoria de entidade de controle

1. Localização institucional: intraorgânica: a ouvidoria se localiza no próprio órgão, entidade ou Poder controlado no que se refere ao controle da própria agência; e extraorgânica: a ouvidoria se localiza no Estado e exerce controle sobre pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.
2. Função preponderante: controle da atuação administrativa interna (material e formal) e controle da adequação do serviço prestado (legal e contratual).
3. Funções complementares: *i)* legitimação do Estado decorrente, especialmente, do controle da execução de serviços públicos; *ii)* satisfação do usuário do serviço público; e *iii)* cumprimento das metas governamentais;
4. Natureza: instrumento de controle intra e extraorgânico.
5. Tipo de controle: controle de atuação intraorgânica: controle de procedimento; no caso de atuação extraorgânica: especialmente controle de resultado.
6. Racionalidade preponderante: formal-instrumental (sistêmica).
7. Previsão jurídica: legal (lei ou decreto) e contratual.
8. Bem jurídico tutelado: serviço público adequado, envolvendo entre outros os princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade, modicidade de tarifas, generalidade e cortesia.
9. Nível hierárquico: segundo escalão (em geral de assessoria).
10. Forma de seleção do titular: livre nomeação do titular da agência ou indicação do órgão colegiado superior.
11. Requisitos do cargo: em geral, os requisitos são subjetivos estabelecidos pela própria agência.
12. Garantias do cargo: livre nomeação e exoneração, havendo casos de fixação de período de estabilidade funcional.
13. Poderes: investigação e, em alguns casos, de requisição de servidores.
14. Nível de autonomia: reduzido ou médio, possuindo em geral dependência administrativa e financeira.
15. Competência objetiva: atos administrativos (vinculados e discricionários) realizados no âmbito da agência e serviços públicos prestados por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que mantêm vinculação legal ou contratual com a agência em que se situa.
16. Competência em razão de pessoas: não alcança os agentes políticos, limitando-se aos servidores públicos situados em nível hierárquico interior ao titular da ouvidoria e prestadores privados de serviços públicos, que mantêm vinculação legal ou contratual com a agência.
17. Instrumentos de atuação: contratuais e administrativos na forma de recomendações, sugestões e, em raros casos, sanções – em geral, sanções de natureza contratuais.
18. Modo de acesso do cidadão: universal, direto, informal e gratuito.
19. Exemplo: ouvidoria das agências (por exemplo, Aneel e Anvisa).

7 OUVIDORIA INTERORGÂNICA

Inclui-se nessa espécie o modelo adotado pela Lei Orgânica do município de Curitiba, recentemente regulamentada pela Lei nº 14.233/2013.

Tais ouvidorias, mais assemelhadas ao instituto do *ombudsman*, caracterizam-se como órgãos do Poder Legislativo, voltadas para o controle do Poder Executivo podendo, em alguns casos, também controlar o próprio Legislativo. O controle preponderante é de tipo interorgânico e tem como fundamento o Art. 49, inciso X, da Constituição Federal, que dispõe, entre as atribuições do Congresso Nacional, a de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (Brasil, 1988).²⁸ As ouvidorias têm como fundamento o mesmo princípio consagrado em suas respectivas leis orgânicas. No caso da Lei do Município de Curitiba, seu Art. 20, inciso XX, reproduz fielmente o texto da Constituição Federal: “fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta”.

Ao contrário das ouvidorias localizadas no Executivo – cujo controle pode ser de tipo concomitante ou mesmo prévio –, na prática, às ouvidorias que se localizam em outro Poder, em geral, só é dada a possibilidade de exercício de controles subsequentes ou *a posteriori (ex post)*, pois que realizável após a conclusão do ato controlado.

A atuação a partir de Poder diverso do controlado limita a atuação da ouvidoria a um controle mais formal, centrado no princípio da legalidade, sem prejuízo de, em alguns casos, alcançar os limites de alguns princípios extrajurídicos como ocorre com o *ombudsman* europeu que expressamente recepciona o princípio da boa administração.

Esse também é o caso da ouvidoria do município de Curitiba, cuja atuação alcança, além do princípio da legalidade, os casos de morosidade, má administração, abuso de poder, erro ou violação de outros princípios constitucionais (Curitiba, 2013, Art. 3º, inciso I).

A eleição do titular do cargo, neste modelo, obedece a procedimento formal que contempla requisitos objetivos. A lei de Curitiba, por exemplo, colocada neste trabalho como paradigma do modelo em análise, estabelece: “a ouvidoria será exercida pelo ouvidor, eleito pela Câmara Municipal, após arguição pública, entre cidadãos de notório conhecimento de administração pública, de idoneidade

²⁸ No âmbito do controle externo, a Constituição contemplou diversos dispositivos, encartados especialmente no Art. 71, que regula o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

moral e reputação ilibada, indicados por lista tríplice por uma comissão eleitoral, composta de membros da sociedade civil organizada, do Executivo e do Legislativo municipais” (Curitiba, 2013, Art. 2º).

Por força de sua natureza interorgânica, neste caso, o ouvidor é revestido de poderes especiais, sempre ocupando cargo de primeiro escalão, como ocorre com os *ombudsmen* europeus que possuem *status* de ministro de Estado. No caso de Curitiba, o referido diploma instituidor, dispôs: “O ouvidor terá remuneração no mesmo valor do subsídio estabelecido para secretário municipal, estando sujeito às mesmas normas sobre direitos e deveres aplicáveis a este e aos servidores municipais, no que couber” (Curitiba, 2013, Art. 7º).

A partir da articulação dos critérios selecionados, é possível o estabelecimento do seguinte modelo típico-ideal de ouvidoria, considerado o mais próximo do instituto do *ombudsman*.

MODELO III

Interorgânica

1.	Localização institucional: interorgânica – atua sobre um órgão, entidade ou Poder diferente do qual se situa.
2.	Função preponderante: controle preponderantemente formal da atuação administrativa.
3.	Funções complementares: i) legitimação política do Estado; ii) defesa dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos em face de atos praticados por agentes políticos e servidores públicos.
4.	Natureza: instrumento de controle interorgânico, quando há comissão de seleção com representantes da sociedade civil, pode ter também natureza de instrumento de participação popular.
5.	Tipo de controle: especialmente controle de procedimento.
6.	Racionalidade preponderante: formal, podendo também possuir racionalidade material nos limites do princípio da boa administração.
7.	Previsão jurídica: constitucional.
8.	Bem jurídico tutelado: princípios administrativos constitucionais, especialmente o princípio da legalidade.
9.	Nível hierárquico: superior.
10.	Forma de seleção do titular: escolha por representantes de outro Poder, em situações especiais, como é o caso do ouvidor do município de Curitiba, antecedido por seleção de conselho composto por representantes da sociedade civil.
11.	Requisitos do cargo: requisitos objetivos definidos em lei, como reconhecida idoneidade moral, reputação ilibada e conhecimento da função administrativa do Poder controlado.
12.	Garantias do cargo: mandato, com garantia de remoção apenas por ação judicial ou decisão fundamentada do órgão colegiado responsável pela eleição do titular.

- | | |
|-----|---|
| 13. | Poderes: investigação e recomendação. |
| 14. | Nível de autonomia: elevado, com autonomia funcional, administrativa e, alguns casos, financeira. |
| 15. | Competência objetiva: todos os atos administrativos (especialmente vinculados) realizados no âmbito da função administrativa. |
| 16. | Competência em razão das pessoas: ampla, alcançando agentes políticos, servidores públicos e prestadores privados de serviços públicos; |
| 17. | Instrumentos de atuação: administrativos na forma de recomendações e sugestões, sendo possível previsão legal ou constitucional que atribua legitimação ativa para propositura de ação. |
| 18. | Modo de acesso do cidadão: universal, direto e gratuito. |
| 19. | Exemplo: Ouvidoria do município de Curitiba. |

8 OUVIDORIA EXTRAORGÂNICA

Um bom exemplo de experiência institucional de ouvidoria extraorgânica – localizada em uma espacialidade não estatal e composta por representantes da sociedade civil – em funcionamento no país é a Ouvidoria do município de Santo André.

Nesse caso, o titular do cargo de ouvidor é eleito por um amplo colegiado composto por diversos segmentos da sociedade civil sem qualquer vínculo funcional com os órgãos do Estado.

Na dicção da Lei Municipal que a instituiu (Lei nº 7.877/1999), essa ouvidoria se constitui como “órgão independente, com autonomia administrativa e funcional, sem vínculo de subordinação a nenhum poder constituído” (Município de Santo André, 1999).

Logo, esse espaço institucional não se situa na ambiência do Estado, mas no que se convencionou chamar de *espaço público não estatal*. Como diz Velásquez (1999, p. 263-266):

o público não é sinônimo de Estatal. O estatal é por definição público, mas o público não se reduz ao estatal porque a sociedade civil também delibera e decide em matérias de interesse coletivo e, além disso, porque o Estado e outras instâncias (...) nem sempre deliberam ou decidem com critérios de racionalidade coletiva, e sim em função de interesses particulares. Em consequência, pode-se falar de um espaço público estatal e de um espaço público não estatal.

Nessa condição, a Ouvidoria do município de Santo André consubstancia o pressuposto dos protagonistas da Reforma do Estado, de conformação de um novo espaço de controle da gestão pública. Como afirma Bresser Pereira e Grau (1999, p. 16),

o setor público não estatal é o espaço da democracia participativa ou direta, ou seja, é relativo à participação cidadã nos assuntos públicos (...) são organizações ou formas de controle públicas porque voltadas ao interesse geral; são não estatais porque não fazem parte do aparato do Estado, seja por não utilizarem servidores públicos, seja por não coincidirem com os agentes políticos tradicionais.²⁹

A experiência de Santo André, assim encontra fundamento no subprincípio democrático da participação, constituindo-se em um espaço não só de controle, mas também de participação social.

Revele-se que, não obstante sua natureza extraorgânica, a racionalidade que informa o exercício de suas atribuições de controle ultrapassa os limites da legalidade, alcançando a prestação irregular, defeituosa ou sem boa qualidade (Município de Santo André, 2004, Art. 1º, inciso IV) e a “decisão, ato ou recomendação, que, apesar de legal, seja injusto, arbitrário, discriminatório, negligente, abusivo ou opressivo”.

Saliente-se, por derradeiro, o fato de a previsão de um colégio de eleitores não retirar sua condição de órgão singular, uma vez que, ainda que a este colegiado deva prestar contas anualmente (Município de Santo André, 2004, Art. 9º), as decisões referentes às atribuições de controle são tomadas individualmente pelo titular do cargo.³⁰

Assim, as ouvidorias deste modelo – por situarem-se fora do espaço estatal, contarem com a participação efetiva de representantes da sociedade civil, possuírem um titular com atributos de liderança social e com vínculos de estabilidade

29 Como tive oportunidade de afirmar “Espaço público não estatal mais do que uma inovação linguística, expressa dois movimentos em sentido contrário: desestatização, e publicização. Ambos os movimentos apontam para o surgimento de novas relações sociais e jurídicas não informadas pela lógica mercantil (presente no setor privado) nem pela lógica corporativa, burocrática e partidária (presente no setor público). Um lugar de produção de novas formas de relação entre o Estado e a sociedade. Formas descentralizadas e democráticas de gestão social, com um novo tipo de legitimação, fundada na transparência, na participação e no controle social direto.” (GOMES, M. E. A. C. e . **Terceiro Setor como espaço público**: relações são orientadas pela lógica de funcionamento extramercantil. Gazeta do Povo. Suplemento especial Terceiro Setor, Curitiba, p. 2 - 2, 30 mar. 2003).

30 A condição de órgão extraorgânico em relação à espacialidade estatal confere à referida ouvidoria uma condição atípica, do ponto de vista da racionalidade, conforme será analisado no item a seguir.

– são permanentemente informadas por demandas sociais que extrapolam os limites de uma racionalidade de tipo sistêmico, propiciando uma pressão na burocracia pela recepção de práticas e conteúdos não estratégicos.

Tais ouvidorias poderiam consubstanciar, parafraseando Habermas, uma “região minada” no interior do Estado, tornando possível a instauração de práticas dialógicas em “situações ideais de discurso”, informadas por procedimentos democráticos de recepção e processamento do entrechoque dos interesses que ocorrem na espacialidade estatal.

Essa possibilidade se fez perceber no Brasil, embora a evidente opção do Estado brasileiro pela adoção do que Offe denominou uma “estrutura racional-intencional” por meio da qual “os aparelhos governamentais, em seus procedimentos internos se assemelhariam às estruturas privadas de produção” (Carnoy, 1994, p. 178). Uma análise detida do processo de reforma do aparelho do Estado no país revela a produção – na forma de *trade off* ou não – de diversas instâncias de racionalidade não sistêmica, no interior do próprio processo de implantação das estruturas “racionais-intencionais”.

Como já mencionado, o exemplo mais significativo desse fato é a institucionalização no Brasil de um espaço público não estatal, composto fundamentalmente por entidades associativas qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips). Some-se a isso uma ampla produção legislativa voltada para a criação de instâncias extraorgânicas de controle do Poder, como consignado na própria EC nº 19/1998, Art. 37, § 3º, diversas vezes mencionada ao longo deste texto.

A doutrina do direito administrativo, pela voz de Moreira Neto, parece dar os primeiros passos no reconhecimento desse fato, ao preconizar o que denominou *Administração Pública Consensual*, defendendo “a consensualidade como uma alternativa preferível à imperatividade (...) o que vai se tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional” (Moreira Neto, 2000, p. 41).

Conforme analisado, na Ouvidoria-Geral do município de Santo André, a recepção de um amplo colégio eleitoral com uma consistente base representativa não parlamentar – responsável pela escolha e destituição do ouvidor-geral, bem assim pela avaliação do desempenho da ouvidoria –, revela um potencial de práticas dialógicas, informadas por uma racionalidade de tipo não sistêmica.

Situadas fora do Estado e legitimadas para exercer um controle de tipo extraorgânico, informados por um paradigma de participação democrática, tais ouvidorias reclamam um modelo típico-ideal próprio, distinguido pelas seguintes características.

MODELO IV

Ouvidoria extraorgânica

1. Localização institucional: extraorgânica – a ouvidoria se localiza fora da esfera estatal.
2. Função preponderante: defesa dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos em face de ilegais ou injustos cometidos pelo órgão, entidade ou Poder controlado.
3. Funções complementares: i) participação e consequente; ii) legitimação política do Estado, com potencial de relevantes percussões em termos de governabilidade e de fortalecimento da democracia; iii) defesa dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos.
4. Natureza: instrumento de controle extraorgânico.
5. Tipo de controle: controle de procedimento e de resultado.
6. Racionalidade preponderante: não sistêmica.
7. Previsão jurídica: constituição ou lei.
8. Bem jurídico tutelado: princípio da participação e outros princípios e subprincípios relacionados ao princípio da soberania popular.
9. Nível hierárquico: superior, subordinado apenas ao colegiado de representantes da sociedade civil.
10. Forma de seleção do titular: eleição por um colegiado composto de representantes da sociedade civil.
11. Requisitos do cargo: vínculos com entidades do terceiro setor, reputação junto à sociedade e histórico de defesa dos direitos dos cidadãos.
12. Garantias do cargo: em geral, mandato é do tipo imperativo.
13. Poderes: investigação e recomendação.
14. Nível de autonomia: ampla, com independência funcional, política, administrativa e financeira.
15. Competência objetiva: políticas públicas e atos administrativos (sobretudo vinculados) no âmbito do órgão, entidade ou Poder controlado.
16. Competência em razão de pessoas: alcança os agentes políticos, funcionários públicos e prestadores privados de serviço público.
17. Instrumentos de atuação: recomendações, audiências públicas e outros instrumentos de participação popular.
18. Modo de acesso do cidadão: universal, direto, informal e gratuito.
19. Exemplo: Ouvidoria do município de Santo André.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão de estabelecer uma tipologia simplificada deste multifacetado universo de ouvidorias públicas que compõem o cenário brasileiro, determinou um recorte sincrônico, desconsiderando toda a historicidade do processo de institucionalização deste instrumento de controle social.

Neste empobrecido recorte, elegendo-se a categoria racionalidade – como ponto nuclear de articulação e confluência de todas as características de cada modelo ou como expressão de uma totalidade que, em equilíbrio precário, é constituída a partir da articulação de elementos funcionais e estruturais das ouvidorias que ocupam espaço institucional brasileiro – é possível resumir a tipologia apresentada anteriormente em um quadro elaborado da seguinte maneira.

Modelo de ouvidoria pública brasileira	Racionalidade preponderante na organização e funcionamento
Modelo I	Mais material e menos formal
Submodelo IA	Crescentemente formal
Submodelo IB	Crescentemente material
Modelo II	Instrumental (sistêmica)
Modelo III	Mais formal e menos material
Modelo IV	Não sistêmica

Como ponto focal de uma totalidade, as diferenças de racionalidade apresentam-se como elemento determinante do modo de funcionamento e organização das ouvidorias, com suas conseqüentes percussões práticas na defesa dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos que procuram seus serviços em face de violações perpetradas pelo poder público. Nesse sentido, a vontade política, como elemento subjetivo da ação, sofre a pressão conformadora dos elementos estruturais, o que implica reconhecer a importância de elementos como a localização institucional, a autonomia, o objeto de atuação ou sua sujeição ativa. Em outras palavras, não basta a vontade de converter uma ouvidoria em mais ou menos eficiente ou mais ou menos democrática. São necessários arranjos institucionais que viabilizem a realização de tais aspirações.

Por essa razão, como já tive a oportunidade de registrar (Gomes, 2011, p. 31 e seguintes) é relevante considerar que o cenário brasileiro, a partir da EC nº 19/1998 vem desenvolvendo – pela recepção do princípio da eficiência e pelo aprofundamento do princípio da participação popular – duas racionalidades

distintas (racional-intencional e não sistêmica ou comunicativa), desconsiderando uma eventual inadequação estrutural presente em orientações político-ideológicas divergentes.

Parece um tanto evidente que a adoção pela administração pública de uma racionalidade de tipo intencional “faria com que os aparelhos governamentais, em seus procedimentos internos, se assemelhassem às estruturas privadas de produção”, por sua vez, a recepção de uma racionalidade de tipo não sistêmico, “faria com que os ingressos e resultados fossem simultaneamente determinados pelos clientes da administração do Estado e os receptores de seus benefícios” (Carnoy, 1994, p. 178).

Essa opção tem ensejado reflexos tanto nas transformações da estrutura administrativa quanto no regime jurídico administrativo das ouvidorias. Do ponto de vista da estrutura, é perceptível um duplo movimento com sentidos distintos: retração da espacialidade estatal pela migração compulsória de órgãos e entidades da administração pública para o território privado ou público não estatal; expansão da espacialidade estatal pela instituição de espaços de participação extraorgânicos.

Do ponto de vista do funcionamento, igualmente tem-se observado tanto ouvidorias com a crescente adoção de técnicas gerenciais de gestão com predominância de critérios de eficiência quanto ouvidorias optando pela implantação de núcleos decisórios colegiados com representação da sociedade civil, com predominância de critérios democráticos.

Alguns doutrinadores brasileiros³¹ têm postulado a confluência harmônica dessas diferentes direções, defendendo a possibilidade de uma maior eficiência administrativa, precisamente em razão de uma mais efetiva participação popular, nesse caso entendida como instrumento de aperfeiçoamento da atividade administrativa ao interesse público ou coletivo.

De qualquer modo, nesse processo dialético e dialógico de distintas ouvidorias, informadas por racionalidades conflitantes ou confluentes, o instituto das ouvidorias, ainda que mediante paradas e retrocessos, tem obtido alguns avanços na direção da eficiência e do aperfeiçoamento democrático dos processos decisórios.

Ainda que reconhecida a influência do instituto do *ombudsman* no processo de institucionalização das ouvidorias públicas brasileiras e mesmo

31 Entre outros Moreira Neto (p. 41) e Perez (1999, p. 78). O cenário atual demonstra, por sua vez, uma evidente hegemonia das ouvidorias que adotam crescentemente a racionalidade de tipo sistêmico.

considerando a presença de algumas características comuns entre os diversos modelos em funcionamento no Brasil, não há uma filiação que aprisione a experiência nacional ao mesmo regime jurídico das experiências estrangeiras.

Despossuídas dessa filiação, tão insistentemente reafirmada pela doutrina brasileira, e libertas de um regime único em face do ordenamento jurídico brasileiro, as ouvidorias públicas não possuem um futuro predizível, comportando em sua história – próxima ou remota – as mais diferentes letras.

Como já salientei em outra ocasião (Gomes, 2000, p. 370 e seguintes), na busca do fortalecimento da jovem democracia brasileira, os estudiosos do direito não poderão olvidar a presença da possibilidade de ambas as alternativas antes referidas, surgidas, precisamente, desse aparente paradoxo da realidade nacional que contempla uma opção preferencial pelo mercado por meio de estruturas racionais-intencionais, ao mesmo tempo que viabiliza modelos e mecanismos de não mercado.

Quiçá, do reconhecimento dessas alternativas sobrevenha uma conjugação de esforços para se construir um arcabouço institucional que não só sustente, mas também, e principalmente, aprimore e fortaleça a democracia no Brasil. Se tais esforços resultarem exitosos, certamente, do relato de sua história constará um capítulo reservado às ouvidorias autônomas e democráticas.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, A.-J.; DULCE, M. J. F. **Sistemas jurídicos**: elementos para uma análise sociológico. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1996.

ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Resolução nº 107, de 26 de fevereiro de 1999. Aprova a criação do Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações. Anatel, 1999.

AVRITZER, L. Além da dicotomia Estado/mercado. **Novos Estudos**, Cebrap, n. 36, p. 213-222/215-216, jul. 1993.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 5 out.1988.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no Art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1995.

_____. Lei nº 9.427, de 26 dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1996a.

_____. Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1996. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), autarquia sob regime especial, aprova sua estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e funções de confiança e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1996b.

_____. Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1999.

CARNOY, M. **Estado e teoria política**. Tradução Equipe de tradutores da PUCCAMP. 4. ed. Campinas: Papirus, 1994.

COHN, G. A teoria da ação em Habermas. *In*: CARVALHO, M. do C. B. **Teorias da ação em debate**. São Paulo: Cortez, 1993.

DEFFENTI, F.; BARRAL, W. **Introduction to brazilian law**. New York: Wolters Kluwer, 2011.

DROMI, R. **Derecho Administrativo**. 3. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994.

DULCE, M. J. F. **La sociologia del derecho de Max Weber**. 1989. Mimeografado.

CURITIBA. Lei nº 14.223, 2013. Cria a ouvidoria do município de Curitiba. Curitiba, 2013.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei nº 15.298, de 6 ago. 2004. Cria a ouvidoria-geral do estado de minas gerais e dá outras providências. Minas Gerais, 2004.

_____. Lei delegada nº 134, de 25 jan. 2007. Altera dispositivos da Lei nº 15.298, de 6 de agosto de 2004, que cria a ouvidoria-geral do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Minas Gerais, 2007.

ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 13.167, 5 jul. 2001. Cria a ouvidoria geral do município de São Paulo e dá outras providências. São Paulo, 2001.

FONSECA, J. B. L. da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREUND, J. **Sociologia de Max Weber**. Tradução Luís Cláudio de Castro e Costa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

GOMES, M. E. A. C. O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2000.

GRAU, E. R. **Direito posto e direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989 (Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 84. Série Estudos Alemães).

_____. **Direito e democracia II**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 (Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 102. Série Estudos Alemães).

INGRAM, D. **Habermas e a dialética da razão**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Edunb, 1987.

LYRA, R. P. (Org.). **A ouvidoria na esfera pública brasileira**. Curitiba: Editora da UFPR; Paraíba: Editora da UFPB, 2000.

_____. **A ouvidoria pública no Brasil**: modelos em disputa. João Pessoa: Editora UFPB, 2014.

LYRA, R. P.; PINTO, E. (Orgs.). **Modalidades de ouvidoria pública no Brasil**. João Pessoa: Editora UFPB, 2009.

MEDAUAR, O. Controle da administração pública. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. 14. ed. São Paulo: RT, 1989. MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, D. de F. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ. Lei 7.877, de 30 de agosto de 1999. Dispõe sobre a ouvidoria da cidade de Santo André. Santo André: Câmara Municipal, 1999.

_____. Lei nº 8.706, de 22 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a ouvidoria da cidade de Santo André e dá outras providências. Santo André: Câmara Municipal, 2004.

OLIVEIRA, M. de A. O debate acerca da fundamentação de uma teoria da justiça: Rawls e Habermas. *In*: FELIPE, S. (Org.). **Justiça como equidade**. Florianópolis: Insular, 1998.

PEREIRA, L. C. B.; GRAU, N. C. Entre o Estado e o mercado: o público não estatal. *In*: PEREIRA, L. C. B.; GRAU, N. C. (Org.). **O público não estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREZ, M. A. **Institutos de participação popular na administração pública**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

RAICHELIS, Raquel. **Esfera pública e conselhos de assistência social**: caminhos de construção democrática. São Paulo: Cortez, 1998.

SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996a.

SANTOS, M. **A natureza do espaço**: técnica e tempo, razão e emoção. São Paulo: Hucitec, 1996a.

_____. **Técnica, espaço, tempo**: globalização e meio técnico-científico informacional. 2. ed. São Paulo: Hucitec/ABDR, 1996b.

VELÁSQUEZ, F. A observância cidadã na Colômbia: em busca de novas relações entre o Estado e a sociedade civil. Tradução Noêmia A. Espíndola. *In*: PEREIRA, L. C. B.; GRAU, N. C. (Orgs.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

VIEIRA, L. Cidadania e controle social. *In*: PEREIRA, L. C. B.; GRAU, N. C. (Orgs.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

VISMONA, E. (Org.). **A ouvidoria brasileira**: dez anos da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

WEBER, M. **Economia y sociedade**. Tradução José Edina Echavarría e outros. 2. ed. México: Fondo de Cultura, 1992.

El rol del Defensor del Pueblo en la tutela colectiva de derechos: la experiencia de la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Neuquén (2011-2015).

Ricardo Ariel Riva¹

La reforma constitucional de 1994, configuró un nuevo modelo de tutela colectiva de derechos en la Argentina produciendo una verdadera revolución en la comunidad jurídica. Este modelo se basó en dos modificaciones conjuntas: por un lado, el reconocimiento de una nueva categoría de derechos -los derechos de incidencia colectiva; por otro, el reconocimiento de actores sociales con legitimación colectiva, entre los cuales se encuentra el Defensor del Pueblo.

Con respecto al reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, los mismos comprenden tanto los *derechos colectivos*, es decir los que pertenecen a toda la comunidad, siendo indivisibles y no admitiendo exclusión alguna y los *derechos individuales homogéneos*, cuyos titulares sufren afectaciones individuales perfectamente divisibles pero que, debido a una causa fáctica homogénea que lesiona a un colectivo de personas, comparten la misma situación con un colectivo determinado.

Es evidente que los derechos de incidencia colectiva son un instrumento clave para garantizar el acceso a la justicia, especialmente en los casos en los que los condicionamientos materiales de los perjudicados impiden en la práctica reclamar por la lesión sufrida. De ahí que la introducción de los derechos de incidencia colectiva en la Constitución Nacional haya implicado un significativo avance desde el punto de vista del derecho de acceso a la justicia, la piedra angular de todo el sistema de acción colectiva.

Asimismo, la inclusión de la categoría de los derechos de incidencia colectiva tiene otras ventajas importantes, como la de permitir una defensa más funcional y útil de los derechos de grupos por cuanto facilita la concentración de reclamos individuales insignificantes en una pretensión económica significativa, combatiendo casos de decisiones que “dañan poco a muchas personas”.

¹ Defensor del Pueblo de la ciudad de Neuquén

Desde un punto de vista procesal, los derechos colectivos contribuyen a lograr mayor eficacia del enjuiciamiento, es decir, permiten la concentración del juzgamiento de conflictos masivos en un proceso y la prevención de sentencias contradictorias, evitando que la dispersión de causas individuales derive en inconsistencias jurisprudenciales coetáneas sobre una misma cuestión.

En cuanto al reconocimiento de actores sociales con legitimación colectiva, el artículo 43 de la Constitución Nacional configura la principal norma atributiva de legitimación procesal colectiva. Así, en el segundo párrafo del art. 43, la Carta Magna reconoció el derecho del afectado, el Defensor del Pueblo de la Nación y ciertas organizaciones del tercer sector para actuar en defensa de los derechos de incidencia colectiva.

Asimismo, el art. 86 de la Constitución Nacional estableció que el Defensor del Pueblo tiene *legitimación procesal*. La Constitución Nacional dispuso también que el Defensor del Pueblo es un órgano independiente, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. De acuerdo al nuevo diseño constitucional, la misión del Defensor del Pueblo es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El reconocimiento de legitimación activa para accionar al Defensor del Pueblo tiende a reforzar la protección de los derechos colectivos. El Defensor del pueblo encuentra su razón de ser en la naturaleza colectiva del bien que tutela y se convierte en un actor social relevante en la protección de personas en cuanto integrantes de colectivos o pueblos tanto de los excesos por parte del Estado, como de otros poderes fácticos no estatales que dañan sus derechos.

Las resistencias al modelo constitucional de tutela colectiva de derechos

El arquetipo de tutela colectiva de derechos diseñado por la Constitución Nacional implicó una transformación fundamental en nuestro sistema jurídico. En efecto, este nuevo esquema está orientado a dar respuestas apropiadas a las necesidades sociales de nuestro tiempo y tiende a asegurar una tutela judicial continua, efectiva y amplia.

Sin embargo, a pesar de la contundencia empleada por la Constitución Nacional para regular tanto los derechos de incidencia colectiva como la ampliación

de la legitimación para reclamar por la lesión de dichos derechos, la jurisprudencia de los tribunales ha resultado ser –no pocas veces– un verdadero obstáculo a la tutela efectiva de los derechos.

La base del conflicto consiste en que dichas modificaciones implican también una reconfiguración del rol del Poder Judicial, que ha sido difícil de materializar en la práctica. Así, quienes se han opuesto a dichas modificaciones o a sus consecuencias consideraron que la intervención del Poder Judicial ante conflictos que involucraban grandes números de personas no correspondía porque convertían al juez en un árbitro de las disputas políticas desnaturalizando su rol institucional.

El *paradigma de los derechos humanos*, en el que se inscribe el modelo de protección de los derechos colectivos exige transformaciones profundas en el sistema de administración de justicia. De este modo, el nuevo sistema de protección de derechos colectivos exige la figura de un *juez activo* –y no meramente expectante a las peticiones de las partes– que sea incluso capaz de actuar de oficio cuando el interés público así lo demande.

A su vez, el nuevo modelo de protección de derechos implica en muchas ocasiones el abandono de los rasgos típicos del tradicional procedimiento dispositivo, el que a menudo deviene ineficiente y anacrónico para afrontar las complejas demandas sociales que debe afrontar.

En suma, el diseño implementado por la Constitución Nacional para la protección de derechos de incidencia colectiva implica un Poder Judicial que asuma un rol institucional activo, acorde a las necesidades y demandas sociales, a la vez que nuevas prácticas por parte de los actores y agentes judiciales que garanticen la protección y la sanción de las violaciones a derechos humanos.

La experiencia de la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Neuquén (2011-2015)

La Defensoría del Pueblo de la ciudad de Neuquén ha diseñado un dispositivo integral de abordaje de los conflictos colectivos que prioriza el rol del Defensor como *garante y promotor de los Derechos Humanos*.

Considerando que la mayoría de los derechos de incidencia colectiva afectados en nuestra comunidad hallan su causa en la desplanificación de la urbanidad, la persistencia de las desigualdades sociales estructurales y la falta o las deficientes políticas públicas de desarrollo, la Defensoría del Pueblo ha tomado un *rol proactivo* en la defensa de los derechos colectivos tanto en la instancia administrativa como en la judicial.

En el ámbito administrativo, ante la afectación de derechos de incidencia colectiva, la Defensoría pone en acto una serie de medidas tendientes a recomponer la situación del caso planteado, convocando a todas las partes y habilitando el derecho de todas ellas a ser oídas. Convencidos de que la judicialización de los conflictos colectivos no es la vía de abordaje más apropiada, la Defensoría asume un *rol mediador*, propiciando escenarios colaborativos que permitan reconvertir la realidad para superar las lesiones a derechos fundamentales.

Un caso en el que se ha implementado este dispositivo con éxito ha sido el conflicto colectivo en materia ambiental. Así, ante varios procesos en los que estaba en juego el derecho al ambiente, la Defensoría ha implementado mediaciones eficaces, que han evitado el recurso a la justicia.

En otro orden, pero dentro del campo del derecho administrativo, la Defensoría del Pueblo de Neuquén actúa con especial contundencia en el procedimiento administrativo frente a las violaciones de derechos de los particulares frente a actos u omisiones estatales. En este sentido, no debe perderse de vista que todo el procedimiento administrativo no es más que un privilegio de los órganos del Estado para formular y revisar su obrar administrativo. Por lo tanto, la cuestión del *silencio administrativo* frente a las peticiones de los particulares es un fenómeno grave, que debe ser combatido enérgicamente por la Defensoría del Pueblo. De esta forma, la Defensoría neuquina no sólo apela a todos los mecanismos disponibles para combatir la inercia estatal, tales como reiteraciones con seguimientos, prontos despachos, amparos por mora, etcétera, sino que también ha implementado el mecanismo de incluir en sus escritos apercibimientos por incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 239 del Código Penal).

Sin embargo, a pesar que se propicia la mediación como forma básica de abordaje de los conflictos de naturaleza colectiva, cuando dicha instancia se frustra la Defensoría acude al último garante constitucional previsto en nuestro sistema republicano para la tutela de los derechos: el Poder Judicial. Sin embargo, la intervención del Poder judicial no debe comprenderse empero como un proceso rígido. En este sentido, la Defensoría ha planteado medidas cautelares que atiendan a situaciones de urgencia pero que eviten la judicialización completa del conflicto. Es decir, luego de ver satisfecha la medida cautelar -y desaparecida la urgencia que demanda el caso- se pueda arribar a una composición integral del conflicto.

En el ámbito puramente judicial, no siempre la intervención del Defensor como parte actora en representación de intereses colectivos ha tenido favorable acogida en nuestros tribunales. De hecho, hemos intervenido en casos en los cuales se ha franqueado el ingreso del Defensor del Pueblo al proceso judicial. Con todo,

dicha postura ha sido abiertamente superada y en la actualidad rige un criterio amplio que habilita la participación de la Defensoría en juicio, con amplias facultades de actuación.

En el ámbito judicial, la tutela de los derechos colectivos requiere soluciones creativas e innovadoras que rompen con los pasos procedimentales clásicos de los procesos judiciales. No obstante, en general los jueces ofrecen fuertes resistencias a aplicar medidas de este tipo debido a la falta de una normativa expresa que los habilite. En este sentido, el paradigma de los derechos humanos aún no ha impactado en los jueces de una manera lo suficientemente fuerte como para que adopten un papel proactivo en la protección de los derechos fundamentales de los colectivos humanos.

En Neuquén, el tratamiento de numerosos conflictos relativos a la materia ambiental ha demostrado que éstos no son más que la punta del iceberg de una serie de incumplimientos que trascienden la problemática ambiental, involucrando otras afectaciones de derechos, todas ellas producto de la falta de una planificación eficaz y adecuada de la urbe.

Ante ello, el Poder Judicial -como parte integrante de la estructura estatal- no puede desentenderse de estos conflictos profundos, so pretexto que el tratamiento de esta clase de asuntos exceden el marco procesal propuesto. Con acertado criterio, advirtiendo la complejidad de este tipo de casos, algunos jueces no dudan ampliar de este modo el objeto procesal frente a cuestiones urgentes. En algunos casos, la resolución de los conflictos se encuentra inmersa en disputas partidarias o tramitaciones sumamente burocráticas, en las que la intervención judicial resulta superadora del conflicto mediante la implementación de audiencias con funcionarios de distintas líneas, de la esfera municipal y provincial.

En cuanto a la ejecución de sentencias que han resuelto cuestiones colectivas una vez culminados los procesos, la Defensoría ha comprobado que la solicitud de aplicación de *astreintes* a funcionarios que se niegan a cumplir con las disposiciones judiciales ha resultado ser un mecanismo bastante eficaz de protección y reparación de derechos.

Por lo tanto, ante la falta de regulación expresa de los procesos colectivos, son algunos jueces los que han habilitado procesos flexibles en los que priman la oralidad, las audiencias de partes -tanto multipartes como particulares- y el arribo a convenios de cooperación, con el reflejo escrito de la solución re-construida y la homologación colaborativa que viene a ocupar el lugar de la sentencia.

Conclusiones

El modelo de tutela colectiva de derechos configurado con la reforma constitucional de 1994 debe ser interpretado como un modelo integral. En este modelo, el Defensor del Pueblo tiene un rol fundamental como garante y promotor de Derechos Humanos que exige una intervención activa, dinámica y multiforme en todas las instancias de defensa de derechos –administrativas y judiciales.

Este sistema protectorio de derechos ha chocado con numerosos obstáculos. El Poder Judicial y las formas tradicionales de administración de justicia funcionan a menudo como un límite difícil de superar para la protección de los derechos. Sin embargo, el Defensor del Pueblo cuenta con variados mecanismos de actuación para el abordaje de conflictos de naturaleza colectiva, los que debe utilizar y afianzar con toda fuerza.

A su vez, la naturaleza social de la figura del Defensor del Pueblo debe servir como forma de re-empoderar a la sociedad para que sean los propios ciudadanos los enérgicos defensores de los derechos humanos, fundamentalmente de aquellos que los individuos poseen en tanto colectividad. Re-empoderar a la sociedad para la defensa irrestricta de sus derechos es un desafío crucial frente a un escenario que presenta una ilimitada cantidad de formas de violación a los derechos individuales, políticos, económicos, sociales y culturales -no sólo por parte del Estado sino también por parte de otros poderes fácticos.

El Justicia Mayor como garante de derechos ¿antecedente o referente?

C. Alie Pérez Véliz¹

Sumario. Introducción. I. Aproximación teórica al control constitucional. II. La defensoría del pueblo y su relación con el control constitucional. III. El Justiciario Mayor de Aragón: hibridación paradigmática de control constitucional y garantía de derechos. Conclusiones.

Introducción

Uno de los mayores desafíos del constitucionalismo contemporáneo y del principio de supremacía constitucional se expresa en la vulneración sistemática de la voluntad soberana del poder constituyente por el poder constituido. Se ha desplegado una amplia gama de subterfugios doctrinales y tecnicismos legales para fundamentar la disminución progresiva de la potestad del soberano.

Las fórmulas empleadas para disminuir esta potestad van desde la ausencia o desuso de mecanismos reales y efectivos de control de la constitucionalidad, pasando por las interpretaciones judiciales arbitrarias, la falta de normas adjetivas reguladoras de la acción de inconstitucionalidad, hasta llegar a los estados de excepción, cada vez menos excepcionales.

Estos peligros provienen tanto de Estados de derecha como de los autoproclamados de izquierda. La variedad de justificaciones políticas empleadas es igualmente asombrosa: necesidad de una centralización que permita garantizar la distribución equitativa de las riquezas, necesidad de una desregulación que estimule la inversión y con ello la multiplicación de las riquezas; son dos variantes aparentemente extremas, que en realidad alejan cada vez más al pueblo de la toma de decisiones.

Existe una forma velada, aún más peligrosa, de imponerse el poder constituido al poder constituyente y que este autor llama legitimidad de facto por coacción indirecta. Tal definición debe ser aplicada a aquellos regímenes que sustentan su supuesta legitimidad en que no han sido derrocados por acciones violentas, léase golpes de Estados, revueltas sociales o revoluciones; dichos regímenes, que generalmente gozan de cierta estabilidad política, son remisos a someter su legitimidad a la voluntad del soberano, con las garantías de independencia que el asunto merece.

Los poderes constituidos, sin embargo, controlan la voluntad del soberano mediante mecanismos indirectos, pero muy efectivos como son: el uso del financiamiento público, el otorgamiento de respaldo gubernamental a las comunidades, la

¹ Profesor de Historia del Estado y el Derecho y de Filosofía del Derecho de la Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saiz Montes de Oca”, Cuba.

implementación de políticas públicas dirigidas a reforzar determinados segmentos poblacionales como las mujeres, la comunidad LGBT, los grupos raciales, entre otros.

Dichos mecanismos de control no se sustentan directamente en el uso de la fuerza, ni en la amenaza de utilizarla; pero suponen un empleo camuflado de la coacción, coacción que frecuentemente se hace cotidiana, a través de la manipulación de políticas de empleo, del otorgamiento estudiadamente discriminatorio de apoyo oficial a las personas, favoreciendo usualmente a los que se muestran incondicionales al gobierno o a la clase política.

Esta coacción indirecta, cuando se emplea de manera prolongada y sistemática, generalmente produce retraimiento político en las personas, que se manifiesta de muchas maneras: abstencionismo, predominio de votos en blanco o no válidos, participación formal y apatía política, participación inspirada en ganar prebendas y no en el ejercicio soberano del derecho a decidir, entre otras conductas.

El tipo de control descrito viene a ser una especie de contra control, un control ejercido desde el poder constituido para evitar el ejercicio del control por parte del poder constituyente. Es la forma transfigurada del control en las sociedades contemporáneas, que en la práctica no es más que la pérdida de soberanía por el verdadero soberano, el pueblo en el sentido más amplio del término y su desplazamiento por la clase dirigente.

El objetivo de este trabajo es argumentar la vigencia de instituciones del Derecho histórico, fundamentalmente hispánico, en la búsqueda de mecanismos que garanticen de manera más eficaz el control constitucional contra las vulneraciones del llamado poder constituido. Igualmente, al recurrir a los métodos histórico-jurídico y de Derecho comparado, se pretende develar la existencia de otras facultades y atribuciones agregadas a la institución estudiada, para determinar la pertinencia de conservar similares responsabilidades en órganos actuales.

Este abordaje se sustenta en el respeto irrestricto al principio de supremacía constitucional, no considerado por el autor un simple formulismo técnico legal, sino como esencia de una axiología jurídica trascendente, que asume como base de la democracia contemporánea.

I. Aproximación teórica al control constitucional

Autores contemporáneos refieren la existencia de cuatro sistemas o modelos de defensa constitucional: el difuso o de judicial review, el concentrado o austriaco-

kelseniano, el mixto y el múltiple.² Son cuatro variantes históricas, que inspiradas en diferentes realidades, han pretendido evitar la vulneración de la voluntad popular, expresada en el proceso de creación constitucional, por parte de los poderes constituidos.

En puridad ninguno de los cuatro modelos señalados ha logrado una eficacia absoluta en la consecución de sus objetivos, advirtiéndose cada vez formas más sofisticadas de ejercicio inconstitucional del poder, por quienes lo detentan de manera efectiva. Otro tanto ha ocurrido con las objeciones doctrinales y prácticas que muchos teóricos han opuesto a cada uno de estos sistemas, al valorar su aplicabilidad.

Sobre el sistema difuso o de judicial review se ha dicho que peligra la excesiva concentración de facultades de trascendencia política en un órgano de carácter jurisdiccional, provocando un desequilibrio en la llamada tríada perfecta de Montesquieu; otro argumento que se esgrime en contra de esta solución es el peligro de politización de los órganos de la judicatura.³

Teóricos muy agudos oponen dos razones más a la validez de este modelo: la proliferación creciente de normativas ejecutivas y acuerdos legislativos de carácter secreto, cuyo contenido regulador nunca llega a los tribunales de justicia; y que la concepción original de judicial review sustenta un fallo de inconstitucionalidad solo aplicable al caso concreto, y no una nulidad absoluta de efectos *erga omnes*.

También el modelo austriaco-kelseniano de defensa constitucional ha recibido críticas desde posiciones de izquierda y de derecha. Estos últimos refieren que la existencia de un órgano político-jurídico que controle la constitucionalidad de los tres poderes es un ataque en sí mismo a la concepción de la tripartición de poderes. Desde la izquierda se arguye que los tribunales constitucionales generalmente son designados por el ejecutivo, cayendo bajo la órbita de este, en detrimento de la representatividad legislativa.⁴

En cuanto a los sistemas mixto y múltiple, se han utilizado las críticas anteriores para atacar aquellos rasgos del difuso y el concentrado que prevalecen, planteándose por algunos autores que los argumentos expuestos para estos son válidos, y se ven potenciados, en los dos primeros.

Cierto sector de la doctrina amplía la clasificación del control constitucional, teniendo

2 J. Fernández Bulté: *Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy*, compilado por Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés en *Temas de Derecho Constitucional cubano*. Editorial "Félix Varela", La Habana, 2000, pp. 347- 362.

3 *Ibidem*

4 H. Fix-Zamudio: *Introducción al derecho procesal constitucional*. Editorial Fundap, México, 2002, p. 17-18.

en cuenta los tipos de órganos que pueden ejercerlo, clasificando los primeros modelos o sistemas ya abordados dentro de la concepción general de control judicial; igualmente plantean otros dos grandes grupos clasificadores: control por órganos no judiciales y control por órganos atípicos.⁵

Dentro del control por órganos no judiciales se especifica el ejercido por el poder ejecutivo, a través del veto presidencial de normas inconstitucionales o de acciones presidenciales directas; también se reconoce el control constitucional legislativo, que se ejerce fundamentalmente en los sistemas asamblearios o parlamentarios, en que la Asamblea Nacional o el Parlamento tienen la doble facultad de reforma constitucional y de interpretación originaria de la Constitución. Otro tipo de control reconocido en la doctrina es el electoral, por vía de la novedosa “apelación popular de sentencias”.⁶

En algunos trabajos se hace referencia a órganos atípicos de control constitucional como el Consejo de la Revolución en Portugal, el Consejo de Guardianes de la Revolución (y de la Constitución) de Irán, el Consejo Constitucional francés, y el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador. Es necesario referir que el modo de regulación del procedimiento de inconstitucionalidad en estos ejemplos es tan atípico que los autores no los incluyen dentro de los criterios generales de clasificación.

Debe referirse que existen otros criterios más abstractos de clasificación de la defensa de la Constitución, como los que hacen referencia a la defensa indirecta a través de “procedimientos especiales y agravados de reforma en las Constituciones rígidas”,⁷ como es el caso de la exigencia de mayoría cualificada, órganos integrados u obligatoriedad de referéndum y la llamada cláusula de intangibilidad, cuya legitimidad es cuestionada. A las clasificaciones ya abordadas se les incluye por estos autores dentro de lo que han dado en llamar defensa directa.

Todos estos criterios clasificatorios parten del reconocimiento político y jurídico del principio de supremacía constitucional; condición esta que emana del carácter directo y legítimo de quien establece la Constitución: el soberano, el pueblo en el sentido estricto del término; cuyas facultades para otorgarse la Ley Suprema del Estado se sustentan en la condición de un poder que es único, indivisible, inalienable y originario.

5 **N. P. Sagüés:** *Manual de derecho constitucional*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 132.

6 *Ibidem*

7 **A. De Blas:** *Teoría del Estado y sistemas políticos*. En colaboración con **Ramón García Cotarelo**, Editorial UNED, Madrid, 1986, p. 195.

Esta concepción deja claro que los poderes constituidos deben subordinarse a la voluntad de los poderes constituyentes, expresada en la Constitución; lo que implica que “las otras normas han de ajustarse a ella, y que el conjunto del ordenamiento adquiere su sentido cuando este ajuste se produce sin problemas.”⁸

Un problema crucial que no ha sido resuelto por la doctrina, la regulación normativa y la práctica judicial es el de la legitimación política y funcional de la jurisdicción constitucional especializada.⁹ El cuestionamiento a la legitimidad política de esta jurisdicción se fundamenta en la poca independencia e imparcialidad que se puede esperar de un órgano cuyos miembros son nombrados y pueden ser destituidos por aquellos a quienes deben controlar en sus actuaciones, máxime en sociedades como las latinoamericanas, donde la fidelidad y el caudillismo partidario es un fenómeno cotidiano.

A lo anterior debe agregarse que en las naciones de América Latina el período en el cargo de los jueces constitucionales es relativamente corto, siendo el de los jueces venezolanos el mayor, de doce años como máximo. Esto hace vulnerable la integridad en la actuación de dichos magistrados, los que quieren mantener un futuro garantizado en la vida política luego de expirar su mandato jurisdiccional.

Lo planteado ha influido negativamente en los procesos de la jurisdicción constitucional, no aplicándose sistemáticamente la regla de la sana crítica en la apreciación de pruebas, ni el principio de presunción de inocencia.¹⁰ La actuación de las cortes o tribunales constitucionales se ha basado más en apreciaciones políticas que en preceptos jurisdiccionales; lo que los ha convertido en órganos políticos por excelencia.

Otro problema no menos complejo es el de la legitimación funcional, derivado de la congestión de procesos constitucionales en sede jurisdiccional, por la amplitud de conocimiento que otorgan las leyes en esta materia, la ambigüedad con que estas están formuladas, o la excesiva diligencia de las cortes especializadas en su atribución de competencias.

Este déficit de legitimación deriva directamente de la afectación del principio constitucional de pronta justicia, de gran incidencia en el ámbito del debido proceso; lo que se expresa concretamente en procesos constitucionales acumulados en sala sin ser fallados, lentitud en la obtención de sentencias, fallos ambiguos en su argumentación, o contradictorios en sus resultados, entre otras anomalías que desdibujan la pertinencia de la jurisdicción constitucional especializada.

⁸ *Idem*, p. 187.

⁹ N. P. Sagüés: *Manual de derecho constitucional*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 132.

¹⁰ *Idem*, p. 133.

II. La Defensoría del Pueblo y su relación con el control constitucional

La práctica política y el constitucionalismo contemporáneo también han experimentado la aparición de mecanismos de defensa de los derechos individuales consagrados en la Constitución, no entrando este supuesto dentro de la categoría abordada de control constitucional. La figura del *Obudsman*, denominada en los sistemas de raíz latina Defensor del Pueblo, se ha ido difundiendo como garante de los derechos individuales en ordenamientos jurídicos como el argentino, boliviano, colombiano, venezolano y guatemalteco.

El Defensor del Pueblo no es una autoridad judicial, ni despliega un proceso de esta naturaleza; sus decisiones no tienen fuerza vinculante, son meras recomendaciones que simplemente persiguen movilizar a la opinión pública contra un acto de la Administración, cuya esencia viola los derechos constitucionales de un ciudadano.¹¹

Si en el sistema difuso original la autoridad judicial declaraba no aplicable una ley a un caso concreto, porque sería en este caso una aplicación inconstitucional, y en el resto de las variantes de control constitucional se establecería un supuesto de nulidad absoluta de la norma declarada inconstitucional; lo que interesa en la actuación de la defensoría del pueblo es el efecto en sí de la actuación de la Administración en la aplicación de una norma a un ciudadano.

El Defensor del Pueblo en realidad ha sido concebido como una autoridad moral, con amparo legal, cuya actuación hace de poder moderador de la Administración. Esta idea se aprecia en los requisitos que debe cumplir en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en los que se ha estipulado: carácter independiente de su actuación, alejado de la influencia de partidos políticos y honorabilidad demostrada.

El carácter limitado de la función del Defensor del Pueblo se expresa en que su actuación no provoca efectos jurídicos directos, sus fallos no son vinculantes, como se ha dicho, sino que debe instar a los tribunales o la fiscalía para que estos órganos sean los que decidan. Esta actuación limitada se evidencia en los numerales tres, cuatro, seis y siete del artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,¹² donde el Defensor solo tramita ante las autoridades el conocimiento del caso violatorio de los derechos individuales o colectivos.

11 Y. Delgado: *Derechos morales de la personalidad. Vía de protección constitucional*. En colaboración con Reinerio Rodríguez. En compilación coordinada por Andry Matilla Correa y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Escritos sobre derecho procesal constitucional*. Editorial UniJuris, La Habana, 2012, pp. 411-42.

12 *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial No. 5453, Caracas, 24/03/2000.

Como señala Villabella al referirse al Defensor del Pueblo que se consagra en la mayoría de las constituciones latinoamericanas "...es nombrado por el Parlamento y se debe a ellos rindiéndole cuenta de su actuar; se ocupa de las quejas de la población, fundamentalmente contra el quehacer de la Administración Pública (...) tiene el poder de investigar, criticar e instar que se resuelva el comportamiento violatorio (...)"¹³.

Resulta interesante para este autor, especular teóricamente sobre el fortalecimiento de atribuciones en favor del Defensor del Pueblo, como la posibilidad de judicializar su actuación, hacer vinculantes sus fallos, dotarlo de un aparato ejecutor de decisiones, articular la defensa de los Derechos individuales con la defensa de la Constitución, independizarlo del legislativo y el ejecutivo, entre otras.

De todas las medidas propuestas, sin embargo, parece más irrealizable la dirigida a fusionar atribuciones de defensa de Derechos y control constitucional; pero en esencia se trata de la misma actuación, una dirigida a defender los Derechos de un individuo y la otra los de toda la sociedad: de un lado la mayor expresión de democracia es la plasmación de la voluntad soberana del pueblo como poder constituyente, proceso en que ese poder dice qué Derechos individuales quiere que se le respete; de otro, la defensa concreta de esos Derechos ante una vulneración del poder constituido.

Luego de realizar el análisis crítico del abordaje legal y doctrinal de las instituciones del control de constitucionalidad y del Defensor del Pueblo, señalando las ventajas y desventajas de cada una, se hace necesario una indagación histórica que permita ubicar antecedentes de órganos que, cumpliendo en general las funciones referidas, muestren ejemplos superiores de actuación en la defensa de la Constitución y de los derechos individuales.

III. El Justiciazgo Mayor de Aragón: hibridación paradigmática de control constitucional y garantía de derechos

En los espacios académicos se ha ubicado el origen de los mecanismos de control constitucional en la tradición política y jurídica inglesa. Se asocia esta institución al *Instrument of the People* y al *Instrument of the Government* de la época de Oliverio Cromwel.

En el primero de estos documentos se planteaba que existen principios constitucionales fundamentales y otros no fundamentales; los fundamentales son supremos y no

13 C. M. Villabella: *Selección de Constituciones Iberoamericanas*. Editorial "Félix Varela", La Habana, 2002, p. 16.

pueden ser modificados por el Parlamento, mientras en el segundo se estipulaba que toda ley que fuera contra los principios constitucionales fundamentales era nula de pleno derecho.

Muchos fallos judiciales ingleses de esta época se inspiraron en la violación de los principios constitucionales fundamentales del *common law*, pero en puridad teórica no se puede hablar aquí de un control constitucional en el sentido moderno del término. El contenido más contemporáneo del control constitucional debe buscarse en las modernas Constituciones norteamericana de 1787 y francesa de 1791.

Estas Constituciones fueron las primeras concebidas bajo la idea de ser normas constitutivas, reguladoras de la vida política, del pacto social y de ser leyes fundamentales. De ambas leyes supremas derivó la concepción de la jurisdicción constitucional, tal como hoy la entendemos.

El esbozo moderno de control constitucional por medio de un tribunal especializado se presentó por primera vez por Emmanuel Joseph Sieyès. Éste durante las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, iniciadas el 9 de julio de 1789 y que se extendieron hasta el 3 de septiembre de 1791, propuso en su escrito de “Opinión” la creación de un Jurado Constitucional conformado por 108 miembros.

Dicho Jurado debía velar fielmente por el mantenimiento del legado constitucional, determinar las opiniones que permitieran perfeccionar la Constitución y proveer recursos de equidad neutral para garantizar las libertades civiles. Sieyès planteaba “Si queréis dar una salvaguarda a la Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración espacial, entonces establece un Jurado Constitucional (...)”¹⁴

Esta idea, tan solo enunciada por Sieyès y no aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, es el antecedente inmediato de las cortes y tribunales constitucionales europeos, lo cual va a verse consagrado por primera vez en la Constitución austríaca de 1920.

Pero el control constitucional por medio de la corte o tribunal especializado, firmemente defendido por el austríaco Hans Kelsen, no es compartido por autores como Carl Schmitt, quien prefiere como modelo el ejercicio de dicho control por un órgano político, superior al resto de los poderes del Estado, elegido directamente por el pueblo y que fuera expresión simbólica de la unidad nacional. Ese órgano debía ser, según su creencia, el Presidente de la nación, al estilo de la Constitución alemana de Weimar. Otros constitucionalistas prefieren delegar la función de control a los Parlamentos o Asambleas.

¹⁴ E. Carpio: *Un antecedente del Tribunal Constitucional. El juez constitucional. Una lectura heterodoxa de Sieyès*, En *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, oct. de 1999, pp. 1-2.

Fuera del modelo concentrado, ya reseñado sus antecedentes y primeros pasos, corresponde valorar cómo se puso en práctica un modelo alternativo, consagrado en la tradición judicial norteamericana y conocido como *judicial review*. Éste se sustentó en el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, como se ha dicho, en el caso *Marbury contra Madison*, de 24 de febrero de 1803.

La principal conclusión del Juez Presidente Marshall, como ponente del caso, fue que la Constitución era una Ley, Ley Suprema, y que estaba sujeta a interpretación por las cortes.¹⁵ En este sistema de control constitucional, llamado difuso o desconcentrado, el fallo de inconstitucionalidad solo tiene efectos para las partes en litigio y se aplica lo decidido con carácter retroactivo.

Si bien este es el planteamiento general hay que decir que con la doctrina del *stare decisis* se ha obligado a los tribunales inferiores a observar el fallo. Esto constituye en la práctica una extensión del efecto *erga omnes* al modelo difuso, por lo menos en su concepción norteamericana.

A pesar de lo abordado este autor considera necesario profundizar en la práctica política y jurídica antecesora a la etapa de las Constituciones norteamericana y francesa, para analizar experiencias de regulaciones que sin llegar a conformar control de constitucionalidad y Defensoría del Pueblo, en el sentido contemporáneo del término, constituyen un antecedente valioso y poco estimado por la doctrina.

En la historia del Derecho político hispánico, y particularmente aragonés, se encuentran prácticas similares y en ocasiones más coherentes y eficaces que las contemporáneas instituciones de control constitucional y defensoría de derechos individuales, poniéndose en práctica mecanismos, procedimientos, recursos y medios de ejecución expeditos y marcadamente garantistas.

El Derecho foral español experimentó el desarrollo de una institución sin precedentes en la historia jurídica de las naciones: el Justiciazgo Mayor de Aragón. Se estima por algunos autores que esta magistratura fue instituida como poder moderador en el 716 de nuestra era, producto del acuerdo entre los señores de Sobrarbe. Por primera vez en el Derecho hispánico se separa la función ejecutiva, encabezada por el Rey, de la judicial, liderada por el Justicia Mayor.¹⁶

El amparo legal de esta institución de la rama judicial se desarrolla con los fueros de Ejea, el Privilegio General, los Privilegios de la Unión y otras normativas posteriores.

15 J. J. Álvarez González: *Introducción al Sistema Jurídico de los Estados Unidos de América*. San Juan, Escuela de Derecho Universidad de Puerto Rico (CEJI), 2008, pp. 17 y 18. Disponible en: <http://www.juridicainteramericana.org>. [fecha de consulta: 23/12/2013]

16 G. Gutiérrez: *Historia del Derecho Constitucional Cubano*. Editorial Cultural, S. A., La Habana: Cultural, 1938, p. 459.

Un elemento que caracteriza la magistratura es que el Justicia Mayor es nombrado por el Rey, el que lo escoge de entre la clase de los caballeros; pero para garantizar su independencia funcional e inmunidad personal, una vez nombrado se tornaba inamovible e inviolable.

Lo regulado sobre el nombramiento y destitución del Justicia Mayor supera lo establecido para el Defensor del Pueblo en muchas constituciones latinoamericanas: la institución aragonesa garantiza de manera más eficaz la independencia funcional, pues una vez nombrado no podía ser depuesto, ni siquiera por el monarca. El Defensor del Pueblo en la Constitución Argentina es nombrado y removido por el Congreso de la Nación, lo que deja en entredicho la declarada independencia funcional enunciada en el mismo texto, pudiendo llegar a ser instrumento político de un Congreso dominado por un partido con mayoría cualificada.

En cuanto a la regulación de la Defensoría del Pueblo en el artículo 161 de la Constitución peruana, se aprecia igualmente elementos de dependencia congresional para el nombramiento y remoción del cargo, que hacen muy relativa su enunciada autonomía; adicionando a esto la agravante de tener que presentar el proyecto del presupuesto para el ejercicio de las funciones ante el Poder Ejecutivo y el Congreso, creando en la práctica una doble subordinación financiera. Se reitera, en cuanto a independencia funcional, la superioridad de lo regulado para la magistratura aragonesa.

Cabe destacar, sin embargo, en los dos casos mencionados, que la institución ha gozado en la práctica de una mayor autonomía a partir del carácter cualificado del voto requerido para su destitución, lo que no significa que técnicamente la manipulación política de la voluntad popular sea totalmente imposible; preferiría el autor reforzar esta autonomía con un referéndum revocatorio, para que sea finalmente el pueblo el que tenga la última palabra; máxime si es a este a quien defiende el importante magistrado.

El Justicia Mayor de Aragón contó con un sólido aparato de funcionarios que debían garantizar la ejecución de sus sentencias, las cuales tenían carácter vinculante para todos, incluido el Rey. Al inicio de su aparición el funcionario judicial contó con dos lugartenientes, luego fue auxiliado por el Consejo Criminal de los Cinco Jurisperitos; a partir de 1519 se le subordinó el Consejo de los siete de la Rota, y pasado 1592 empezó a ser asistido por siete lugartenientes.

La estructura auxiliar del Justiciazgo se completaba con seis notarios, asistidos de varios escribanos y ocho vergueros, que eran los encargados de hacer cumplir lo fallado por el Justicia. Dos de los vergueros eran privilegiados al poder llevar las

fascas, emblema de la autoridad encargada de la ejecución del fallo. En caso de que una de las partes implicadas en el proceso fuera el Rey este se hacía representar de un procurador fiscal.¹⁷

En cuanto a los Defensores del Pueblo instituidos en las modernas Constituciones latinoamericanas, las leyes complementarias son las encargadas de regular los funcionarios que los asisten. Sin embargo, se aprecia que como las normas están redactadas en el sentido de instar el apoyo de las autoridades, se desprende que no fue voluntad del legislador dotarlos de un sólido aparato de ejecución que le permita hacer cumplir coercitivamente sus decisiones.

Al analizar las atribuciones judiciales de la institución aragonesa del Justicia Mayor se aprecia que sus facultades rebasan considerablemente la de los Defensores del Pueblo, lo que le da a aquella figura mayor garantía de ejecución. Estas atribuciones fueron ampliándose desde la Junta de Ejea de 1265 hasta las Cortes de Zaragoza de 1384, sumándose progresivamente la de administrar justicia en pleitos entre el monarca y los nobles, juzgar disputas de los nobles entre sí y de ser juzgador único de las causas de los oficiales y jueces, en cuya ejecución de sentencia no podía interferir ni el propio Rey.

El Justicia Mayor se consideró por regulación del propio Derecho foral aragonés como facultado para interpretar los Fueros, ante consultas que le dirigieran los oficiales y jueces inferiores, teniendo su respuesta fuerza ejecutiva. Llegó a regularse que el Rey no podía revocar ni anular las providencias emitidas por el Justicia. Bajo su custodia se depositaron las garantías recogidas en los fueros, facultad que antes solo poseían los ricos -hombre del reino y los confederados de la unión.¹⁸

En la época de su más amplio desarrollo este magistrado podía resolver en instancia única los pleitos entre los particulares, las apelaciones contra los jueces de las ciudades y las villas realengas y las disputas entre el fisco y los contribuyentes, siendo además protector nato de todas las Universidades del reino aragonés. Como puede apreciarse esa amplia gama de facultades, además de la principal de poder moderador, fortalecía las garantías de la ejecución de sus sanciones.

Ninguna de estas facultades o atribuciones del Justicia Mayor son reconocidas a los contemporáneos Defensores del Pueblo, los cuales deben limitar su actuación en situaciones semejantes. Ni en los casos de más amplio reconocimiento de funciones, como en el venezolano, puede equipararse la gama de situaciones en las que sería competente para intervenir un Defensor con aquellas en las que el Justicia sí podía hacerlo.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Idem*, pp. 458-462.

La centenaria institución aragonesa gozaba de una facultad similar al *judicial review* de la tradición constitucional norteamericana; esta especie de control difuso no lo era en el sentido estricto del término, pues no estaba tal facultad distribuida a todos los tribunales de Aragón; tampoco era una expresión del sistema concentrado de control constitucional, porque el Justiciazgo no formaba un tribunal especializado exclusivamente a este fin. Pudiera decirse que era una especie de control de constitucionalidad mixto en hibridación con garantía de los derechos individuales.

Salvando la distancia epocal y la diferencia de contextos, vale decir que las características del Justicia Mayor de Aragón, la amplitud de facultades de que estaba investido, la vinculación o especial conexión entre esas facultades, como garantía de complementación entre ellas, harían más efectivas las funciones que deben ejercer los contemporáneos Defensores del Pueblo y los mecanismos de control constitucional.

Para ilustrar lo planteado debe recordarse que si en esa época no existían Constituciones políticas o jurídicas en el sentido reciente del término, si hubo una organización política de la sociedad, estructurada por instancias de gobierno, en la que al mencionado Justicia Mayor se atribuía por fueros:

- Recibir en las Cortes el juramento de guardar y hacer guardar los fueros que tenían que prestar al Rey y a las principales autoridades.
- Declarar si debían cumplirse o no las cartas del Rey a los oficiales reales, por ser desaforadas o contrarias a las libertades del reino.
- Declarar la decisión de greujes o fallo para zanjar las desavenencias entre el Rey y los nobles.
- Resolver en los conflictos que se dieran entre los cuatro brazos o Estados que componían las Cortes.
- Aconsejar al Rey.

Como estas funciones y atribuciones del Justicia tenían que concretarse en determinado tipo de acciones procesales o procedimientos, vale señalar en este sentido las firmas de derecho y los fueros de manifestación.

Según el fuerista Sessé, citado por Gutiérrez en 1938, la firma de derecho “es la inhibición que se obtiene de la corte del Justicia de Aragón, en vista y fuerza de excepciones justas y de fianza dada de asistir al juicio y cumplir derecho; de que no tomen prendas, molesten, turben o vejen la posesión contra derecho o fuero, al reo

firmante”¹⁹. Firma de derecho era llamada también la interpretación del propio recurso.

Asociado a la firma de derecho existen dos categorías o instituciones jurídicas: la firma inhibitoria, que era la providencia favorable emitida por el Justicia y que

recaía como efecto de la acción incoada; el presidio de firmas, que era el conjunto de garantías otorgadas a los reos para protegerlos contra la arbitrariedad de las autoridades. Estas acciones e instituciones eran antecedentes en el Derecho aragonés de los contemporáneos interdictos, libertad bajo fianza y amparo en la posesión a favor del procesado.

Resulta interesante comparar los procesos forales aragoneses, de competencia exclusiva del Justiciazgo Mayor, con los contemporáneos procesos judiciales. Como parte de los procedimientos, instituciones y recursos procesales que estaban bajo la jurisdicción del Justicia se encuentran la manifestación de bienes, escrituras y provisiones, equivalente a la actual acción ad-exhibendum; también existía la aprehensión, semejante al juicio posesorio; los procesos de inventario y emparamiento, similares a los actuales embargos preventivos.

Uno de los procesos de más hondo calado en el Derecho contemporáneo es la manifestación de persona; esta tenía dos formas concretas: la manifestación de persona privada y la manifestación de jueces y autoridades. La manifestación de persona privada consistía en la facultad que tenía el Justicia, extensiva a cualquier juez aragonés, de hacer exhibir un individuo oculto o privado de libertad por persona particular, arrancándolo por ilegal de cualquier tipo de encierro. La segunda era aplicable ante cualquier encierro arbitrario o sin causa justificada por autoridad real o judicial.

En el caso de las manifestaciones de personas estaban legitimados para interponer la acción un interesado o persona extraña que jurara certeza del hecho, mediante la llamada jura de firma, con la fórmula solemne: “¡Fuerza! ¡Fuerza!”. El Justicia proveía en carta inhibitoria la libertad del preso, entregando una orden de incautación a los vergueros del Tribunal, para que la pusieran en rápida ejecución. Si encontraban resistencia para cumplir el mandato judicial, uno de los lugartenientes solicitaba el apoyo de los diputados del reino y de los jurados de Zaragoza, los que apoyados por una tropa de maceros sacaban el preso de la cárcel con la mayor ceremonia.²⁰

Esta institución desaparece en su concepción original para 1711, luego de menguar sus atribuciones de manera progresiva. Felipe V tomó tal decisión en los Decretos

¹⁹ *Idem*, pp. 461.

²⁰ *Ibidem*

de Nueva Planta, por medio de los cuales abolió el derecho público de los Reinos de Aragón, así como los fueros municipales que históricamente se habían otorgado por el derecho español, extendiendo hacia allí el derecho castellano. La decisión del Monarca obedece a la combinación de su afán centralizador con la política de represalia a sus adversarios durante la Guerra de Sucesión.

La institución del Justicia Mayor de Aragón, despojada totalmente de sus cualidades funcionales, reaparece, al menos de nombre, en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982. Al amparo de la Constitución Política de la Monarquía Española, el Justicia se iguala en sus atribuciones a un Defensor del Pueblo.

Esta reaparición presenta un Justicia Mayor que depende para su elección del apoyo de las tres quintas partes de la Cámara de Diputados de Aragón. La propuesta para ocupar la magistratura parte de los grupos parlamentarios, los cuales nominan candidatos expresando la voluntad de sus respectivos partidos. El Justiciazgo contemporáneo tiene un ejercicio del mandato limitado a cinco años, lo que unido a los elementos anteriores hace de esta figura, a diferencia de su existencia pasada, un reo potencial de la voluntad de las fuerzas políticas predominantes en el parlamento autonómico.

Un análisis de las nuevas atribuciones del Justicia Mayor de Aragón revela que en este sentido también se ha perdido el empuje original que se le reconocía a sus fallos, ya que no juzga ni dicta sentencias sobre los conflictos en los que interviene, sino que supervisa la actividad de la administración pública, emitiendo posteriormente sugerencias, recomendaciones e informes especiales sobre materias de su competencia.

Debe reconocerse, sin embargo, que la institución ha ganado en atribuciones y protagonismo a escala local a partir de la Ley Orgánica 5/2007 de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobada por las Cortes Generales y sancionada por el Rey de España el 20 de abril 2007, entrando en vigor desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado de fecha 23 del mismo mes y año.

Aunque pudiera cuestionarse que la mencionada Ley Orgánica amplía la competencia del Justicia Mayor, siendo una ley general, más allá de aquella que atribuye a este magistrado la Ley 4/1985, de 27 de junio de 1985, entendida como ley especial reguladora de la institución; el reposicionamiento que supone convalida la potencialidad que la magistratura contiene en sí misma para retomar atribuciones del pasado, asentadas en las necesidades de las nuevas condiciones históricas.

El artículo 59.1 de la mencionada Ley Orgánica es claro al asignarle como misiones específicas al Justicia Mayor de Aragón la protección y defensa de los derechos

individuales y colectivos reconocidos en el Estatuto, la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación y la defensa del propio Estatuto Autonómico.

Por su parte el apartado 2 del artículo 59 reconoce la facultad del Justicia para supervisar²¹:

a) La actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma, constituida a estos efectos por el conjunto de órganos integrados en el Gobierno de Aragón, así como por la totalidad de los entes dotados de personalidad jurídica dependientes del mismo.

b) La actividad de los entes locales aragoneses y de las comarcas, sus organismos autónomos y demás entes que de ellos dependan, en los términos que establezca la ley del Justicia.

c) Los servicios públicos gestionados por personas físicas o jurídicas mediante concesión administrativa, sometidos a control o tutela administrativa de alguna institución de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El avance, en relación con la regulación anterior, radica en que ahora el inciso b) amplía a los órganos locales aragoneses, las comarcas, sus organismos autónomos y entes que de ellos dependa, la facultad de supervisión por parte del Justicia. Ello ha ampliado igualmente la variedad de asuntos de que conoce esta magistratura, como son: resoluciones²² sobre el ejercicio de la función pública, derechos civiles y políticos, ordenación territorial, urbanismo y vivienda, contratación administrativa, prestación y calidad de los servicios públicos, uso y disposición de bienes locales, tributos, presupuesto y medio ambiente.

Sin embargo, en la nueva legislación reguladora de la institución del Justicia de Aragón persisten las limitaciones para su independencia funcional. La magistratura es equiparada en sus atribuciones y procedimientos de elección al Defensor del Pueblo, lo cual se percibe desde el artículo 41.b de la Ley Orgánica 5/2007 de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

En el citado artículo se regula como función de las Cortes de Aragón “La elección, nombramiento y cese del Justicia de Aragón, conforme a lo establecido en la ley (...)”²³. Como ha sido afirmado, esto limita la independencia funcional del Justicia, haciendo que éste actúe considerando el criterio predominante del órgano que lo eligió y que además lo puede cesantear en el cargo.

²¹ *Ley Orgánica 5/2007 de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.*

²² En realidad Sugerencias, pues no son resoluciones en el sentido judicial del término, no presentan su estructura formal ni fuerza vinculante.

²³ *Ley Orgánica 5/2007 de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.*

Del artículo 59.1 de la Ley Orgánica 5/2007 se deduce la intención del legislador de asimilar o al menos equiparar las funciones del Justicia a las que la Constitución Política de la Monarquía Española atribuye al Defensor del Pueblo, pero en el caso del primero con una competencia territorial limitada a la Autonomía de Aragón.

Dicho artículo expresa textualmente “El Justicia de Aragón, sin perjuicio de la institución prevista en el artículo 54 de la Constitución y su coordinación con la misma, tiene como misiones específicas (...)”²⁴. El término “sin perjuicio” expresa una clara identidad de funciones, las cuales no se contraponen gracias a la diferencia de competencias por razón de territorio, atribuidas en el caso del Justicia al marco espacial de la Comunidad de Aragón; mientras que el artículo 54 de la Constitución regula la competencia del Defensor para el territorio de todo el Reino de España.

Otro elemento que muestra la intención del legislador de identificar la institución del Justicia Mayor de Aragón con la del Defensor del Pueblo de la Constitución Española lo evidencia el artículo 59.3 de la Ley Orgánica 5/2007. En esta normativa se reitera la subordinación del Justicia a las Cortes de Aragón, al establecer la rendición de cuenta de su gestión ante el máximo órgano legislativo de la Comunidad Autónoma. En igual sentido se expresa el artículo 54 de la Constitución Política de la Monarquía Española, en cuanto a tal obligación del Defensor del Pueblo ante las Cortes Generales.²⁵

Lo planteado muestra como se han degradado históricamente las facultades y garantías de independencia en la actuación de que gozaba el Justicia Mayor de Aragón desde sus orígenes, llegando a desaparecer del espectro institucional aragonés, para reaparecer transfigurado en un moderno Defensor del Pueblo; modernidad que sin embargo ha significado pérdida de atribuciones, y procedimientos de selección, remoción y rendición de cuentas que lo atan institucionalmente a la Cortes de la Comunidad Autónoma, que es por transitividad subordinarlo a los intereses de los grupos parlamentarios.

La institución del Justicia Mayor puede ser entendida como un antecedente histórico del actual Defensor del Pueblo, pero el contenido de sus funciones difiere sustancialmente, ya que el magistrado aragonés gozaba de mayores atribuciones para detener una actuación violatoria de la administración pública, incluso del propio Rey. En la actualidad, donde se busca una consolidación de procedimientos garantistas de derechos, el Justicia de Aragón, en su versión medieval y salvando las distancias epocales, se instituye como referente para la perfección de los actuales Ombudsman-Defensores del Pueblo.

²⁴ *Ibidem*

²⁵ Constitución de la Monarquía Española de 27 de diciembre de 1978.

Conclusiones

Puede concluirse que en la abordada institución del Justiciazgo Mayor de Aragón se percibe, salvando las distancias históricas, un paradigma de magistratura que integra de manera coherente los mecanismos de control de constitucionalidad y de defensa y garantía de los derechos individuales. En muchos aspectos el Justicia Mayor supera limitaciones de los modernos sistemas instituidos, como la judicialización excesiva

del control constitucional en el sistema difuso, la parcialización política en el sistema concentrado, y el efecto exclusivamente moral de los fallos de los Defensores del Pueblo, cuya autonomía es relativa en base a su sistema de nombramiento y destitución.

Bibliografía

1. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, José Julián (2008). Introducción al Sistema Jurídico de los Estados Unidos de América. San Juan: Escuela de Derecho Universidad de Puerto Rico. Disponible en: <http://www.juridicainteramericana.org>. [fecha de consulta: 23/12/2013]
2. Anuario Aragonés de Gobierno Local 2010.
3. CARPIO, E. (1999). “Un antecedente del Tribunal Constitucional. El juez constitucional. Una lectura heterodoxa de Sieyès”, EN: Revista Peruana de Derecho Constitucional, Lima, oct. de 1999, 1-2.
4. DE BLAS, Andrés y GARCÍA, Ramón (1986). Teoría del Estado y sistemas políticos. Madrid: Ed. UNED.
5. DELGADO, Yanelys y RODRÍGUEZ, Reinerio (2012). “Derechos morales de la personalidad. Vía de protección constitucional”, EN: Andry Matilla Correa y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). Escritos sobre derecho procesal constitucional. La Habana: Editora UniJuris, 411-420.
6. FERNÁNDEZ, Julio (2000). “Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy”, EN: Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (coords.). Temas de derecho constitucional cubano. La Habana: Editorial “Félix Varela”, 347- 362.
7. FIX-ZAMUDIO, Héctor (2002). Introducción al derecho procesal constitucional. México: Ed. Fundap.
8. GUTIÉRREZ, Gustavo (1938). Historia del Derecho Constitucional Cubano. La Habana: Cultural, S. A.
9. SAGÜÉS, Néstor Pedro (2004). Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina. En: Seminario de Derecho Procesal Constitucional (2004 octubre 25-27, Quito, Ecuador). Ponencias. Quito: Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional, 2004.
10. SAGÜÉS, Néstor Pedro (2007). Manual de derecho constitucional. Buenos Aires: Ed. Astrea.
11. VILLABELLA, Carlos M. (2002). Selección de Constituciones Iberoamericanas. La Habana: Editorial “Félix Varela”.

Legislación consultada

1. Constitución de la Monarquía Española de 27 de diciembre de 1978.
2. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial No. 5453, Caracas, 24/03/2000.
3. Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón.
4. Ley Orgánica 5/2007 de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN: REFLEXIONES ACERCA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA¹

María Soledad Manin²

I. Introducción

Los mecanismos de participación ciudadana constituyen modos en que la ciudadanía puede incidir directamente en el manejo de determinadas cuestiones públicas, con diferentes alcances. Este trabajo pretende abordar la participación ciudadana desde un plano filosófico, vinculado con su valor, y desde un plano institucional, analizando herramientas que la hacen factible. En particular, analizaremos el valor de la participación ciudadana a partir del principio democrático y, a partir de allí, abordaremos la Defensoría del Pueblo como modo de participación. Asimismo, analizaremos el acceso a la información como derecho que condiciona la posibilidad de participar y demostraremos que dicha institución es un canal institucional eficaz para garantizarlo.

La hipótesis de este trabajo es que la Defensoría del Pueblo, con su misión de control de la Administración Pública y defensa de los derechos humanos, es una herramienta de participación ciudadana, al permitir que los ciudadanos puedan incidir en la corrección, mejoramiento y formulación de políticas públicas.

En particular, analizaremos esta institución en tanto herramienta para garantizar el derecho de acceso a la información. Ello resulta de sustancial importancia para nuestro régimen político toda vez que, a nuestro entender, el acceso a la información es un derecho instrumental para la participación y, fundamentalmente, es condición necesaria para el sostenimiento de la democracia.

Para comenzar, este artículo realiza un análisis de los motivos por los cuales la participación ciudadana es valiosa; para ello, nos resulta indispensable volver la mirada hacia los fundamentos de la democracia. Entonces, llegamos al convencimiento de que los valores subyacentes a ambas son coincidentes, en tanto se nutren del consenso social como fuente de las decisiones de gobierno, partiendo de la base de igualdad entre los ciudadanos.

1 Este trabajo fue publicado por primera vez en Conceptos – año 90, número 494 (2015) Buenos Aires. Instituto de Investigaciones UMSA

2 Docente de la asignatura Elementos de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Facultad de Derecho (UBA). Profesora Adjunta de Derecho Administrativo en el Instituto Superior de Seguridad Pública.

Por su parte, planteamos que, debido a que resulta inviable un régimen de democracia directa en el marco de los enormes estados modernos, estamos en un inevitable escenario de democracia representativa. Sin embargo, haciéndonos eco de que desde lo filosófico se plantea la existencia de una “crisis de la representación política”, analizamos algunas de las críticas que se realizan a este régimen. Asimismo, reflexionamos acerca del valor de las herramientas de participación como paliativo frente a dicha crisis, en tanto constituyen herramientas que permiten que la ciudadanía decida directamente determinadas cuestiones, sin la intermediación de sus representantes.

Luego, estudiamos a la Defensoría del Pueblo, postulando que es una técnica de participación ciudadana, en tanto y en cuanto es un canal institucional por medio del cual la ciudadanía puede incidir en la formulación, corrección o eliminación de políticas públicas. Asimismo, analizamos las posibilidades de esta institución de facilitar el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía, reforzando los mecanismos previstos en el Decreto 1173/2003 ante las dificultades que se plantean en el goce de este derecho, a partir de una práctica administrativa reticente a brindar información en tiempo y forma, a la vez que nos permitiremos reflexionar acerca del por qué de dicha reticencia y de las cuestiones que subyacen al manejo de la información.

Para finalizar, reflexionamos acerca de las perspectivas y posibilidades de la participación ciudadana que, entendemos, constituyen un reflejo de las perspectivas y posibilidades de la democracia.

II. Democracia e igualdad: el punto de partida insoslayable para la participación

Sin perjuicio de que rara vez se cuestiona —al menos públicamente— el valor de la participación ciudadana, cabe detenernos a analizar los fundamentos por los cuales esta resulta valiosa para nuestro sistema político, y nos proponemos emprender esa aventura en los párrafos siguientes.

La definición de democracia es un punto de partida insoslayable, en tanto creemos que esta se nutre de los mismos valores que la participación ciudadana reivindica. Más aún, creemos que las técnicas de participación son modos de fortalecerla y ampliarla. En relación a la democracia entendida como “autogobierno del pueblo”, Przeworski sostiene:

[...] El sistema de toma de decisiones colectivas que mejor refleje las preferencias individuales y que deje a una gran cantidad de personas lo más libre que sea posible tiene que cumplir cuatro condiciones: cada uno de los participantes debe tener igual

influencia en las decisiones colectivas (igualdad), cada uno de los participantes debe tener alguna influencia efectiva en las decisiones colectivas (participación), las decisiones colectivas deben ser implementadas por los hombres elegidos para ello (representación), y el orden legal debe permitir la cooperación segura sin interferencias indebidas (libertad) (Przeworski 2010: 75).

En primer lugar, entendemos que el principio democrático es lo que da sustento a las técnicas de participación ciudadana, es su razón de ser. Al considerar que todos los ciudadanos están igualmente calificados para intervenir en las decisiones de interés público, este principio apunta a la ampliación de los espacios de decisión popular, y las técnicas de participación son instrumentos para poder lograrlo.

No existe quizá mejor ejemplo entre el principio democrático y el principio aristocrático que el célebre debate entre Sócrates y los sofistas en el diálogo Protágoras de Platón. Lo que está en discusión es si el hombre común, el trabajador, está calificado o no para gobernar o si, por el contrario, se trata de una tarea especializada que sólo un grupo reducido de personas –los filósofos— puede realizar.

Protágoras expone la racionalidad política de los muchos en contra de los pocos a través del mito de Prometeo:

(...) Zeus, movido de compasión y temiendo que la raza humana se viera exterminada, envió a Hermes con orden de dar a los hombres pudor y justicia, a fin de que construyeran ciudades y estrechasen lazos de una común amistad. Hermes, recibida esta orden preguntó a Zeus cómo debía dar a los hombres el pudor y la justicia y si los distribuiría como Epimeteo había distribuido las artes; porque he aquí cómo lo fueron éstas: el arte de la medicina, por ejemplo, fue atribuido a un solo hombre por una multitud de otros que no la conocen, y lo mismo sucede con todas las artes. ¿Bastará, pues, que yo distribuya el pudor y la justicia entre un pequeño número de personas, o las repartiré a todas, indistintamente? A todos, sin dudar, respondió Zeus; es preciso que todos sean partícipes, porque si se entregaran a un pequeño número, como se ha hecho en las demás artes, jamás habrá sociedades ni poblaciones (Platón 1998: 322).

Según Protágoras, la condición misma de existencia del Estado es una igual participación en la justicia y en el proceso de toma de decisiones, lo cual implica que todas las opiniones son igualmente calificadas; de lo contrario, no habría sociedad posible. Por su parte, el conocimiento que permite opinar sobre los asuntos del estado es universal, aunque no es innato porque se trata de una construcción social, todos los que viven en una comunidad civilizada están expuestos al proceso de aprendizaje de sus valores políticos y morales. Se trata de un mecanismo de transmisión intergeneracional que se aprende de manera práctica a través de la participación ciudadana, en el que los verdaderos maestros son las leyes. En este planteo, las normas morales son convenciones (y no verdades absolutas) generadas por el conocimiento colectivo que posee la comunidad (Castorina 2004: 75).

En el mismo sentido, sostengo que la igualdad es el principal fundamento de las técnicas de participación ciudadana, en tanto y en cuanto los aportes de todos los ciudadanos son igualmente valiosos y necesarios a la hora de formular políticas públicas: tanto los de los gobernantes como los de los ciudadanos “comunes”; evidentemente, los modos de intervenir y de construir la cosa pública serán diferentes atento las diferentes funciones que cada uno desempeña.

Tal como señala Przeworski, la igualdad no supone un deber de participar; en cambio sí requiere que (1) todos los miembros tengan efectivamente la misma oportunidad de participar y (2) si participan, sus preferencias tengan igual peso (Przeworski 2010: 121).

Coincidimos con Balbín en que en nuestros días es imprescindible construir un modelo de administración democrático que nos permita reforzar la representatividad y legitimidad del sistema político (2011: I-2068) Indudablemente, el convencional y el legislador han ponderado la importancia de los diferentes mecanismos de participación ciudadana en tanto éstos han sido reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Entre otras, la Ley N° 25.675 sobre el medio ambiente dice que “toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular y de alcance general. Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos para el ambiente”, y la Ley N° 70 de la CABA, que establece que “el presupuesto de la ciudad de Buenos Aires tiene carácter participativo, el cual se garantiza mediante la consulta a la población en el proceso de elaboración y seguimiento”.

Por su parte, el Poder Ejecutivo dictó en 2003 el Decreto 1172 sobre acceso a la información pública, que contiene varios anexos sobre diversos instrumentos de participación en el proceso de toma de decisiones estatales. Entre ellos: a) el reglamento general de audiencias públicas en el seno del Poder Ejecutivo, b) el reglamento general de publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo, c) el reglamento general de elaboración participativa de normas y d) el reglamento general de acceso a la información pública en el Poder Ejecutivo.

En este trabajo nos concentraremos en el acceso a la información pública, en su doble faz de prerequisite para la participación y de forma de participación en sí misma. Por ello, estudiaremos este derecho en el marco del citado Decreto sin dejar de observar, desde lo conceptual y desde la casuística que analizaremos, la necesidad de que se dicte una ley en la materia.

III. Las técnicas de participación como respuesta a la tan mentada crisis de la representación

Las técnicas de participación ciudadana son, a nuestro entender, una respuesta a la crisis de la representación política. A fin de poder aproximarnos a esta idea, necesitaremos retrotraernos a los orígenes de la democracia representativa.

La democracia representativa se instaló fuertemente en el mundo occidental a partir de fines del Siglo XVIII gracias a las llamadas *Revoluciones Burguesas*, pero especialmente a la Revolución Francesa (Hobsbawm 2012: 59). Sin embargo, ya en el Siglo XIX comenzaría a sufrir las primeras reacciones, encabezadas por movimientos políticos que predicaban la desigualdad como el *Romanticismo*, el *Darwinismo Social* y el *Neorromanticismo*. Este último es de particular importancia puesto que dentro de su doctrina se desarrollaron movimientos como el *Risorgimiento* que fue el caldo de cultivo del fascismo en Italia; y el *Völkisch* que terminó dando origen a la Alemania Nazi (Garaventa 2014: 3).

Durante la primera mitad del Siglo XX el mundo se dividió entre los Estados democráticos (representativos) por un lado y los totalitarios por el otro. Sin perjuicio del sistema político e institucional que éstos tuvieran, tanto los democráticos (representativos) como los totalitarios compartían algo en común: eran Estados poderosos con fuerte influencia en el comercio y la vida privada de las personas. Del lado del totalitarismo, ello se debía al fascismo. Sin embargo, del otro lado, se relacionaba con el Estado Elefantiásico que había creado el modelo económico keynesiano después de la crisis financiera de 1930.

Habermas afirma que las catastróficas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial mostraron al mundo hasta dónde podía llegar el poder destructivo del hombre y de lo que eran capaces este tipo de sistemas políticos, que habían desarrollado una industria al servicio de la muerte. Así es que el final de la guerra abrió paso a un nuevo paradigma político, la postnacionalidad (Habermas 1998: 92). Éste fue desarrollándose durante la segunda mitad del Siglo XX, pero logró su máximo esplendor recién a partir de la crisis del petróleo de 1973 con el establecimiento del Estado Posmoderno.

El Estado Posmoderno es todo lo contrario a aquel Estado Elefantiásico de la primera mitad del Siglo XX; en resumidas cuentas, se caracteriza por la erosión de los elementos intrínsecos que lo componen. Las nuevas tecnologías contribuyen a que se desdibuje el territorio, las constantes migraciones hacen que la población se torne inestable y el poder es sacudido por la atomización de las funciones del Estado, que se trasladan a órganos internacionales o internos de menor jerarquía

(Ortiz y Lescano Galardi 2006: 5). El objetivo de este nuevo sistema político es desconcentrar el poder estatal, quitar de la órbita de los gobiernos centrales la mayor cantidad de competencias posibles.

Sin embargo, la cuestión no se queda allí, ya que con el avenimiento del neoliberalismo se comenzaron a desarrollar nuevos mecanismos institucionales de control gubernamental que fueron denominados bajo el concepto general de accountability. La doctrina económica neoliberal provocó mundialmente un reparto desigualitario de la riqueza y una impresionante polarización económica. La teoría del derrame, que consistía en hacer más ricos a los ricos, para que esta riqueza se “derramara” hacia los demás, sólo logró concentrarla en las grandes corporaciones multinacionales y hacer más pobre a la ciudadanía. Debido a ello, es que comenzaron a multiplicarse las denuncias de corrupción dentro del ámbito público y el desarrollo de la noción de accountability se convierte en la principal propuesta de los partidos políticos para captar votos. Ahora bien, las crisis económicas neoliberales que comenzaron a generarse a fines de la década de 1990 y que siguen provocando efectos en la actualidad llevaron al control político a una nueva frontera. Movimientos como los “caceroleros” en la Argentina de 2002, o los “indignados” en la España de 2010 comenzaron a exigir cambios en las instituciones públicas y en la forma en la que se gobierna. Podemos decir que, desde su origen, el Estado Posmoderno ha puesto en crisis al sistema democrático representativo.

En este contexto, podemos decir que los diferentes modos de participación se insertan en el marco de la “crisis de la representación política”, al resultar un modo de canalizar el descontento de la ciudadanía hacia sus representantes, permitiéndoles intervenir de modo directo en el manejo de determinadas cuestiones de interés público (Abal Medina y Eberhardt 2009: 290).

Vale la pena detenerse, en este punto, para repasar algunas de las principales críticas a la representación política.

Rousseau sostenía que la libertad solo puede ser garantizada por la conformación de un poder legislativo soberano ejercido directamente por la asamblea de todos los ciudadanos, expresión de la voluntad general (Rousseau 2005: 62-63). Según este autor, la tarea del gobierno debe quedar subsumida a la aplicación de las leyes dictadas por esta, y se encuentra subordinado a la voluntad general (Rousseau, 2005: 106).

El rechazo rousseauneano a la representación de la voluntad radicaba en que todo órgano intermedio que pretendiera asumir la representación del pueblo soberano sólo se estaría expresando en interés de su grupo reducido. Por lo tanto,

la idea misma de la representación es contraria a la libertad. En su concepto de libertad, entendida como autonomía, sostenía que en el instante en que un pueblo se da representantes, ya no es libre. Su modelo de gobierno apuntaba a una homogeneidad asentada en una similitud material de condiciones y fortunas, opuesta a la moderna representación de intereses sectoriales en el Parlamento. Sin embargo, este autor no era proclive a la democracia como forma de gobierno, entendiendo que una aristocracia debía ejercer el gobierno en beneficio de todos (Abal Medina y Eberhardt, 2009 291-294).

O'Donnell va más allá en su concepto de democracia delegativa, entendiendo por tal a aquel sistema que reproduce, por medio de elecciones limpias, a una mayoría que autoriza a alguien a convertirse, por cierto número de años, en la exclusiva corporación e intérprete de los más altos intereses de la sociedad que lo elige (O'Donnell, 1997: 257-265).

Este autor, al referirse a ciertos países de América Latina en particular, sostiene que los políticos y las sociedades sienten un fuerte escepticismo sobre las instituciones democráticas; se consideran democráticos en tanto los gobernantes son electos en comicios libres y razonablemente limpios, manteniendo ciertas libertades políticas. Sin embargo, entienden que dicha elección autoriza a los gobernantes a actuar como les parece, conciben la democracia en términos hiperpresidencialistas y perciben cualquier sistema de control como meros obstáculos para el gobierno (O'Donnell, 2010: 225-226).

Sin perjuicio de lo expuesto, coincidimos con Abal Medina y Eberhardt en que “no parece posible en la actualidad recrear alguna especie de organización de Estado al estilo antiguo directo de las democracias, sino que nos encontramos inmersos en un ineludible escenario representativo, dadas las enormes dimensiones de los modernos Estados, así como la complejidad, homogeneidad, individualismo y apatía política creciente de los ciudadanos y sociedades” (Abal Medina y Eberhardt 2010: 294).

El porqué de esta apatía e individualismo es un tema que nos desvela; sin embargo, excede el marco en que se plantea este trabajo analizar las razones que los provocan. Intuitivamente, sólo atinamos a decir que, al intentar justificarlo, muchas veces nos encontramos frente al dilema de qué fue primero: si el huevo o la gallina. Sí, como muchos creen, la apatía y el individualismo son el fruto de la corrupción y de una clase política incapaz, o viceversa.

En lo personal, creemos que la apatía, el individualismo y la falta de participación y control ciudadanos son el caldo de cultivo de una clase gobernante

negligente y, en el peor de los casos, corrupta. En igual sentido, los modos de participación constituyen paliativos frente al alejamiento de la ciudadanía de los políticos y de los gobernantes, a través de los cuales se trata de incorporar y fortalecer instancias de manifestación directa del pueblo.

Esta misma lógica es la que guía la actuación de los órganos de control, al intentar combatir los casos de corrupción o negligencia en el manejo de fondos públicos y en la actuación administrativa en general, con el fin de reconciliar a la desencantada ciudadanía con los gobiernos. Seguidamente, desde una visión amplia de la participación ciudadana, nos referiremos a la Defensoría del Pueblo como herramienta para ampliarla, para luego abordar el acceso a la información pública en una visión que entrelaza ambos institutos.

IV. La Defensoría del Pueblo como herramienta para la participación ciudadana

En primer lugar, nos referiremos brevemente a la Defensoría del Pueblo de la Nación. Se trata de una institución creada por la Ley N° 24.284 (sancionada en 1993) en la órbita del Poder Legislativo Nacional y dotada de autonomía funcional. En el marco de dicha norma, su función se limitaba a intervenir frente a irregularidades o disfuncionalidades cometidas por la Administración Pública Nacional, quedando comprendidas bajo la órbita de su control la administración central, la descentralizada, las sociedades con participación estatal y las prestatarias de servicios públicos, aun las privatizadas. En 1994, la figura fue incorporada en el artículo 86 de la Constitución reformada ampliándose su misión, al incorporar la defensa y protección de los derechos humanos y la legitimación procesal³, como herramienta para tal fin.

Por lo tanto, en la institución actual se fusionaron la función de control, tal como fue concebido en la Ley de creación, sancionada con anterioridad a la reforma constitucional e inspirada en el Ombudsman de origen sueco (Maiorano 1999: I-150) con la misión de defensa y protección de los derechos humanos, inspirada en el Defensor del Pueblo español (Maiorano 1999: I-67).

En este punto, queremos explicar por qué consideramos que el Defensor podría considerarse una técnica de participación ciudadana. Para ello, debemos adentrarnos un poco más en la tarea que lleva adelante la institución.

³ Cabe señalar que los tribunales han sido remisos en la interpretación de dicha norma, adoptando posturas que comenzaron siendo muy restrictivas y se fueron flexibilizando, aunque aún no se ha logrado el reconocimiento pleno de la amplia legitimación que brinda el artículo 86 de la Constitución Nacional que, al respecto, se limita a expresar que el Defensor “tiene legitimación procesal” (Bugallo Olano 2011).

Las investigaciones que lleva a cabo la Defensoría pueden iniciarse de oficio o a instancia de los reclamos de los particulares (tanto individuales como a través de grupos de vecinos, asociaciones barriales y ONG), funcionarios provinciales o municipales, entre otros. Éstas se refieren, en términos generales, a las actuaciones irregulares, negligentes o gravemente inconvenientes de los diferentes órganos de la administración o las empresas concesionarias de servicios públicos, así como también a las violaciones de los derechos humanos, cometidas por acción u omisión (Art. 86 CN y Art. 14, Ley cit.). Verificada la irregularidad en la situación denunciada, si ésta persiste⁴, el Defensor puede formular recomendaciones, exhortaciones o recordatorios de los deberes de funcionario público, proponiendo una reforma, eliminación o mejora en una actuación particular de la Administración, o bien en un mecanismo o modo de desempeño que se repite en el tiempo (conf. Art. 28, Ley cit.).

En este sentido, sin perjuicio de que el Defensor del Pueblo no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas, puede proponer la modificación de los criterios utilizados para su producción. Además, si como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, puede proponer al Poder Legislativo o a la administración pública la modificación de la misma (Art. 27, Ley cit.). Finalmente, en los casos en que se ha constatado la vulneración a derechos colectivos, el Defensor puede accionar judicialmente.

Estamos, por tanto, frente a un organismo que, pese a no contar con poder coercitivo propio, tiene capacidad de incidir en las políticas públicas, que se nutre de las denuncias, reclamos y presentaciones de la ciudadanía. Las actuaciones en su ámbito propio se llevan a cabo tanto a nivel individual como a nivel colectivo; sin embargo, en el ámbito judicial sólo está legitimado para actuar en representación de derechos colectivos. En este sentido, el artículo 43 de la Constitución Nacional —referido al medio ambiente y a los usuarios y consumidores, entre otros derechos de incidencia colectiva— y el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240) otorgan legitimación a la Defensoría para promover acciones judiciales en representación de estos derechos⁵. Asimismo, toda vez que los órganos de control que se encuentran comprendidos en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional se encuentran bajo su órbita de competencia —incluidos los entes reguladores— cabe la posibilidad de requerir informes acerca de las tareas propias de dichos entes, lo que permite actuar coordinadamente y, en muchos casos, activar los mecanismos

4 Hago esta salvedad porque, en muchos casos, el problema denunciado se resuelve en la instancia del trámite de la actuación, a través de la formulación de pedidos de informe o gestiones informales.

5 La cuestión de la legitimación procesal de la Defensoría es una materia sobre la cual hay mucho por decir, y excedería el marco de este trabajo desarrollarlas.

coercitivos con que éstos cuentan. Ello ocurre en muchos reclamos por la irregular prestación de los servicios públicos, en los que a través del reclamo ante la Defensoría se inicia una investigación que comprende lo actuado por la prestataria como así también por el ente regulador, respecto de los reclamos que hubiere formulado el usuario.

Entonces, la Defensoría puede, a través de las actuaciones llevadas a cabo en el marco de sus competencias específicas o en la vía judicial, incidir en la formulación, corrección o eliminación de políticas públicas. Cuanto mayor sea la participación de la ciudadanía por medio de denuncias y reclamos, más crecerá la institución con posibilidades de canalizarla en un marco administrativo o judicial.

Maiorano, en torno al “ombudsman como instrumento de participación ciudadana” sostiene que

Uno de los mecanismos o procedimientos que afirma las bases sociales y políticas de la democracia y que permite un ejercicio activo de las facultades cívicas lo constituye la “participación” ciudadana en todo aquello que apunte precisamente al sentido opuesto de la indiferencia, del conformismo complaciente, que tanto carcome a las sociedades. Para ello es necesario a incitar a toda la sociedad a compartir los riesgos del ejercicio pleno de la democracia. Y aquí el Ombudsman se muestra como un canal formalmente institucionalizado para asociar a los administrados en la gestión de los cometidos que los benefician o perjudican (Maiorano 1999: I-13/14).

Me permito avanzar un poco más en estas reflexiones. Quienes acuden a esta institución pueden reclamar por los perjuicios que una ineficaz o irregular actuación administrativa les ocasiona, y no sólo lograr una solución a su caso particular, sino, en muchos casos, lograr la corrección de un sistema que afecta a muchas personas. Entonces, canalizar los reclamos por esta vía permite a los ciudadanos participar e incidir en cuestiones de interés público.

Cabe señalar que la Defensoría no tiene, según entiendo, un rol neutral, sino que se posiciona decididamente del lado de los particulares interesados; por ello se admiten todo tipo de aportes y presentaciones por parte de éstos, incluso informales, que coadyuven a una más eficiente resolución del inconveniente que originó el reclamo; los espacios de participación y colaboración son múltiples y mutuamente enriquecedores. Sin perjuicio de ello, entre las diversas posibilidades de intervención, en muchos casos resulta eficaz adoptar un rol de mediador que acerca a las partes en conflicto. Esto ocurre, por ejemplo, en los reclamos contra bancos o compañías de telefonía celular que, en muchos casos, acercan propuestas conciliatorias o comerciales a la Defensoría para transmitir las a los interesados.

Al analizar diferentes mecanismos de participación ciudadana en la provincia de Buenos Aires, Cavallero, Muda y Ghezzi incluyen a la Defensoría del Pueblo, sosteniendo que:

[l]a importancia de este instituto está íntimamente vinculada con el control y la participación de los ciudadanos, dado que brinda la posibilidad de canalizar sus quejas contra la administración. Como herramienta de control, constituye una defensa idónea para el administrado a fin de sancionar las ilegalidades o los excesos del poder de la autoridad pública; y como herramienta de participación, facilita un canal más activo de defensa de sus derechos e intereses (Caballero, Muda y Ghezzi, 2009: 133).

Un importante aporte en el sentido de la participación activa de la ciudadanía para resolver problemas colectivos es realizado por asociaciones de vecinos, ONG o ciudadanos nucleados en diferentes formas asociativas que plantean sus inquietudes o propuestas vinculadas con la protección de los derechos humanos, a través de una institución pública que cuenta con los recursos necesarios para canalizarla adecuadamente.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo)” admitió la participación del Defensor del Pueblo de la Nación como tercero interesado y le asignó la coordinación de la participación ciudadana mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que intervienen los representantes de las organizaciones no gubernamentales que actúan en dicha causa como terceros interesados⁶.

Entre los diversos reclamos que se reciben en la Defensoría, existe un número importante de casos que se vinculan a la falta de acceso a la información o con las enormes dificultades que se suscitan al particular para obtenerla en el marco de la burocrática Administración Pública.

En este punto, se conectan los dos temas que queremos desarrollar a continuación, que es el acceso a la información y la Defensoría del Pueblo como nexo entre el particular y la Administración en relación a la defensa y promoción de este derecho.

V. El acceso a la información y sus restricciones. Herramientas con las que cuenta la Defensoría del Pueblo a la hora de garantizar el goce de este derecho

Como señala O'Donnell, la disponibilidad de información libre, pluralista y

⁶ CSJN, Fallos 326:4931.

no monopolizada o censurada es condición necesaria para la existencia de un régimen democrático; no es un derecho individual, sino un hecho social, independiente de la voluntad de los individuos que pueden querer o no usarla. Por otro lado, el derecho

de acceso a la información es la contracara de la moneda —social, colectiva— de las libertades de expresión y asociación; los aspectos individuales y sociales de ambos tipos de libertades y derechos se implican y se generan unos a otros (O'Donnell 2010: 232).

Sin embargo, el manejo de la información y de la ignorancia es una de las más importantes fuentes de poder. Vale la pena reproducir a Innerarity cuando afirma:

Cuando hablamos de políticas del saber nos referimos fundamentalmente a dos cosas: el gobierno del saber y al saber del gobierno, a cómo se gobierna el saber de la sociedad y a cómo es el saber con el que se gobierna la sociedad. En torno a estos dos ejes se plantean una serie de cuestiones que tienen una gran importancia en una sociedad democrática, que no está hecha únicamente de decisiones legítimas sino también de saber adecuado. La democratización se refiere a la producción del saber, la disponibilidad del saber, el acceso a los expertos o el saber en virtud del cual se gobierna. La democracia del conocimiento exige, por ejemplo, examinar cómo se distribuye el saber en las sociedades, cómo surgen a partir de él la autoridad o el crecimiento económico, qué influencia tiene el saber sobre las relaciones de poder (Innerarity 2011: 98).

Resulta necesario entonces abordar esta problemática como una cuestión propia del ejercicio del poder pero, al examinarla desde la óptica de los derechos humanos, desarrollar herramientas que permitan controlarla.

En los términos de los fundamentos del Decreto N° 1172/03, el acceso a la información es un “prerrequisito de la participación” y la finalidad de la norma es “permitir y promover una efectiva participación ciudadana” (Art. 4°). Sin embargo, conforme la definición que brinda el anexo en el que se regula el ejercicio de este derecho: “Constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo 2°” (Art. 3°).

Es decir, conforme a esta norma, se trata tanto de una forma de participación en sí misma como de una condición necesaria para la participación ciudadana. Como ya anticipamos, creemos que el acceso a la información es un derecho instrumental de otros canales de participación: mal puede intervenir en aquello que se desconoce. Aún más, la falta de acceso a la información no solo constituye, por sí misma, una vulneración de derechos, sino que impide la consecución de otros derechos. Por caso, de nada serviría la posibilidad de intervenir en una audiencia

pública cuando se deniega o restringe el acceso a la información vinculada con los hechos que generaron su celebración. De igual modo, la posibilidad de conocer los criterios de evaluación para el otorgamiento de becas por parte del Estado permitirá a los ciudadanos verificar si se produjeron arbitrariedades o si la decisión se debió a la aplicación de criterios discriminatorios.

Indudablemente, en el marco del Decreto citado, el ciudadano podría por sí, y sin expresión de causa, obtener la información pública solicitada dentro del plazo de diez días hábiles, prorrogables por acto fundado cuando la complejidad del asunto lo requiera (Arts. 11 y 12), ello no suele ser tarea fácil, y la espera pueda extenderse en el tiempo.

A su vez, no se contemplan herramientas especiales frente al silencio, sino que se reproducen las normas del Decreto-Ley 19.549 relativas al remedio judicial del amparo por mora (Art. 28 de dicha norma).

Por su parte, la jerarquía infralegal de la norma excluye o demora, en muchos casos, el efectivo goce del derecho, cuando ésta resulta contrapuesta a leyes más restrictivas como, a nivel nacional, la Ley de Protección de Datos Personales (N° 25.326), que requiere, conforme su artículo 11, la acreditación de un interés legítimo y el previo consentimiento del titular de los datos. Tal fue el fundamento del que se valió la Administración Pública para denegar el acceso a la información solicitada en las causas que dieron origen a los fallos: “CIPPEC c/ EN - Ministerio de Desarrollo Social Dec. 1172/03 s/amparo Ley 16986” CSJN, 26/03/2014 y “Fitz Patrick, Mariel, c. E.N. s/amparo” (Cámara en lo Contencioso administrativo Federal, Sala V, 3/10/2013) que resultaron favorables a las actoras.

Los argumentos vertidos, en lo que aquí interesa, llevaron a la Corte, en la primera de las causas aludidas, a sostener que una interpretación armónica de las disposiciones en materia de datos personales y de acceso a la información lleva a afirmar que la disposición del Art. 11 de la Ley 25.326, en cuanto subordina la cesión de esos datos a la existencia de un interés legítimo, no alcanza a aquellos supuestos relativos a información personal que forma parte de la gestión pública. Sostuvo que no puede admitirse la negativa fundada en la necesidad de resguardar la privacidad de los beneficiarios ya que esta mera referencia, cuando no se vincula con datos personales sensibles cuya divulgación está vedada, desatiende el interés público que fundamenta la solicitud de información; en este caso, el control del modo en que los funcionarios ejecutan una política social. Finalmente, sostuvo que ese rechazo, en consecuencia, atenta inválidamente contra los valores democráticos que informan el derecho de la actora de acceder a la información de interés público y, por último, urgió el dictado de una ley nacional de acceso a la información pública.

Vale la pena destinar algunos párrafos a la última sentencia de la Corte Suprema vinculada al ejercicio de este derecho⁷ que realiza una mención de la doctrina vigente de la Corte en materia de la legitimación necesaria para solicitar

información, así como de la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de los alcances de este derecho en el paradigmático caso “Claude Reyes y otros vs. Chile” (19/9/2006).

En este caso, Carlos A. Oehler, legislador provincial y presidente de la Comisión de Turismo, Transporte y Comunicaciones de la Cámara de Diputados de Jujuy, promovió una acción de amparo con el fin de que el Secretario de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy le informara si se había constituido el Consejo Provincial de Turismo y el Comité Interinstitucional de Facilitación Turística y le remitiera determinada información al respecto.

La corte provincial, para desestimar el recurso de inconstitucionalidad, expresó que el actor había iniciado la demanda en su carácter de legislador, lo que era inadmisibile por cuanto sólo dicha cámara tenía atribuciones para formular tal requerimiento en la forma prevista en el Art. 117 de la Constitución provincial. Por otro lado, señaló que la alegada condición de ciudadano tampoco lo autorizaba a demandar, pues no había demostrado la existencia de un derecho subjetivo o colectivo, o de un interés directo o difuso.

Resulta llamativo que el tribunal superior de la provincia no tomó en consideración la jurisprudencia de la Corte y de la CIDH en la materia al desestimar el recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora. En este sentido, indicó que la vía para solicitar información no era la idónea puesto que el actor se presentó en su carácter de legislador, y que, en tal carácter, contaba con facultades propias otorgadas por la Constitución Provincial para requerir informes.

Según afirma la Corte, la interpretación realizada por el tribunal superior provincial del Art. 10 de la Ley 4444 coloca a dicha previsión en pugna con el derecho de toda persona a solicitar acceso a la información bajo el control del Estado en los términos del Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con el carácter de ciudadano —además de legislador— invocado por el actor.

En efecto, con cita de la causa “Asociación Derechos Civiles c/ EN — PAMI— (dto. 1172/03) s/ amparo Ley 16.986” (4/12/2012) la Corte destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desprendido del derecho a la

7 “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Oehler, Carlos A. c/ Secretaria de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado Provincial s/ recurso de inconstitucionalidad” 21/10/2014.

libertad de pensamiento y de expresión consagrado en dicha Convención, el derecho al acceso a la información. Asimismo, se refirió a la paradigmática sentencia en la materia dictada por dicha Corte en el caso “Claude Reyes”.

En dicho pronunciamiento, la Corte Interamericana sostuvo “que el Art. 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, el artículo mencionado ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. La Corte Interamericana entendió que el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan.

Si bien existe la posibilidad de acceso a la justicia, como nos demostraron los fallos citados, y la violación de un derecho con jerarquía constitucional como es el de acceso a la información⁸ resultaría el fundamento idóneo para intentar la vía del amparo (conf. Art. 43 CN y Ley N° 16.986) ello enfrentará al ciudadano, en muchos casos, con la necesidad de afrontar los gastos que la vía judicial requiere. En este contexto, podemos enmarcar a las competencias de la Defensoría del Pueblo que me interesa desarrollar en este punto.

En el marco de sus investigaciones, los órganos y entes bajo el control de la Defensoría tienen una obligación de colaboración que abarca la remisión de informes en el plazo máximo de treinta días hábiles administrativos, tomar vista de expedientes, realizar inspecciones, entre otras medidas, en virtud de lo establecido en los artículos 24 de la Ley N° 24.284. Por su parte, según expresa el artículo siguiente, quien incumple con este deber, incurre en el delito de desobediencia que prevé el artículo 239 del Código Penal y el Defensor del Pueblo debe dar traslado de los antecedentes respectivos al Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de las acciones pertinentes. Por último, el Defensor puede requerir la intervención de la justicia para obtener la revisión de la documentación que le hubiera sido negada.

⁸ Ello es así porque conforme el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos —que consagran este derecho en sus artículos 19, 13 y 19, respectivamente— gozan de jerarquía constitucional.

Por lo tanto, recurriendo de manera gratuita a la Defensoría, los particulares pueden obtener la información que necesiten dentro de un plazo acotado. Ello puede darse en el marco de un reclamo cuyo objeto sea la resolución de un problema (por ejemplo, la excesiva demora en la entrega de documentación personal) o bien dentro de un planteo cuyo principal objetivo sea el acceso a la información.

En el primero de los supuestos mencionados, la información se obtiene en el trámite de la queja, al cursar la Defensoría requisitorias vinculadas con problemas concretos o reclamos no resueltos y que, en todos los casos, se pone en conocimiento del interesado.

El segundo supuesto se produce cuando el interesado inicia una queja por la falta de acceso a la información, o por la insuficiencia de la información brindada, y se trasladan los puntos requeridos al órgano en cuestión a fin de que brinde una respuesta adecuada.

VI. Reflexiones finales

Las técnicas de participación brindarán aportes importantes a la sociedad en tanto y en cuanto estemos convencidos del valor de la democracia. Esto es así porque, como dijimos, se nutren de un mismo fundamento.

Para Protágoras, al cual ya citamos, la democracia es la forma de polis más viable y estable ya que sus normas representan la expresión más directa de la sabiduría colectiva, la forma que más se aproxima al consenso social. Por el contrario, en Sócrates y Platón, el aprendizaje y el conocimiento político son sustituidos por una concepción más elevada de virtud como conocimiento filosófico, el acceso privilegiado a verdades universales y absolutas (Castorina 2004: 76).

En esta línea, nos parece interesante el aporte de Nino al referirse a la democracia deliberativa, como un sistema político en el que priman las decisiones de las mayorías y minorías del sistema democrático, representadas en el Parlamento, puesto que éstas gozan de un valor epistémico intrínseco al modo en que se alcanzan. Al respecto, indica que:

La capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias (Nino 2003: 180).

En este marco, sostenemos que las técnicas de participación son herramientas —perfectibles, pero valiosas— para acercarse a este ideal del consenso social, que es la democracia. Sin embargo, resulta imperioso que el Estado garantice la igualdad en el acceso al conocimiento de los mecanismos que hacen posible la participación, lo que en definitiva condicionará la posibilidad de participar y, fundamentalmente, de exigir que los frutos de dicha participación sean tenidos en cuenta en la formulación, corrección o eliminación de determinadas políticas públicas.

Del mismo modo, el rol de la Defensoría del Pueblo es muy importante al permitir la participación y el control ciudadanos en las decisiones de interés público. En particular, puede constituirse en un aliado institucional de la ciudadanía en el acceso a la información pública que, como vimos, además de ser un derecho es la condición necesaria para poder participar y para el goce de otros derechos.

En este sentido, adhiero a la aguda crítica de Przeworski:

Estoy cansado del lenguaje de los derechos: una oportunidad efectivamente igual implica no solo derechos sino también condiciones materiales e intelectuales mínimas ‘salario decente y lectura’. E incluso si todos tienen esas condiciones mínimas, es posible que las condiciones individuales sean desiguales. Por lo tanto, para que la influencia política sea idéntica en una sociedad desigual, es necesario que la desigualdad de condiciones no pueda transformarse en desigualdad de influencia” (Przeworski 2010: 121).

Siguiendo a Pasquino, creemos que la democracia es un régimen exigente, que exige un esfuerzo constante y prolongado en el tiempo por partes de gobernantes y gobernados para sostenerse. En torno a la democracia como educación, este autor sostiene que hay una crítica a la democracia que afirma la imprescindible necesidad de que la democracia no se detenga en las técnicas para escoger a los gobernantes y para producir las decisiones, sino que recuerde que es su tarea permitir la más amplia realización de las potencialidades de cada individuo, de todos los ciudadanos. Esta crítica da cuenta de que, justamente por sus fundamentos estructurales, la democracia tiene necesidad de las energías de los ciudadanos y está en condiciones de solicitarlas a fin de que los ciudadanos se vuelvan, mediante la instrucción y el diálogo democrático, aquello que desean, dando su contribución específica al funcionamiento del régimen democrático. Es especialmente por este punto de vista que la democracia se muestra como un régimen muy exigente. Es exigente con los ciudadanos, de quien requiere una participación consistente, informada, influyente. No requiere, como temen los exponentes de la teoría elitista de la democracia, explosiones de participación, que podrían ser manipuladas por líderes populistas y antidemocráticos, sino un interés sostenido en el curso del tiempo, acompañado por aquella información que educa a los ciudadanos y hace de ellos participantes conscientes (Pasquino 1999: 111/112).

Cuando nos referimos a la democracia, debemos tener siempre presente que se trata de un sistema dinámico, en constante evolución, y que los esfuerzos que nos exige son prolongados y cambiantes. En este sentido, es crucial el rol del Estado para brindar educación en derechos—lo que, por supuesto, incluye las diferentes técnicas de participación y control ciudadanos— para poder sostener de manera colectiva este proyecto, lo cual será posible con el esfuerzo de todos. De ello dependerá la efectividad de los canales de participación que analizamos en este trabajo: la Defensoría del Pueblo y el acceso a la información pública.

En el mismo sentido, la Defensoría del Pueblo podrá erigirse en un importante portavoz de la ciudadanía frente a los abusos de la Administración Pública en tanto y en cuanto se revaloricen las instituciones democráticas, y los ciudadanos confíen en el control que ellos mismos pueden realizar y en los aportes a las políticas públicas que se pueden canalizar a través de esta institución.

Pese a las dificultades y contratiempos que surgen para poder sostener la democracia, estamos convencidos de que vale la pena revalorizarla y resignificarla, día a día.

Bibliografía

- Abal Medina, J. M. y M. L. Eberhardt, “Participación política directa en las democracias representativas contemporáneas: los mecanismos de participación ciudadana como canales semidirectos de expresión de la población”, Abal Medina, J. M. (comp.), *Participación y control ciudadanos: El funcionamiento de los mecanismos institucionales electorales y societales de accountability en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 1ra. ed., 2009.
- Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1ra. ed., 2011.
- Bugallo Olano, D., *Legitimación anómala o extraordinaria. Defensor del Pueblo. Asociaciones de Usuarios y Consumidores. Derechos colectivos. El caso “Halabi”*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ra. ed., 2011.
- Caballero, V., M. J. Muda y M. L. Ghezzi, “Herramientas de participación y control. Consensos y descensos en la agenda legislativa bonaerense”, Abal Medina, J. M. (comp.), *Participación y control ciudadanos: El funcionamiento de los mecanismos institucionales electorales y societales de accountability en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 1ra. ed., 2009.
- Garaventa, C., “Repensando la Teoría del Estado: Una mirada desde la integración europea”, *Diario La Ley. Suplemento Actualidad del 9 de diciembre de 2014*, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- Castorina, E., “Lo político vs. la política. Una revisión ideológica de los fundamentos de la cultura política occidental”, García Raggio, A. M. et al., *La Política en conflicto. Reflexiones en torno a la vida pública y la ciudadanía*, Buenos Aires, Prometeo, 1ra. ed. 2004.
- Habermas, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 2da. ed., 1998.
- Hobsbawm, E., *La era de la revolución (1789-1848), La era del capital (1848-1875), La era del imperio (1875-1914)*, Buenos Aires, Crítica, 1ra. ed., 2012.

- Innerarity, D., *La democracia del conocimiento*, Madrid, Paidós, 1ra. ed. 2011.
- Maiorano, J., *El ombudsman. Defensor del Pueblo y de las Instituciones Republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 2da. ed., 1999.
- Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1ra. ed., 2003.
- O'Donnell, G., *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1ra. ed., 1997.
- , *Democracia, agencia y estado. Teoría con intención comparativa*, Buenos Aires, Prometeo, 1ra. ed., 2010.
- Ortiz, T. y V. Lescano Galardi (2006), “¿Hacia un Estado posmoderno? Transformación e identidad”, Ortiz, T. y Pardo, M. L. (coords.), *Estado posmoderno y globalización*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1ra. ed., 2006.
- Pasquino, G., *La democracia exigente*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1ra. ed., 1999.
- Platón, *Diálogos*, México, Porrúa, 1ra. ed., 1998.
- Przeworski, A., *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1ra. ed., 2010.
- Rousseau, J. J., *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 1ra. ed., 2005.

Defensor del Turista

José F. Palmiotti¹

Dentro del catálogo de las defensorías del pueblo especializadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se instituyó a partir del año 2004 la llamada «Defensoría del Turista». Esta institución reúne las condiciones como para ser considerada una defensoría del pueblo toda vez que es independiente del poder político y goza de autonomía administrativa y su misión es la de proteger derechos. Su titular es elegido por la legislatura con una mayoría calificada y está ubicada orgánicamente como una adjuntía de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si bien la protección de los derechos humanos de todas las personas que residan o estén transitoriamente en Buenos Aires compete a la Defensoría del Pueblo, y ésta, ha sido indudablemente una de las más significativas constataciones de la importancia y necesidad del instituto, la enorme cantidad de visitantes del interior y del exterior que recibe a diario Buenos Aires, plantea una cantidad de problemas específicos que hace sentir a las personas que los sufren, una fuerte sensación de desprotección. Por esas razones, a la que se suman la singularidad de las respuestas que demanda, el segmento de la población eventualmente afectada, es que se ha creado esta defensoría especializada.

La Defensoría del Turista tiene un importante nivel de competencias. Se ocupa de la defensa de todas aquellas personas sin distinción de nacionalidad que por alguna razón arriban transitoriamente a la Ciudad de Buenos Aires. Es innecesario consignar la variedad de dificultades que se le puede presentar a una persona que arriba a un lugar que no es el de su habitual residencia. Se plantea como un arco que abarca desde problemas de salud, de pérdida de documentos, de ser objeto de un hecho de inseguridad, de la tentativa de ser una víctima de trata de personas o de cualquier otro abuso sexual, de fraudes, de extravíos, de incumplimientos de contratos de servicios, etc. Es decir no se trata de una exclusiva y excluyente protección al turista entendido como aquél que viaja por una razón placentera (aunque también él puede ser objeto de la atención), sino de todos aquellos viajeros que pasen por Buenos Aires y que, eventualmente puedan necesitar protección. Como reflexionaba Unamuno se «. . . viaja por pasión, por alegría o por tristeza, para recordar o para olvidar. . .».

¹ Defensor del Turista. Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Director Coordinador de Relaciones Interinstitucionales con las Defensorías del Pueblo del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo (ILO)

Habitualmente es la misma Administración de la ciudad o del país la que se ocupa de prestar estos servicios, pero lo hace bajo la contradicción de que las posibles violaciones a los derechos de las personas que arriban a las terminales ferroviarias, de ómnibus, fluviales o aéreas suelen responder a propios actos de esa Administración. No es descubrimiento si afirmamos que los actos discriminatorios son una de las más comunes violaciones a los derechos humanos que se hacen contra un extranjero, sobre todo si revela una situación de cierta vulnerabilidad. Muchas veces el extranjero, o el que no es del lugar, vale decir «el otro», acepta resignadamente esos actos. Según Elías Canetti «Cuando uno viaja lo acepta todo, la indignación queda en casa».

Los organismos administrativos y la misma policía se han mostrado la mayor parte de las veces ineficaces al momento de atender requerimientos de los viajeros y por actos u omisiones, han debido intervenir las defensorías del pueblo en los pocos casos en que, por desconocimiento, llega una denuncia de esta naturaleza.

De todos modos, la Defensoría del Turista no puede omitir que el turismo a pesar de los importantes beneficios que implica, también puede ocasionar efectos negativos para las comunidades locales, como es por caso prostitución infantil, el tráfico de drogas y la afectación del medio ambiente. Como lo ha establecido la Organización Mundial del Turismo (OMT), los agentes del desarrollo turístico y los propios turistas deberán prestar atención a las tradiciones y prácticas sociales, religiosas y culturales de todos los pueblos, incluso a las de las minorías nacionales y de las poblaciones autóctonas. En ese sentido la OMT ha condenado enfáticamente la explotación de la persona en todas sus formas, sobre todo sexuales; destaca que la política turística debe beneficiar a las comunidades locales, contribuir a preservar y a embellecer el patrimonio, y permitir el florecimiento de las tradiciones. Propone procedimientos para resolver los conflictos posibles entre un operador turístico o del mismo viajero y la comunidad de acogida. De allí que sugiere un programa de alerta temprana para contribuir con las autoridades para evitar la proliferación de esos hechos.

La Defensoría del Turista debe advertir también al poder local sobre eventuales daños que desde la propia población estable se puede hacer contra el patrimonio cultural a través de construcciones no reglamentarias o bien que, aunque autorizadas, puedan suponer una vulneración a valores que merecen preservarse.

Si bien el turismo y el crecimiento exponencial de los de los viajes en general, son un fenómeno casi contemporáneo² (se considera que Tohmas Cook a mediados del siglo XIX organizó el primer viaje turístico y luego la primera empresa de ese carácter Thomas Cook & son), se masificó en la segunda mitad del siglo

2 Se considera que Thomas Cook, a mediados del siglo XIX organizó el primera viaje turístico de la historia como así también de la primera empresa dedicada de ese carácter Thomas & son en Londres.

XX. Sin embargo desde la antigüedad hubo importantes traslado de personas. El trato diferenciado y específico de Roma como consecuencia de su afinado desarrollo jurídico, a partir de su clasificación del derecho. Efectivamente, en la antigua Roma, hacia el año 242 a. C. se instituyó la figura del Pretor Peregrino, que no era un protector de los derechos de los extranjeros, sino el magistrado que declaraba los principios jurídicos en torno a los cuales se debía ajustar un pleito entre extranjeros o entre extranjeros y romanos. La referencia se trae a colación como ejemplo de instituciones específicas para quienes, aunque fuesen residentes no tenían la calidad de ciudadanos romanos.

Los grandes beneficios que generó a los países receptores, puso en el primer término la satisfacción de requerimientos paisajísticos y de infraestructura, en una etapa posterior, la de su sustentabilidad ambiental y compatibilidad con las culturas locales. Hoy que vivimos según Bobbio el tiempo de los derechos, la turismología (término acuñado por el geógrafo en la década de los años sesenta, Zivadin Jovicic) plantea la necesidad de establecer los instrumentos que protejan a todas las personas que viajan, en la certeza de que ya dejó de ser como se dijo antes sólo un valor placentero, sino también, y en gran medida una necesidad.

Bibliografía

Bobbio, Norberto: *El tiempo de los derechos*, traducción por Rafael de Asís Roig, Sistema Madrid 1991. **Canetti, Elías:** *Las voces de Marrakesch*, traducción por José Francisco Yvars, 2ª edición Pre – Textos, Valencia 1981.

Gourou, Pierre: *Introducción a la Geografía humana*, Alianza, Madrid 1979. **Gutman, Cynthia:** *Turismo y buena conducta* en El Correo de la Unesco, París, julio – agosto 1999. **Louzán de Solimano, Nelly Dora:** *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*, Lumiere, Buenos Aires 2003. **Unamuno, Miguel:** *Andanzas y visiones españolas*, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires 1941.

LAS HERRAMIENTAS PARA PROTEGER Y FORTALECER LA EFICACIA Y AUTORIDAD DE LA INSTITUCIÓN OMBUDSMAN EN EL SIGLO XXI¹

Alba María-Teresa Martijn LL.M²

I. Introducción

Con el fin de analizar el crecimiento del Ombudsman en las últimas cinco décadas, es importante entender cómo las principales organizaciones internacionales como las Naciones Unidas (ONU) y algunos órganos del Consejo de Europa (la Asamblea Parlamentaria, el Congreso de Autoridades Locales y Regionales, y la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho [Comisión de Venecia]) consideran a esta institución.

En mayo del 2014 un estudio a fondo fue presentado por Rafael Ribó, Síndic de Greuges de Cataluña y miembro de la Junta del Instituto Internacional del Ombudsman (IOI), elaborado por Joan Vintró Castells, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona e Ignacio Aragonés Seijo, Maestro de Derecho Constitucional por la misma Universidad³. Se trata de un excepcional y profundo estudio del marco institucional internacional de la institución Ombudsman que se llevó a cabo en un ponderable esfuerzo de investigación sobre los elementos definitorios comparados sobre el papel de este instituto en las democracias actuales.

Especial atención se ha dedicado a:

- la naturaleza jurídica de la institución del Ombudsman;
- su propósito, carácter y la posición institucional;
- los diferentes aspectos que garantizan su independencia;
- su autonomía organizativa;
- su deber y áreas de actividades;
- sus competencias y relación con el Parlamento.

1 Ponencia presentada en el Seminario Internacional “El defensor del Pueblo. Nuevos Conceptos y Perspectivas. Los Desafíos del siglo XXI”, celebrado en la ciudad de Vicente López, Buenos Aires, Argentina los días 9 y 10 de octubre de 2014.

2 Alba María-Teresa Martijn LL.M.: Directora de la Región del Caribe del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo. Fue Ombudsman de Curaçao y Presidente de la Asociación de Ombudsman del Caribe (CAROA).

3 International Framework of the Ombudsman Institution – SÍNDIC El Defensor de las Personas – 1st edition: May 2014; Rafael Ribó, Catalan ombudsman and member of the Board of the International Ombudsman Institute (IOI), Joan Vintró Castells, Professor of Constitutional Law of the University of Barcelona and Ignacio Aragonés Seijo, Lecturer of Constitutional Law of the University of Barcelona

Observando cómo importantes organizaciones internacionales consignan principios generales y recomendaciones para esta institución cuyo objeto es garantizar la protección de los derechos humanos en un mundo que cambia rápidamente, podremos identificar mejor en qué aspectos nuestra institución es vulnerable y necesita ser protegida y fortalecida.

Es un hecho que en la última década, muchos países democráticos han sido afectados por la inestabilidad política y serias catástrofes causadas por la naturaleza y por la misma humanidad. El mundo se ha confrontado con los tsunamis, terremotos devastadores, la erupción de volcanes, huracanes, por nombrar algunos, pero también por explosiones nucleares, guerras, terrorismo de Estado, crímenes relacionados con las drogas, violencia, lavado de dinero, adultos y jóvenes desposeídos, persecuciones, trata de personas, pornografía infantil, etc. Estos hechos y acciones afectaron seriamente a todas las facetas de las relaciones sociales y la democracia de nuestras comunidades y países. Hemos sido testigos de que la democracia y la estabilidad política de cualquier país pueden cambiar drásticamente de la noche a la mañana. Hemos visto cómo estas catástrofes causaron miles de víctimas inocentes que quedaron sin protección legal y violados sus derechos humanos. En el marco de una realidad tan cambiante, es imperativo que la comunidad de Ombudsman haga una pausa, analice e identifique las vulnerabilidades de sus instituciones, y como una organización internacional, en este caso el Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo (ILO), se empeñe para encontrar vías e instrumentos para fortalecer los fundamentos de esta institución y ayudar así, a proteger los derechos humanos de nuestras poblaciones.

II. La naturaleza jurídica de la institución del Defensor del pueblo

Según Ribó, Vintró Castells y Aragonés Seijo, los textos internacionales que abordan la institución del *Ombudsman*, son recomendaciones emitidas desde organismos internacionales con alcance general o regional. La doctrina internacional consigna que estas decisiones y recomendaciones no tienen carácter jurídico vinculante. Tienen autoridad política y moral, ya que pueden contribuir a que el derecho internacional y el derecho interno del Estado, evolucione. La mera pertenencia de un Estado a una organización internacional, coloca a los Estados miembros frente a una obligación genérica de respetar las decisiones y recomendaciones que pueda aprobar.

Internacionalmente existe consenso para caracterizar a la institución del *Ombudsman* como un mecanismo para la protección y la garantía de los derechos humanos. Se debe observar que todos los textos internacionales hacen hincapié en el hecho de que su creación es necesaria, y no simplemente opcional, para supervisar la administración y más recientemente como una garantía institucional de los derechos y libertades ante las acciones u omisiones de los poderes públicos.

En la publicación a la que nos venimos refiriendo, me tomé la libertad de seleccionar las características más importantes que definen a esta figura, haciendo una lista de los aspectos que, interpreto, fortalecerán la eficacia y la autoridad del *Ombudsman* en el siglo XXI.

III. Las herramientas para fortalecer la eficacia y la autoridad del Ombudsman en el siglo XXI.

Los fines y el funcionamiento se pueden fortalecer de la siguiente manera.

- El objetivo de esta institución puede ser fortalecido por la ampliación de su mandato para incluir tanto la promoción y la protección de los derechos humanos y del buen gobierno en la administración pública por medio de sus facultades de investigación, como así también a través de recomendaciones o propuestas de reformas para adaptar la legislación existente o introducir nuevas normas, en las áreas que no están en concordancia con los convenios internacionales;
- La naturaleza y la posición institucional del *Ombudsman* deben de estar firmemente fundadas en su asociación con el Parlamento y la naturaleza de las decisiones que adopta.
- Su actuación debe de ser neutral y debe ser acreedor del respeto tanto de los denunciantes como de los sujetos objeto de investigación.
- Su actividad general debe ser coherente con la de las áreas más especializadas, aunque se deben de tomar medidas para asegurar de que no afecte la eficacia de los controles y equilibrios en torno a las garantías de los derechos.

Características que garantizan la independencia de la institución

- La institución del *Ombudsman* debe de ser independiente siempre. El estatuto legal del cargo, así como la estructura de la organización deben de proveer a la institución, con la máxima independencia y neutralidad.
- El *Ombudsman* no debe de ser un miembro activo de ningún partido político. El nombramiento de políticos siempre debe de ser evitado. Los que puedan tener (o parecieran tener) conexiones con las autoridades locales, deben de ser excluidos. El *Ombudsman* debe de ser una persona cualificada y con experiencia; de gran integridad moral e independencia política.

El nombramiento y la destitución

- El *Ombudsman* debe de ser una persona independiente, imparcial y competente, de impecable reputación en la comunidad.
- Para proteger el cargo contra una destitución ilegítima y fortalecer su autoridad, el procedimiento para nombrarle y destituirle debe de ser transparente, puramente parlamentario y que requiera una mayoría cualificada de votos, como para suponer el apoyo de los partidos ajenos al gobierno. Se fortalecerá así su imparcialidad, independencia, legitimidad y credibilidad de la institución ante los ciudadanos y el gobierno.
- La destitución por el Parlamento sólo procederá por incapacidad o grave mala conducta ética. No debe de ser destituido como consecuencia de acciones que no sean agradables a la mayoría parlamentaria.

Prerrogativas

El *Ombudsman* deberá gozar de una inmunidad personal que lo proteja de cualquier interferencia o procedimiento disciplinario, administrativo o penal, relacionados con el cumplimiento de sus responsabilidades oficiales, con excepción de su destitución de parte del Parlamento por incapacidad o grave inconducta. La inmunidad funcional debe de ser de duración indefinida, y extendida al personal de la Defensoría del Pueblo.

Remuneración

La remuneración de acuerdo con las organizaciones internacionales, debe establecerse en función de la dedicación al cargo, y ser semejante a las retribuciones pagadas a los altos funcionarios del gobierno. Dónde el *Ombudsman* no recibe remuneración, no existen garantías suficientes de su independencia e imparcialidad.

Garantía de la actividad; la obligación de cooperar con el *Ombudsman*

La obligación de cooperar con el *Ombudsman* es un principio general por el cual se garantiza su actividad.

La autonomía organizativa

- La institución debe de tener autonomía total sobre cuestiones relacionadas con el presupuesto y el personal. Su oficina debe tener un nivel de personal, cualitativo y cuantitativo, adecuado a la extensión de su territorio y el número de individuos que puedan buscar sus servicios. El personal puede

ser puesto a su disposición por las autoridades locales o ser contratado directamente por él mismo.

- La institución debe de contar con las instalaciones y servicios técnicos necesarios para que pueda ejercer sus tareas con eficacia.

La autonomía presupuestaria

- Una de las características esenciales de la institución es su completa autonomía sobre cuestiones relacionadas con el personal y el presupuesto para que pueda desempeñar sus funciones.
- Se deben de evitar los recortes presupuestarios que resultan en la pérdida de su independencia e incluso su completa desaparición.
- La premisa fundamental se basa en la defensa de la existencia de la figura del Ombudsman, rechazando firmemente cualquier tentación de acabar con ella por razones presupuestarias.

Deberes y áreas de actividades

Las funciones del *Ombudsman* tradicional han sido ampliadas en el área de la promoción de la buena administración, la atribución de la condición de autoridad para la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la acreditación de las instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos.

La supervisión de la administración pública

La protección de los derechos humanos ha influido el papel del *Ombudsman*, porque los derechos humanos están ahora incluidos en las normas que una buena administración debe respetar, sobre la base de que las acciones gubernamentales que no respetan los derechos humanos no pueden ser legales.

Protección y defensa de los derechos y libertades

La protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales han sido incluidas en el ámbito de la competencia de la institución, además de la investigación de la administración.

Promoción del buen gobierno y la buena administración

El «Código Europeo de Buena Conducta de Administración» adoptado en el 2001 por el Consejo de Europa, se refiere a la acción de los funcionarios

públicos ante las personas naturales o jurídicas. De conformidad con el artículo 26 de este Código, cualquier incumplimiento en ese aspecto, podría ser el objeto de una reclamación ante el *Ombudsman* europeo. En el caso de los *Ombudsman* locales, esto significaría que el ciudadano puede acudir a su protección frente a cualquier incumplimiento por parte de los funcionarios públicos.

La mediación entre los ciudadanos y la administración: garantía de acceso a la información y transparencia.

- La garantía del acceso a la información, debe de ser encomendado al *Ombudsman*. Garantiza la transparencia y el buen gobierno de las entidades públicas y fortalece la confianza de los ciudadanos en las instituciones y promueve la participación.
- Es esencial para el desarrollo personal y el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona.

El *Ombudsman* como autoridad para la prevención de la tortura

- El *Ombudsman* debe de tener el mandato legal de visitar sitios que albergan personas privadas de su libertad; ya sea prisiones, reformatorios, centro correccional de menores, internados, clínicas y centros psiquiátricos etc.
- A él le cabe formular recomendaciones a las autoridades públicas para mejorar las condiciones de estas personas y / o recomendar propuestas legislativas, destinadas a prevenir la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Investigación de las quejas de los ciudadanos y la investigación de las actuaciones ex - oficio

- Los solicitantes deben de ser informados de las iniciativas adoptadas por el *Ombudsman*, y, si es posible, de los acontecimientos posteriores y el resultado final de la investigación.
- Cuando la acción tomada está dirigida a lograr un compromiso, se debe obtener el consentimiento previo del solicitante.
- El *Ombudsman* está autorizado para iniciar acciones *ex-oficio*.

La publicación del resultado final de las investigaciones

- El *Ombudsman* puede imponer a las administraciones públicas la obligación

de responder a las recomendaciones y sugerencias realizadas por él. Es decir, la exigencia de que el gobierno suministre dentro de un tiempo razonable respuestas completas que describan la implementación de las conclusiones, opiniones, propuestas y recomendaciones o dar razones por las que no se pueden ser implementadas.

- Para que su función pueda tener éxito, el *Ombudsman* debe tener capacidad de acercarse al órgano administrativo objeto de su atención, con el fin de sugerir diferentes formas para que se observe más eficazmente el respeto de los derechos individuales.

Acción como Autoridad para la Prevención de la Tortura

El *Ombudsman* podrá llevar a cabo las siguientes acciones:

- Puede examinar periódicamente el trato de las personas privadas de su libertad en lugares de detención, con el fin de fortalecer, si fuera necesario, su protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes;
- Puede hacer recomendaciones a las autoridades competentes con el fin de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de su libertad y de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- Puede presentar propuestas y observaciones acerca de la legislación existente o proyecto;
- Tendrá acceso a toda la información acerca del número de personas privadas de su libertad en lugares de detención, así como el número de lugares y su emplazamiento;
- Tendrá acceso a toda la información relativa al trato de esas personas, así como sus condiciones de detención;
- Tendrá acceso a todos los lugares de detención, sus instalaciones y servicios;
- Tendrá la oportunidad de tener entrevistas privadas con la persona privada de su libertad, sin testigos, personalmente o con un intérprete en caso necesario, así como con cualquier otra persona que el mecanismo nacional de prevención considere que pueda facilitar información relevante;
- Tendrá la libertad de elegir los lugares que desee visitar y las personas a las que desee entrevistar;

- Tendrá la autoridad para tener contacto con el Subcomité para la Prevención, enviarle información y reunirse con él.

Relaciones con el Parlamento

- La única herramienta para las relaciones entre la institución y el parlamento, es la presentación de informes anuales sobre sus actividades.
- La presentación pública y el debate sobre los informes son, por lo tanto, el canal a través del cual el *Ombudsman* informa sobre su gestión al Parlamento.
- Esta información puede tener una utilidad especial en el ejercicio de las funciones parlamentarias para orientar y controlar al Ejecutivo y la Administración que dependen de él, a la vez hará posible detectar las áreas en las que hace falta una intervención legislativa específica para modificar los reglamentos obsoletos o que generan resultados negativos.

IV. Las herramientas de investigación del *Ombudsman*

Un aspecto importante del funcionamiento del *Ombudsman* es la de sus facultades y herramientas de investigación. Es importante evaluar estas facultades y herramientas para identificar si ofrecen suficiente autoridad para cumplir con su mandato. El Defensor del Pueblo tiene las siguientes herramientas de investigación⁴:

-Un acuerdo o una solución amistosa

Cuando el *Ombudsman* observa un caso de mala administración, trata de promover un acuerdo (una solución amistosa) entre la administración gubernamental y el demandante. En la mayoría de los casos, las partes son capaces de llegar a una solución amistosa. En este aspecto, el papel del *Ombudsman* es la de un mediador. Esto es particularmente adecuado teniendo en cuenta que sus recomendaciones del carecen de fuerza vinculante.

-Un Comentario crítico

Si no se alcanza una solución amistosa, el *Ombudsman* podrá emitir un comentario crítico, o hacer un borrador de recomendación a la Administración. Un comentario crítico es apropiado, cuando la mala administración no puede ser corregida, pero no tiene implicancias generales (como sería una reiterada falta en los procedimientos que devendría en un problema sistémico). Allí no

⁴ The impact of the European Ombudsman on the European Commission: Improvements in methods of operation and evolving principles on European Good Governance'. By Elina M. Lae, p.6

habría seguimientos. La única adición significativa al procedimiento sería la de cerrar algunos casos con un “comentario crítico”.

-Un Proyecto de recomendación

El *Ombudsman* utiliza un proyecto de recomendaciones para los casos en los que la mala administración puede ser eliminada o la mala administración tiene implicaciones generales⁵.

-Un Informe especial al Parlamento

La consecuencia más grave en que una institución gubernamental podría incurrir, sería la de un informe especial del *Ombudsman* al Parlamento. El Parlamento podría considerar la conveniencia de adoptar una resolución para abordar la cuestión. A pesar de que las soluciones amistosas, comentarios críticos y los informes especiales del *Ombudsman* no son vinculantes, los mecanismos procesales que están a su disposición durante la investigación son muy importantes.

Una investigación de moción propia

El *Ombudsman* puede optar por iniciar una investigación de moción propia.

Puntos claves en la estrategia de un *Ombudsman* deben incluir:

- El fortalecimiento de los diálogos en curso con los denunciantes, la sociedad civil y otras partes interesadas;
- La identificación de las mejores prácticas de sus colegas en otros Estados, con los que el *Ombudsman* coopera a través de una red y el mejoramiento de su papel en la promoción de una cultura administrativa de servicio en las instituciones públicas.
- Adoptar un enfoque pro-activo en la interacción con los ciudadanos, así como estar dispuesto a hacer más para los ciudadanos, que meramente cumplir con las obligaciones legales de la institución.

V. ¿Qué otros mecanismos pueden ser introducidos para fortalecer aún más las herramientas de investigación del *Ombudsman*?

El *Ombudsman* debe de tener acceso en todo momento a los lugares

⁵ The impact of the European Ombudsman on the European Commission: Improvements in methods of operation and evolving principles on European Good Governance’. By Elina M. Lae, p.6

en que a su juicio sea necesario para cumplir con sus deberes de investigación, con excepción de los hogares.

- El *Ombudsman* debe ser autorizado para reclamar el acceso a los libros y documentos para cumplir con sus deberes, estando autorizado a hacer copias de estos documentos.
- El *Ombudsman* puede recomendar qué testigos, peritos e intérpretes, que no comparecieron a su oficina, debidamente convocados, puedan ser llevados ante él por la fuerza por la policía, con el fin de que cumplan con su obligación.
- Podrá requerir de los altos funcionarios que asistan a las audiencias que convoque.
- Con el fin de garantizar una efectiva libertad de acceso, el *Ombudsman* debe tener la autoridad de recomendar penas adecuadas al gobierno para cualquier denegación, obstáculo, impedimento u otra forma de obstrucción, por parte del funcionario o servidor público.
- El *Ombudsman* debe esforzarse por tener un comité especial para sus relaciones con el Parlamento, donde pueda discutir la reticencia de la administración pública en cumplir con sus recomendaciones y solicitar una atención especial para las investigaciones sensibles que está llevando a cabo, que afectarán el gobierno⁶.

En conclusión

Mediante el estudio y el análisis de los esfuerzos de las organizaciones internacionales para fortalecer la institución del *Ombudsman* adquirimos información valiosa que podemos introducir en nuestras instituciones. Por empezar promoviendo la adaptación de nuestra legislación vigente con el fin de introducir esos cambios en la ley que harán posible consolidar nuestra autoridad investigativa y el cumplimiento por parte de la administración pública de nuestras recomendaciones.

El *Ombudsman* es un magistrado de la persuasión, pero sólo sobrevivirá si sabe cómo utilizar sus herramientas de investigación de tal manera que pueda reclamar el respeto de la administración pública y la confianza de su denunciante.

Vicente López 9 y 10 de octubre de 2014

⁶ The impact of the European Ombudsman on the European Commission: Improvements in methods of operation and evolving principles on European Good Governance'. By Elina M. Lae, p. 6.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO CATEGORÍA ÉTICA Y POLÍTICA EN LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO

Andrea Galaverna¹

*«La caza de brujas ahondó las divisiones entre mujeres y hombres
inculó a los hombres el miedo al poder de las mujeres y
destruyó un universo de prácticas, creencias y sujetos sociales
cuya existencia era incompatible con la disciplina del trabajo capitalista
redefiniendo así los principales elementos de la reproducción social»*

Silvana Federici: El Calibán y la Bruja

Hablar de defensorías del pueblo en América Latina es hablar de una resignificación del concepto del Estado de Derecho y es hablar de derechos humanos, de descolonización, de soberanía y de emancipación.

Esta resignificación parte de vivir en un continente inequitativo, donde la desigualdad es moneda corriente, donde estructuramos sociedades desde el poder concentrado y muchas veces invisible de antiguos conquistadores y de actuales poderes económicos. Esto lleva a la naturalización de diferentes formas simbólicas de dominación como la manipulación en los medios de comunicación, y estrategias de sometimiento de los pueblos como las desapariciones forzadas de personas, inseguridad, pobreza, trabajo precario, desocupación, etc.

No se puede hablar de vulneración de los derechos humanos, ni de su promoción, ni de su respeto si no analizamos la desigualdad y asimetría de poder imperantes en nuestras sociedades.

Esta desigualdad no es la misma para hombres que para mujeres, no es igual para pueblos originarios que para los herederos de los ejércitos vencedores, no es igual para las personas con discapacidad que para los que no la tienen. Es por esto que el análisis de la inequidad debe hacerse desde distintas perspectivas que den visibilidad a los grupos más excluidos constituyéndolas como categorías de análisis ético y político. Perspectivas que habilitan miradas no victimizantes de esos grupos y reconocen una larga historia de luchas colectivas emancipadoras.

¹ Defensora del Pueblo de la ciudad de Bariloche, Provincia de Río Negro

«El género es esa constelación de normas sociales incorporadas a la subjetividad colectiva que en teoría surgen de la naturaleza. Es la institucionalización de la diferencia sexual en un entramado jerárquico y cultural que se teje en una sociedad que asigna distintos derechos, funciones y posibilidades a los seres humanos según sean percibidos, en su nacimiento, como portando genitales masculinos o femeninos»²

Es por esto que nacer mujer, pobre, indígena genera obstáculos no sólo en la autonomía económica también los genera en la autonomía física y política.

El género afecta no sólo en cómo participamos del reparto del poder sino también cómo nos incluimos en la toma de decisiones, y en los roles que llevaremos adelante en nuestra vida en sociedad. Estos roles se evidencian en la división sexual del trabajo, trabajo productivo económicamente mensurado, presuntamente único generador de riqueza jerarquizado, y el reproductivo del ámbito privado no remunerado y naturalmente asignado a las mujeres, por sus “dotes” innatas.

El género es un concepto que habla de las relaciones de poder, desnuda las asimetrías y desigualdades y de ninguna manera es un sinónimo de mujer, puesto que es un concepto relacional.

Nuestra cultura patriarcal como parte del sistema occidental capitalista fomenta determinados modelos para admirar, que encarnan roles arquetípicos como el del «hombre guerrero» que representa el coraje y el riesgo como signo de masculinidad, significando esto mayor mortalidad prematura por hechos violentos en jóvenes varones. O el modelo de «Penélope» o la «madre abnegada» que si reclama poder o salario está sujeta a la estigmatización, ya que como dice Clara Coria: «el dinero tiene sexo».

¿Qué significa hablar de género y qué significa para las defensorías del pueblo incluir la perspectiva de los derechos en clave de género?

Significa incluir ética y políticamente un análisis que sin duda es indivisible de la etnia y la clase social. Significa ver cómo la realidad impacta diferencialmente en hombres que en mujeres. Evidenciándose en las temáticas y denuncias que llegan a las defensorías del pueblo y sus diferencias según el género del requirente. Significa hablar de espacialidad de los derechos en los distintos ámbitos públicos o privados. Cuando hablamos de democracia e igualdad pensamos siempre en el espacio público, los derechos o la democracia; normalmente no se piensa en el ámbito privado donde

2 Chiarotti, Susana: Aportes al Derecho desde la Teoría de Género. Otras Miradas [en línea] 2006, 6 (junio) : [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2016] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18360102>> ISSN 1317-5904

se producen las violaciones a los derechos humanos más aberrantes: violencia doméstica intrafamiliar y el abuso infantil (violencias que entre el 30 y 50 % de las mujeres padecen). Las mujeres víctimas de violencias son más pobres, tienen trabajos precarizados, tienen una salud más comprometida (el 74% de las mujeres portadoras de VIH son víctimas de violencia), ganan menos sueldo en relación a los hombres desempeñando iguales tareas. Todas estas situaciones afectan directamente su autonomía.

Es por esto, como afirma, Susana Chiarotti, que no debemos sólo buscar gobiernos democráticos sino también hogares democráticos. Es necesario medir la economía doméstica, la del cuidado y la de la reproducción que son invisibles en términos macro y microeconómicos y evaluar cuanta riqueza producen en términos de PBI.

Cuando las feministas hablamos de la democracia en el país y en la casa hablamos de nuestra agenda, de nuestra ciudadanía, hablamos de la exigibilidad de nuestros derechos.

Es por esto que hay que buscar iluminación en la lucha de las mujeres que interpelan las desigualdades en especial en el ámbito privado, apelando a un nuevo contrato social que incluya temas como la autonomía física, económica y política de las mujeres.

Estas asimetrías históricas, estas situaciones de distribución desigual del poder entre hombres y mujeres, en detrimento de estas últimas constituyen uno de los más potentes datos de nuestra cultura. Por su extensión en las sociedades y su perseverancia en el tiempo.

Este dato, que todo un corpus normativo del sistema internacional de los derechos humanos viene a transformar, nos obliga a revisar todas nuestras prácticas como agentes del Estado. Las resistencias que impone la cultura patriarcal, de siglos de imperio, también se experimentan en todo el entramado social. Y es la explicación del por qué cuesta instalar esta agenda en muchas instituciones como las defensorías del pueblo y otras instituciones de derechos humanos, imposibilitando la introducción de temas que no es ético obviar y cuya única articulación es política. Sobran ejemplos: la violencia hacia las mujeres física, psicológica, económica y sexual, la discriminación, trabajo no remunerado reproductivo, la criminalización del aborto, el embarazo no deseado, la mortalidad materna, la autonomía en decisiones sexuales y reproductivas, el techo de cristal, falta de representación en la política partidaria sindical etc. En conclusión, la desigualdad en la distribución del poder, cuyo obstáculo más llamativo es caracterizarnos como grupo vulnerable y no como

la mitad de la humanidad. Esta mirada victimizante que viene del ejercicio del poder patriarcal, descalifica los reclamos colectivos de las mujeres, que nos define como vulnerables como si fuera un atributo del ser mujer³.

Las defensorías del pueblo no pueden erigirse como garantes de los derechos humanos si no incluye el enfoque de género, para poder ser de ese modo, también garantes de los derechos de las humanas. Los derechos son una construcción cultural colectiva al igual que sus violaciones que, como dice Chiarotti, están construidas históricamente y se hace imperiosa su deconstrucción con el fin de romper con la naturalización de la desigualdad como destino.

3 Bonder, Gloria: *Genero y Subjetividades: Avatares de una relación no evidente*. En *Género y Epistemología: Mujeres y Disciplinas*. Programa Interdisciplinario de Estudios de Género (PIEG), Universidad de Chile, Santiago 1998.

Los Adultos Mayores con adicciones y la defensa de los derechos humanos de terceros

Luisa Leticia González Flores¹

En nuestro país, México, la legislación referida a las personas adultas mayores, protege y reconoce sus derechos y garantizan la dignidad; la vida con calidad; la vida libre sin violencia; el respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual; la protección contra toda forma de explotación; a recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad; a vivir en entornos seguros dignos y decorosos, que cumplan con sus necesidades y requerimientos y en donde ejerzan libremente sus derechos, así como el disfrute pleno, sin discriminación ni distinción alguna.

Así también, en el ámbito familiar, dispone la legislación que la responsabilidad de vigilancia, seguimiento y aplicación de las leyes, estará a cargo, entre otros, de la familia y señala como obligación de ésta: conocer los derechos de las personas adultas mayores; garantizar su sobrevivencia así como el acceso a los mecanismos necesarios para ello; a ser protegidos contra toda forma de explotación; a recibir protección por parte de su familia; a vivir en entornos seguros, dignos y decorosos, que cumplan con sus necesidades y requerimientos y en donde ejerza libremente sus derechos; otorgar alimentos; fomentar la convivencia familiar cotidiana; evitar que alguno de sus integrantes, cometa cualquier acto de discriminación, abuso, explotación, aislamiento, violencia o actos jurídicos que pongan en riesgo su persona, bienes y derechos.

Los adultos mayores, en algunos ámbitos de nuestra sociedad, son las personas que a lo largo de su vida, han generado conocimientos y vivencias que son asumidas por los descendientes de la familia, como enseñanza, ejemplo y en algunos casos, como modelo de formación personal y profesional, susceptible de cambios de acuerdo a la ideología y temporalidad en que se vive, pero con lo sustancialmente importante en su formación: la experiencia de quienes han logrado ser personas dignas de respeto y admiración.

En estos casos, los adultos mayores se han desarrollado en el seno familiar que ellos mismos propiciaron desde su juventud, a través de la educación, atención, responsabilidad, valores y sana convivencia, pero fundamentalmente el respeto a los demás y a sí mismos, en sus derechos pero también en sus obligaciones.

¹ Luisa Leticia González Flores: Maestra en Derecho. Ex Defensora de los Derechos de los Alumnos y de las Alumnas de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana Iztpalapa

En otros casos, los adultos mayores se desarrollaron en el seno familiar que también ellos mismos propiciaron, en donde si bien hubo responsabilidad y respeto a la familia, también existió desinterés y falta de atención en el desarrollo de la misma y se fue gestando en la etapa de su vida que debiera ser tranquila y plena, el olvido, discriminación, abandono o simplemente “la invisibilidad”.

Si bien es cierto que los adultos mayores pueden ser parte de estos o muchos ejemplos de formas de vida y que en la mayoría de los casos deben ser respetados sus derechos, no menos cierto lo es, a contrario sensu, que por diversos factores al interior del seno familiar, en un número importante de familias, se contextualiza la inobservancia del respeto a los derechos humanos, porque existe un factor relevante que agrava esta falta de respeto: el alcoholismo y las adicciones.²

Y es aquí en donde refiero mi participación: ***“los adultos mayores con adicciones y la defensa de los derechos humanos de terceros”***, y para ello es menester señalar los aspectos más relevantes y atinentes al tema, dispuestos en nuestra legislación, en materia de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, así como de asistencia y prevención de la violencia familiar, que conllevan derechos transgredidos:

- **Violencia psicoemocional:** ...prohibiciones... intimidaciones, insultos, amenazas... humillaciones ...comparaciones destructivas, actitudes devaluatorias
- **Violencia física:** acciones u omisiones intencionales que causan un daño en su integridad física;
- **Violencia patrimonial:**sustracción, destrucción, desaparición, ocultamiento o retención de objetos, documentos personales, bienes o valores o recursos económicos;
- **Violencia sexual:** prácticas sexuales no voluntarias, acoso, violación,
- **Violencia familiar:** entendida como la realización de actos de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigidos a dominar, someter,

2 Estadística citada por Fernando Cano Valle, Ex Comisionado Nacional contra las Adicciones, en el Seminario “La Senectud y su futuro en Latinoamérica”, celebrado en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco”, en Noviembre de 2013. “El 20 por ciento de las personas de la tercera edad consumen alcohol de manera excesiva, un 30 por ciento hace lo mismo con el tabaco y entre 5 y 10 por ciento recurre a sedantes y otros medicamentos. El 0.2 por ciento de los adultos mayores consumen marihuana y otras drogas ilegales.” En México, hay cerca de 11 millones de ancianos, de tal manera que aproximadamente según esta apreciación hay, bastante más de 200,000 adultos mayores alcohólicos o que consumen consuetudinariamente.

controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia;

Violencia feminicida: toda acción u omisión que constituye la forma extrema de violencia contra las mujeres producto de la violación de sus derechos humanos y que puede culminar en homicidio u otras formas de muerte violenta de mujeres.

Generadores de violencia familiar: quienes realizan actos de maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual hacia las personas con la que tengan o hayan tenido algún vínculo familiar;

Las causas que generan el alcoholismo o adicciones en niños, jóvenes, adultos y adultos mayores, son múltiples y variadas y han sido y siguen siendo materia de estudio médico, psicológico y social.

Se ha señalado que es una enfermedad incurable y progresiva, pero también es controlable, si hay la disposición y convencimiento para ello.

Los adultos mayores con adicciones y en especial el alcoholismo, se convierten en generadores de violencia familiar, al realizar actos de maltrato físico, verbal, psicoemocional, sexual y en algunos casos de violencia feminicida, como ya se señaló.

Existen diversas circunstancias en las que esta conducta se realiza, pero una de ellas muy relevante, es el caso por ejemplo, de parejas que han convivido durante largos años con la mujer u hombre alcohólicos y se han realizado durante mucho tiempo acciones de violencia, pero que por circunstancias de conveniencia familiar, económica, laboral, social o simplemente por los lazos afectivos que los unen, han permitido la continuidad de su convivencia y han hecho del alcoholismo una costumbre de vida y han permitido también, que sus derechos fundamentales como la dignidad, libertad y la salud, sean vulnerados.

Cuando llegan a ser adultos mayores y la persona alcohólica queda sola, sea por decisión propia o circunstancias naturales o no, decide rehacer su vida con una pareja que no ha convivido con esta adicción y al reiniciar su conducta alcohólica, inician también las acciones violentas en su nuevo entorno.

Empieza para su pareja una vida que va desde el cuestionamiento, desconcierto, culpa, incertidumbre hasta el temor paralizante ante los golpes, amenazas, injurias, violaciones, humillaciones y al mismo tiempo que cree poder ayudarlo, surge el miedo de dejar a su pareja porque se genera en ella la culpa de que algo le suceda que

afecte su integridad, su salud o su vida e incurre en acciones como la de impedir que salga a la calle alcoholizado, que aunque sea en beneficio del adulto mayor, pudiera significar la comisión de un ilícito.

Pero al mismo tiempo, el adulto mayor con adicciones está violentando los derechos humanos de su pareja, al atentar contra su dignidad, libertad y seguridad, con violaciones psicoemocionales reflejadas en tratos crueles, inhumanos y degradantes a través de injurias, amenazas y humillaciones o con violaciones físicas que pueden constituir un delito y es aquí donde surge la interrogante: **¿cómo defender los derechos humanos violentados a terceros por un adulto mayor con adicciones?**

A este respecto, la legislación prevé:

- Que se realice la reparación del daño moral;
- Que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado o procesado bajo las medidas de seguridad que procedan, en el caso de una persona mayor de 70 años;
- Que esta prerrogativa no se otorgue a quienes, a criterio del juez, puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumir fundadamente que causarán daño a la víctima;
- Que es agravante del delito, el estado de alteración voluntaria, en este caso el estado de ebriedad.

Efectivamente, la defensa de los derechos humanos de terceros por un adulto mayor con adicción como el alcoholismo, tiene una pena fundada y motivada, que impone la privación de la libertad al transgresor y la “liberación física” de la víctima.

Sin embargo, parecería no ser suficiente el castigo que se impone al transgresor de los derechos humanos, porque en la víctima estarán siempre presentes, las acciones que en contra de su dignidad, seguridad, salud física y mental se cometieron por el adulto mayor con adicciones y con quien la unían vínculos afectivos y/o sociales, que no tenía el valor de romper, aun en contra de su afectación personal.

La defensa y respeto a los derechos humanos, desde el punto de vista psicoemocional, principalmente, está muy lejos de cumplirse y es por esto que, la forma que pudiera ser idónea para prevenir y defender en lo posible su transgresión, y concretamente en

el caso que nos ocupa, por adultos mayores con adicción que violentan los derechos humanos de terceros, es necesariamente a través del conocimiento, entendimiento, sensibilización, promoción y difusión de los derechos humanos, a través de una educación integral desde la niñez y fundamentalmente a la familia que tiene en su

seno a los hoy maduros y mañana adultos mayores y que ojalá pudieran permitir a toda persona, coincidir con el pensamiento de un admirado y querido colega, a quien respetuosamente, me permito citar:

*“salvo que alguna impertinente enfermedad crónica le impida a uno la movilidad o le ciegue la memoria o le impida pensar, la vejez es una etapa de la vida, maravillosa con un estupendo tiempo existencial y no cronológico. Dejamos de ser dramáticos, todo pasa y pasará..., las presiones de llegar a ser, las ansias de estabilidad y de riqueza o en su caso de poder ya han pasado, los sentimientos son más firmes que nunca... podemos criticar con el descaro, pero con la profundidad de la edad, podemos reflexionar con la lentitud de la vejez y sin la prisa de la juventud, podemos disfrutar de un atardecer, de una mirada, de un recuerdo, porque quizás sea el último, podemos pensar en la muerte como algo próximo o como algo lejano, pero podemos pensar en ella sin alarmarnos, podemos trabajar, podemos soñar..... Podemos resistir todas las demás dolencias y enfermedades, porque, finalmente si no te mueres, siempre las superas...”*³

³ Así se expresa, Leoncio Severino Lara Sáenz, en su artículo “Los Viejos de México”, publicado en la columna “Norte”, periódico “La Opción de Chihuahua”, Agosto de 2010.

El inconcluso proceso de abolición de la tortura en Argentina

Guillermo F. Torremare¹

I.- ¿Qué es tortura?

La tortura es una práctica criminal que consiste en infligir dolor o causar daño físico o psicológico a una persona con el propósito de extraerle información, castigarla, degradarla, humillarla o agraviarla por cualquier razón. El término procede del latín *torquere*, que significa torcer o dislocar, en alusión a una de las antiguas formas comunes de suplicio.²

Los llamados “tratos crueles, inhumanos o degradantes” también son hechos que importan infligir dolor o causar daño físico o psicológico pero de menor intensidad o gravedad que las torturas. La clasificación -cuándo estamos frente a tortura y cuándo frente a este tipo de tratos-, “debe hacerse en base a cada caso, teniendo en cuenta sus particularidades, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales generados en la víctima y sus circunstancias personales”.³ Puede darse el caso de no ser necesario el daño físico para que se tipifique el trato cruel. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, al menos en algunas circunstancias, un tratamiento inhumano”.⁴

Son delitos de sujeto calificado. No pueden ser cometidos por cualquier persona, sino solo por agentes del Estado o con la complicidad o encubrimiento de estos.

II.- Historia

La tortura ha sido empleada desde tiempo inmemorial por Estados a través de sus ejércitos, iglesias, policías, partidos y burocracias, con dos diferentes propósitos básicos: como medio de prueba judicial y como mecanismo de control social.

Los historiadores afirman que todos los pueblos de la antigüedad, con la sola excepción de los judíos, conocieron la tortura. En la Roma precristiana comenzó

¹ Abogado. Magister en Derechos Humanos.

² Hernando Valencia, *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Ed. Espasa, Madrid, 2003.

³ APT (Asociación para la Prevención de la Tortura y CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional), *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia*, pág. 101, Folio Uno SA, Buenos Aires, 2009.

⁴ Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay, Corte IDH (Serie C) N° 112, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafo 167.

siendo una práctica privada dirigida a los esclavos para obtener de ellos declaraciones relacionadas con hechos de sangre, robos o adulterios. Era socialmente aceptada y por ello fue introducida en las normas jurídicas para ser practicada a los marginados y pobres -que estaban un escalón más arriba que los esclavos en el estrato social- cuando estos eran acusados o debían declarar como testigos. Tiempo más tarde los detentadores del poder político la usaron indiscriminadamente con el objeto de intimidar y perseguir a sus enemigos, sean estos reales o imaginarios, efectivos o potenciales.

Desde aquellos tiempos la aplicación de la tortura no solo se mantuvo sino que se extendió a innumerable cantidad de hechos y situaciones perfeccionándose sus instrumentos y legislación. La Iglesia Católica Romana fue responsable de su amplio y generalizado uso, institucionalizado por la Inquisición a partir del siglo XII.

Con la conquista española, la tortura se trasladó a América Latina. A los bautizados, que eran una proporción mínima de la población, se la aplicaba el tribunal de la Inquisición con el fin de castigar a quienes consideraba desviados sexuales, brujos, astrólogos, judaizantes y protestantes. A los no bautizados, indios y afroamericanos injertados por el sistema esclavista, se la imponían las autoridades coloniales con el múltiple propósito de facilitar su enriquecimiento mediante un dinámico tráfico de esclavos, castigar faltas y arrancar secretos en torno a la existencia de riquezas.

Durante los siglos XVII, XVIII y principios del XIX, en el territorio que hoy ocupa Argentina se torturó para ejercer control social y también para reprimir delitos varios, fundamentalmente el contrabando.

III.- El proceso de abolición

III.- a) La Ilustración

El proceso de abolición de la tortura como práctica estatal legalizada comenzó con la Ilustración, movimiento cultural y filosófico europeo del siglo XVIII que propiciaba la primacía de la razón humana y la necesidad de combatir la ignorancia, la superstición y la tiranía para construir un mundo mejor.

Las reformas propuestas por esta corriente de pensamiento modificaron el curso de la ciencia penal, logrando acabar con la aplicación judicial de la tortura. Fue el pensador italiano Cesare Beccaria quien planteó por primera vez la necesidad de abolir la tortura y la pena de muerte, propuso la humanización de las prisiones y la

rehabilitación de los condenados, sosteniendo que el efecto disuasivo del castigo no depende de su severidad sino de su certeza.⁵

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional de Francia en 1789 abolió la tortura, penando su comisión con el mismo castigo que el homicidio: la ejecución por guillotina.

Cien años después, la novena edición de la Enciclopedia Británica comentó: “El tema de la tortura ha pasado a ser de interés histórico en lo que a Europa se refiere.” Las prácticas estatales desarrolladas a partir de 1920 por el fascismo, luego por el nazismo y también por el comunismo, desmentirán el ilusorio optimismo de los editores de la célebre publicación inglesa.

III.- b) Primera legislación patria

La Asamblea del Año XIII fue la primera autoridad argentina que abolió la tortura. En el acta correspondiente a su sesión del día 21 de mayo se lee: “El hombre ha sido siempre el mayor enemigo de su especie, por un exceso de barbarie ha querido demostrar que él podía ser tan cruel como insensible al grito de sus semejantes.” (...) “Este crimen merece ser expiado por todo el género humano y por ello esta Asamblea General ordena la prohibición del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislación, para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes, en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de mayo los instrumentos destinados a este efecto.”⁶

Aquella disposición que hoy nos enorgullece tuvo escasa aplicación en la práctica porque la sociedad en su conjunto -y en especial sus autoridades públicas y fuerzas de seguridad- no internalizaron el cambio. El historiador Rodríguez Molas cuenta: “en 1817 el alguacil mayor de la ciudad solicita, por estar inutilizado el existente, la recomposición urgente del potro de dar castigo en la cárcel”.⁷

III.- c) La Constitución Nacional

El proyecto constitucional de Juan Bautista Alberdi que sirvió como guía a los constituyentes de 1853 expresaba: “El tormento y los castigos horribles quedan abolidos para siempre y en todas circunstancias. Quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego. Las cárceles húmedas,

5 Beccaria, Cesare, *De los Delitos y las Penas*, ed. Temis, Bogotá, 2005.

6 *El Redactor de la Asamblea*, Edición de la Secretaria de Relaciones Parlamentarias de la Nación, Buenos Aires, 2013

7 Rodríguez Molas, Ricardo, *Historia de la Tortura y el orden represivo en la Argentina*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1984.

oscuras y mortíferas deben ser destruidas”. Y en su nota decía: “El fin de esta disposición es abolir la penalidad de la Edad Media, que nos rige hasta hoy, y los horribles castigos que se han empleado durante la revolución.”

La abolición quedó finalmente recepcionada en el artículo 18 de la Ley Fundamental argentina que reza: “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que lo autorice”.

La reforma constitucional operada en 1994 dio jerarquía constitucional a varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos, muchos de los cuales condenan expresamente la tortura. Entre ellos, la pionera Declaración Universal de 1948, que en su artículo 5 establece: “Nadie será sometido a tortura ni a malos tratos, inhumanos o degradantes.”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica, que en sus artículos 7 y 5 respectivamente postulan idéntica expresión; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que en su primera cláusula define a la tortura como “todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia...” al tiempo que en su artículo 2 ordena “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.”

III.- d) El Código Penal

El Código Penal vigente, en su versión original de 1921, no contempló la represión de la tortura; sí la severidades –castigar con rigor innecesario a un detenido-, vejámenes –humillar, maltratar, hacer padecer sin necesidad a cualquier persona detenida- y apremios ilegales –aplicar todo tipo de presión física o moral para obligar a una persona a hacer o decir algo. Su artículo 143 castiga con prisión de un mes a un año e inhabilitación por doble tiempo a “el funcionario que impusiese a los presos que guarde severidades, vejaciones o apremios ilegales, o los colocará en lugares del establecimiento que no sean los señalados para el efecto” y a “el funcionario que desempeñando un acto de servicio, cometiera cualquiera vejación

contra las personas o les aplicaré apremios ilegales”. La norma no aludía a los tormentos y calificaba con la misma irrisoria pena a severidades, vejaciones y apremios ilegales, como si fueran delitos similares.

La represión de la tortura propiamente dicha fue introducida en el Código Penal mediante una modificación operada en 1958. El delito era castigado con la pena de tres a diez años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua. La reforma incorporó como agravante del delito de tortura la circunstancia de que la víctima fuese un perseguido político, caso en que la pena podría elevarse hasta quince años de prisión. Y también aumentó la escala penal para los delitos de severidades, vejaciones y apremios ilegales, que a partir de aquel momento serían castigados con prisión de uno a cinco años.

El Código Penal volvió a ser modificado en 1984. La terrible experiencia de la dictadura cívico-militar instalada en 1976 motivó a los legisladores a castigar muy severamente al autor del delito de tortura. Su artículo 144 tercero prescribe: “1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos. 2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91 (lesión gravísima), la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años. 3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.”

Esta reforma también tipificó la conducta de omitir evitar o denunciar torturas. El artículo 144 cuarto expresa: “1. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello. 2. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión. 3. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas. 4. En

los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.”

La modificación, por último, consideró a las torturas posibilitadas por negligencia, estableciendo en el artículo 144 quinto: “Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero (tortura), se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.”

A modo de conclusión podemos afirmar con el juez Daniel Rafecas que “En el plano normativo, por su alcance exhaustivo, coherencia interna y correspondencia en las respuestas punitivas, el ordenamiento jurídico argentino satisface en una medida razonable los estándares exigidos desde la comunidad internacional para la persecución de este tipo de crímenes contra la libertad personal, la dignidad y en ciertos casos, la vida de las personas, a partir del ejercicio ilegal del poder punitivo estatal.”⁸

IV.- Prácticas que constituyen tortura

IV.- a) Tortura física:

Sin que la enumeración sea taxativa, se consideran torturas físicas a las siguientes prácticas:

Golpes: producidos con los puños, las piernas o algún objeto, por ejemplo palos, palos cubiertos de trapos mojados, con látigo, con alambres, entre otros. No es necesario que los golpes generen lesiones tales como fracturas, aplastamiento o amputación de miembros, para que se consideren torturas.

Lesiones penetrantes: puñaladas u otro tipo de heridas similares, introducción de alambres bajo las uñas, pinchazos de aguja, etcétera.

Choques eléctricos: procedimiento mediante el cual con una piana se transmite corriente eléctrica a diferentes partes del cuerpo. Es tortura cualquiera sea la intensidad eléctrica utilizada.

⁸ Rafecas, Daniel. *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2010.

Sofocación: también llamado submarino, consiste en impedir la respiración a la víctima hasta casi llegar a la asfixia. Existen dos tipos: el submarino seco (o la bolsa), que consiste en evitar la respiración normal mediante distintos métodos como recubrir la cabeza con una bolsa de plástico, obturar la boca y la nariz, ejercer una presión o aplicar una ligadura alrededor del cuello u obligar al sujeto a aspirar polvo, cemento, pimienta, etcétera; y el submarino húmedo (conocido también como la bañera), que es la inmersión forzada de la cabeza en agua, frecuentemente contaminada con orina, heces, vómitos u otras impurezas.

Tortura por posición: en este tipo se sujeta a la víctima en posiciones que le cause mucho dolor y cuya principal característica es que en pocas ocasiones deje señales externas. Por ejemplo posturas forzadas, como permanecer de pie, ya sea sobre ambos pies o sólo uno, que se les obligue a mantener los brazos y las manos estiradas, sobre el suelo o sobre algún objeto, mantenerse en cuclillas, inmovilidad forzada en lugares pequeños, y que se les limite en forma prolongada la realización de movimientos.

Quemaduras: practicadas con instrumentos calientes, cigarrillos, líquidos u otras sustancias.

Tortura sexual: empieza por la desnudez forzada, situación que acrecienta la sensación de vulnerabilidad de la víctima y además aumenta el terror psicológico. Las amenazas, los malos tratos verbales y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual forma parte del procedimiento. Tanto para el hombre como para la mujer, el que la toquen forzosamente es traumático en todos los casos y se considera como tortura. Es tortura sexual cualquier tipo de abuso sexual, la violación, la introducción de objetos, la violencia sexual sobre los genitales, las vejaciones y la copulación ficticia, entre otros.

Extenuación física: se configura cuando se provoca un agotamiento extremo en la víctima, ya sea por una tortura de posición tal como permanecer de pie o en una postura incómoda durante un período prolongado o mediante alguna otra actividad, como ejercicios en forma excesiva, por ejemplo que se les obligue a realizar abdominales o flexiones hasta que la víctima caiga agotada.

Uso de elementos químicos: exposiciones en heridas o en cavidades orgánicas a distintas sustancias (sal, pimienta picante, gasolina, etc.) con el fin de obtener reacciones químicas. También el uso de este tipo de sustancias puede provocar asfixia.

Uso de elementos farmacológicos: cuando se impone coercitivamente la ingesta o utilización de sustancias tóxicas, sedantes o paralizantes.

Condiciones de detención: comporta tortura el alojamiento en celdas muy pequeñas, en lugares con exceso de población, en condiciones antihigiénicas, cuando faltan de instalaciones sanitarias y cuando se niega atención médica.

Otras: duchas constantes de agua fría, exposición a temperaturas extremas, hambre, sed, privación del sueño, tortura con luz eléctrica, mirar luces durante mucho tiempo.

IV.- b) Torturas psicológicas:

Entre los tipos de tortura psicológica podemos destacar los siguientes:

Aislamiento: es la pérdida de cualquier contacto que se pueda tener con el mundo exterior, ya sea por mantener a la víctima en una celda solo o por privársele de sonidos, luz u otros.

Simulacro de ejecución: se amenaza a la víctima con matarle o se le expone a situaciones en las cuales cree que se está cumpliendo esta amenaza, tales como colocarle un arma (descargada, sin que la víctima lo sepa) en la cabeza y apretar el gatillo, pretender que la van a arrojar de algún lugar alto, presentarla ante un pelotón de fusilamiento, entre otros.

Impedir la visión: en ocasiones a la víctima le vendan los ojos para impedirle la visión y aumentar su sensación de desorientación.

Amenazas: bajo este punto se incluyen insultos tanto verbales como la realización de actos humillantes, acusaciones falsas, amenazas de muerte o de aplicación de otro tipo de torturas, de daños a su familia o a personas que han sido detenidos con la víctima. Además, la víctima es obligada a escuchar quejas de otras personas, mientras son torturadas.

Otras: se le obliga a traicionar o dañar a otras personas, a violar tabúes o a realizar prácticas contrarias a sus creencias, presenciar otras torturas, etc.

V.- Obligaciones del Estado

Los distintos instrumentos internacionales que abordan la cuestión de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes establecen las obligaciones a que están sometidos sus Estados Partes:

Deber de protección frente a los malos tratos causados por actores privados: además de la obligación de que sus agentes no torturen, el Estado debe generar políticas positivas de protección de personas para que no sean víctimas de actos de esa naturaleza llevados a cabo por privados.

Deber de investigar: Frente a una denuncia de tortura el Estado debe asegurar la realización de una investigación pronta e imparcial como así también debe brindar protección al denunciante y a los testigos de los hechos denunciados.

Deber de sancionar y hacer cumplir las leyes que criminalicen la tortura: El Estado no solo debe tipificar como delito la tortura y su tentativa sino que debe hacerlo estableciendo: a) la imprescriptibilidad de este delito; b) la imposibilidad de indultar o amnistiar por este delitos y c) fijando una escala penal que refleje la gravedad de estos delitos.

Deber de excluir declaraciones obtenidas mediante tortura u otros malos tratos: La prevención efectiva de la tortura exige que cualquier situación que favorezca su utilización con la excusa de contribuir a las investigaciones sea eliminada. Se agrega que siempre resultará poco confiable una declaración realizada bajo tortura o cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante. Esta prohibición es absoluta.

Deber de capacitar al personal y de ofrecer garantías procesales: En general, las torturas se producen cuando una persona es privada de su libertad por parte del Estado. Por ello los agentes públicos deben estar capacitados para tener un trato digno y adecuado con el detenido y este debe gozar de garantías procesales que resguarden su vida y su integridad física, todo lo cual debe estar debidamente monitoreado por los órganos estatales pertinentes.

Deber de reparar y compensar a las víctimas: Los Estados están obligados a reparar el daño que hayan causado, sea indemnizando el daño material y moral sufrido por la víctima y permitiendo su rehabilitación como también tomando medidas que garanticen la no repetición de los hechos.

VI.- Derecho vs. realidad

No obstante su prohibición, la tortura nunca fue desterrada. La investigadora Pilar Calveiro dice que aquella "...adoptó una modalidad sistemática e institucional en este siglo después de la Revolución de 1930 para los prisioneros políticos, y fue una práctica constante e incluso socialmente aceptada como norma para los llamados delincuentes comunes."⁹

⁹ Calveiro, Pilar, *Poder y Desaparición*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 1998.

La *Sección Orden Político* de la Policía Federal Argentina creada en 1931 y dirigida por el comisario Leopoldo Lugones hijo –el introductor de la picana eléctrica en los interrogatorios-, y luego su continuadora, denominada *Coordinación Federal*, son los antecedentes de los centros clandestino de detención, tortura y exterminio implantados a partir de 1976. En estos, la tortura era irrestricta e ilimitada. No importaba dejar secuelas porque tampoco importaba que viva o muera el torturado.

En la actualidad, la existencia de torturas -y también la impunidad de sus ejecutores- es una realidad. Al respecto resulta ilustrativo el informe emitido en el año 2010 por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, órgano que en cumplimiento de su deber de verificar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos analizó la situación argentina y dijo: “El Comité observa con preocupación la abundante información recibida relativa al uso frecuente de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes en las comisarías de policía y en los establecimientos penitenciarios, especialmente en provincias tales como Buenos Aires y Mendoza. Observa igualmente que muy pocos casos denunciados son objeto de investigación y juicio y aún menos aquéllos que terminan en la condena de los responsables, lo que genera altos índices de impunidad. Al Comité le preocupa además la práctica judicial en materia de calificación de los hechos, asimilando frecuentemente el delito de tortura a tipos penales de menor gravedad, tales como apremios ilegales, sancionados con penas inferiores.”

Y a renglón seguido recomendó: “El Estado Parte debe tomar medidas inmediatas y eficaces contra dichas prácticas, vigilar, investigar y, cuando proceda, enjuiciar y sancionar a los miembros de las fuerzas del orden responsables de hechos de tortura y reparar a las víctimas. La calificación judicial de los hechos debe tener en cuenta la gravedad de los mismos y los estándares internacionales en la materia;

“El Estado Parte debe crear registros sobre casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o, en su caso, reforzar las ya existentes, con miras a tener información fidedigna sobre la dimensión real del problema en todo el territorio nacional, observar su evolución y tomar medidas adecuadas frente al mismo;

“El Estado Parte debe redoblar las medidas de formación en derechos humanos de las fuerzas del orden, a fin de que sus miembros no incurran en las mencionadas conductas;

“El Estado Parte debe acelerar el proceso de adopción de las medidas legales necesarias para el establecimiento del mecanismo nacional independiente para la prevención de la tortura, conforme a lo previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o

Degradantes. En dicho proceso se deberá tener en cuenta la necesidad de articular de manera efectiva la coordinación entre los niveles federal y provincial.”

A mediados de 2012 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó una medida cautelar –vigente al momento de esta publicación– ordenando proteger la vida de los internos de las unidades penitenciarias 46, 47 y 48 de San Martín correspondientes al Servicio Penitenciario Bonaerense. La medida se otorgó atendiendo a la persistencia de una situación de violencia extrema, hacinamiento, malos tratos, torturas y privaciones estructurales de derechos de los detenidos. La Comisión propicia el impulso de una discusión seria sobre una agenda concreta dirigida a disminuir los niveles de violencia y prevenir violaciones de derechos humanos en las cárceles bonaerenses, y requiere una intervención política decidida hacia una reforma profunda del Servicio Penitenciario Bonaerense que le aporte valores democráticos a su funcionamiento y que rompa con las estructuras de negocios que desde el poder se amparan.

Esta situación torna exacta la conocida afirmación del jurista italiano Norberto Bobbio cuando dijo: “El problema de fondo de los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Se trata no de una cuestión filosófica sino política.”¹⁰

La tortura ha estado –y está– vinculada al poder y ha sido utilizada como una herramienta del mismo. A pesar de ser un delito severamente reprimido no son pocos quienes, al menos tácitamente, la permiten y hasta fomentan. A ello se agrega que por tratarse de hechos cometidos generalmente por personal de las fuerzas de seguridad, en establecimientos de dichas fuerzas, es de difícil prueba.

Con agudeza, analizando la contradicción entre la norma y los hechos, el magistrado Daniel Rafecas ya citado, afirma: “... una de las razones que explican (...) la pervivencia en la Argentina de la tortura y otros tratos y prácticas crueles, inhumanos o degradantes, perpetrados por agentes estatales, tanto en épocas dictatoriales como durante periodos al menos formalmente democráticos, incluyendo el actual, los constituye *la fuerte influencia del modelo inquisitivo*, enraizado culturalmente – desde la épocas colonial– en nuestras instituciones y prácticas modernas hasta la fecha.”¹¹

Si bien, como vimos, la Constitución Nacional y el Código Penal disponen de un satisfactorio sistema de tratamiento del delito de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha fracasado la política criminal del Estado argentino para

10 Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

11 Rafecas, Daniel, ob. cit.

sancionar este tipo de comportamientos aberrantes cometidos por sus agentes. La alarmante ausencia de condenas judiciales a los autores de estos ilícitos es una muestra de ello.

Dentro de la estructura de la Procuraduría General de la Nación en 2013 se creó la Procuraduría sobre Violencia Institucional. Su titular, el fiscal Abel Córdoba, advirtió claramente la situación que señalamos: “Nuestro diagnóstico es que la impunidad es producto de la doble valoración judicial: según quién sea el autor y quién la víctima. Hay impunidad producto de la ineficiencia decidida del Poder Judicial, que ve a las personas detenidas como subhumanos y no considera que en sus testimonios haya verdad. Hay jueces que dicen abiertamente que la cárcel está llena de mistagogos y se distancian de los hechos, menospreciando el dolor de las víctimas. Son hechos graves que deben ser abordados en profundidad. Se necesita, y a eso apunta la creación de la Procuraduría, una reorientación de la política criminal en cuanto a investigación y juzgamiento.” (...) “Es del Poder Judicial la responsabilidad por la impunidad de los hechos que ocurren en encierro o por la aplicación ilícita de violencia policial.”¹²

Las marcadas diferencias que surgen al comparar el ayer y el hoy de la tortura –ayer aceptada y hoy rechazada; ayer ejecutada en público y hoy en forma secreta; ayer como resultado de un procedimiento legal y hoy clandestino–, demuestran el avance, pero también que aún queda un largo camino por recorrer. El desafío actual es superar lo que Stanley Cohen llama “estado de negación”, esto es “el mantenimiento de un mundo social en el cual la situación indeseable –en el caso la tortura– no es reconocida, es ignorada o se la fuerza a parecer normal”¹³, ya que como dice el proverbio alemán que cita Primo Levi: “las cosas cuya existencia es moralmente imposible no existen.”¹⁴

VII.- Sistema Nacional de Prevención de la Tortura

En 2002 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. El instrumento tiene por objeto el establecimiento de un sistema de visitas regulares por parte de órganos nacionales e internacionales, integrados por personas expertas, a lugares donde haya personas

12 <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-215538-2013-03-11.html>

13 Stanley Cohen, *Estado de negación, ensayos sobre atrocidades y sufrimiento*, British Council Argentina y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005.

14 Primo Levi, *Beyond Judgement*, New York Review of Books, 17 de diciembre de 1987.

privadas de libertad con el fin de prevenir la tortura en su interior. Ese Protocolo establece la obligación para los Estados Partes de crear un mecanismo nacional con ese propósito.

Si bien Argentina fue uno de los primeros Estados del mundo en firmar el Protocolo –lo hizo en abril de 2003–, demoró casi una década en legislarlo dentro de sus fronteras. Recién a finales de 2012 sancionó la ley 26.827 creando el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura, organismo con facultades para visitar en cualquier momento lugares en que se encuentren personas privadas de libertad, no

solamente penitenciarias y policiales sino también psiquiátricas y de alojamiento de menores. Tiene la posibilidad de requerir todo tipo de información, escrutar los mecanismos disciplinarios y promover sanciones. Puede crear normas de alcance nacional respecto del control de superpoblación y el uso de la fuerza dentro de los establecimientos. Estará bajo su control el registro de casos de tortura en todo el país y de habeas corpus presentados por agravamientos de las condiciones de detención.

A partir de la puesta en vigencia plena de la ley el país tendrá una oportunidad histórica de poner en práctica un mecanismo efectivo de lucha contra la tortura. Para ello, como sostiene el Presidente del Comité de Derechos Humanos de la ONU, Fabián Salvioli, “es imprescindible que el organismo se componga de personas efectivamente independientes, que su labor sea sostenida económica y políticamente, y que quienes cumplen funciones de gobierno, legislativas y judiciales, actúen en consecuencia.”¹⁵

Hasta el momento de esta publicación el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura no fue implementado.-

VII.- Algunas recomendaciones

La persistencia de la tortura no es solo un problema argentino. En el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas se creó una Relatoría Especial para abordar las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención que desde hace más de una década viene desarrollando recomendaciones para luchar eficazmente contra la tortura. Entre ellas las siguientes:

- 1.- Las autoridades de más alto rango deberían condenar públicamente la tortura en todas sus formas en cualquier situación que se cometa.
- 2.- Las autoridades deberían realizar visitas imprevistas a las comisarías de policía y a las prisiones con el propósito de verificar el trato que se brinda a los detenidos.

¹⁵ Fabián Salvioli, *Hacia la erradicación de la tortura*, en La Vanguardia, tercera época, año 118, n° 1162, enero-febrero de 2013.

3.- Deberían ponerse en marcha campañas públicas con el objetivo de informar a la población en general y en particular a los segmentos marginalizados y vulnerables de la sociedad de sus derechos respecto a la detención y la prisión, y en particular a la presentación de denuncias por el trato recibido de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

4.- La inspección sistemática de los lugares de detención, en especial cuando se realiza como parte de un sistema de visitas periódicas, constituye una de las medidas preventivas más eficaces contra la tortura. Debería autorizarse a ONG independientes el pleno acceso a todos los lugares de detención de personas a fin de supervisar el trato que se da a las personas y las condiciones de detención de éstas. Durante las inspecciones debería permitirse que los miembros del equipo de inspección hablen en privado con los detenidos. El equipo debería también presentar informes públicos de los resultados de la investigación. Además, deberían establecerse órganos oficiales para llevar a cabo las inspecciones, como equipos formados por miembros de la judicatura, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, abogados defensores y médicos, así como expertos independientes y otros representantes de la sociedad civil.

5.- La tortura se practica con mayor frecuencia durante la incomunicación. Debería establecerse la ilegalidad de todo tipo de incomunicación.

6.- Las disposiciones legales deberán garantizar que los detenidos reciban asesoramiento jurídico en forma inmediata a su detención.

7.- Debe respetarse el derecho de los nacionales extranjeros a que se notifique su detención a los representantes consulares u otros representantes diplomáticos.

8.- En el momento de la detención debería someterse a la persona a un examen médico, que debería repetirse periódicamente y tener carácter obligatorio cuando se le transfiera a otro lugar de detención.

9.- Todos los interrogatorios deberían comenzar con la identificación de todos los presentes, deberían ser grabados, preferentemente en vídeo, y en la grabación debería incluirse la identificación de todos los presentes.

10.- Los países deberían adoptar medidas eficaces para impedir la violencia entre los presos investigando los informes de este tipo de violencia, encausando y sancionando a los responsables y ofreciendo protección a las personas vulnerables sin marginarlas de la población penitenciaria más de lo que exijan las necesidades de protección y sin someterlas a nuevos riesgos de malos tratos.

11.- Deberían estudiarse programas de capacitación para sensibilizar a los funcionarios de prisiones acerca de la importancia de adoptar medidas eficaces para impedir y acabar con los abusos entre presos, y dotarlos con medios para hacerlo.

12.- Cuando un detenido, un familiar de éste o un abogado presenten una denuncia de tortura, debería haber siempre una investigación y, a menos que la acusación sea manifiestamente infundada, debería suspenderse en el ejercicio de sus funciones a los funcionarios públicos relacionados con la denuncia en espera del resultado de la investigación y de cualquier actuación jurídica o disciplinaria a que ésta dé lugar.

13.- Debería estudiarse a fondo la creación de programas de protección de testigos para aquellos que presencien incidentes de tortura y otros malos tratos, programas que deberían ampliarse para incluir a las personas con antecedentes penales.

14.- En los casos en que un recluso corra peligro, debería ser trasladado a otra prisión en donde se adopten medidas especiales para mantener su seguridad.

15.- Debería garantizarse por ley que la víctima de un acto de tortura obtenga reparación y una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para una rehabilitación lo más amplia posible.

16.- En todos los casos de fallecimiento en reclusión o poco después de la puesta en libertad, debería realizarse una investigación dirigida por un juez.

17.- Deberían derogarse las disposiciones jurídicas que posibilitan indultos o amnistías (incluidas las leyes promulgadas en nombre de la reconciliación nacional o de la consolidación de la democracia y la paz) que eximan de responsabilidad criminal a los torturadores.

18.- Si las torturas tuvieron lugar en un establecimiento de detención oficial, debería ser sancionado o castigado el funcionario que estuviese a cargo del lugar.

19.- Los servicios médicos forenses deberían depender de una autoridad judicial y no de la policía o el sistema penitenciario.

20.- Deberían ofrecerse cursos y manuales de capacitación a la policía y al personal de seguridad, y el programa de servicios de asesoramiento y cooperación técnica en materia de derechos humanos. En el curso de capacitación debería insistirse especialmente en el principio de que la prohibición de la tortura es absoluta e inderogable y que existe el deber de desobedecer las órdenes de un superior que ordene torturar.

21.- Debería abolirse el confinamiento prolongado en condiciones de aislamiento que puede equivaler a la tortura.

22.- Los gobiernos y las asociaciones médicas deberían adoptar medidas estrictas contra el personal médico que participe de manera directa o indirecta en la tortura. Esta prohibición debería ampliarse a prácticas como la prestación de asistencia médica a detenidos maltratados para que puedan soportar nuevos abusos.

23.- El derecho y la práctica nacionales deberían reflejar el principio enunciado en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura que impone la prohibición de proceder a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado “cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

A la nómina agregamos por nuestra parte que, toda vez que la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, como vimos, son prácticas propias de agentes del Estado o de personas que actúan con la complicidad o encubrimiento de estos, la institución del Defensor del Pueblo u Ombudsman, en tanto “instrumento de garantías para la efectiva vigencia de los Derechos Humanos” y “activo promotor de los derechos humanos y de la cultura de la paz”¹⁶ tiene entidad para ser una valiosísima herramienta de trabajo.

Por la naturaleza de sus funciones, esta figura institucional está llamada a asumir la voz de las víctimas y a exigir enfáticamente la necesaria tutela judicial – que hasta el presente se ha mostrado deficiente en la sanción de estas prácticas- con el propósito de que la atención del tema adquiera la dimensión que su gravedad merece.

La prolongada vacancia del Defensor del Pueblo argentino, del mismo modo que la falta de implementación del Sistema Nacional de Prevención, es una inexcusable oportunidad perdida para ayudar a avanzar en la conclusión del largo proceso.

Con razón se ha dicho que una sociedad debe ser juzgada según las normas que ella misma proclama y respeta. Para ser mejores con los demás y con nosotros mismos es necesario profundizar el compromiso de luchar por la total abolición de la tortura porque su aplicación, no importa quién sea la víctima, nos afecta a todos.

16 Constenla, Carlos. *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*, Temis, Ubijus y Zavalia, 2010.

LA CALLE NO ES UN LUGAR PARA VIVIR

Luis Garay¹

Los Defensores del Pueblo no pueden estar ajenos a esta realidad social en la que se ven vulnerados derechos esenciales de ciudadanos de todas nuestras latitudes.

La problemática de las personas en situación de calle reviste una complejidad que no puede ni debe atenderse con enfoques asistencialistas, sino que es imperioso que sea abordada desde perspectivas interdisciplinarias y por profesionales capacitados al efecto, que brinden acompañamiento psicológico, social, médico y jurídico, así como afectivo.

No debe perderse de vista que es el respeto a la dignidad humana lo que está en juego, y la lucha contra prejuicios y acciones violentas de las que estas personas son víctimas frecuentes. No puede tolerarse la regresividad de derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ésta así como el resto del marco normativo de los ámbitos provinciales y municipales.

Es claro que la obligación corresponde al Estado: atender a sus ciudadanos cuando se encuentran en situación de vulneración de derechos, más aún en condiciones extremas como estas. A estos fines, es imperiosa la necesidad de encarar relevamientos periódicos y diagnósticos exhaustivos que posibiliten la formulación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo y cultura. Éstas deben ser elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos estamentos estatales, y complementarse con la participación de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, que en muchos casos ya vienen trabajando desde hace largo tiempo y cuentan con valiosa experiencia así como iniciativas para aportar.

El rol de las Defensorías consiste en ayudar a visibilizar esta problemática y advertir a los gobernantes sobre su responsabilidad, convocando a la acción, mediante la implementación de las citadas políticas públicas de modo integral y sostenido. Y precisamente por tratarse de “situaciones” es que no son estados inmutables, pueden ser modificados, mejorados e incluso revertirse.

Consideramos que “acompañar” es el modo adecuado, y que las intervenciones no deben formularse o ejecutarse desde la mirada soberbia que tiende a suplir la voluntad de quienes padecen esta situación, en la creencia de que se conocen de

¹ Defensor del Pueblo de la Ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos

antemano cuáles son los requerimientos a atender. Es importante acercarse desde la escucha –atenta, respetuosa y comprometida- a fin de comprender las difíciles circunstancias que atraviesan estas personas, sus historias y necesidades.

La Defensoría del Pueblo de Paraná, desde su creación en 2003, ha actuado de diversos modos: por un lado, a través de recomendaciones, reclamando al gobierno municipal la creación de espacios que den cobijo y atención de manera permanente a dicho colectivo. Por el otro, asistiendo a los ciudadanos que se acercan a la institución, en cuestiones particulares como las referidas a carencia de documentación, tratamiento médico, y otras necesidades básicas insatisfechas. Por último, participando de una red de organizaciones sociales junto a organismos estatales que se ha constituido con el fin de compartir, potenciar y en algunos casos unificar acciones y de esta manera lograr, juntos, mejores resultados en cuanto a la llamada de atención a los gobernantes. El lema que convoca a esta red es “la calle no es un lugar para vivir” y con esta idea como eje central, trabajamos coordinadamente en pos de evidenciar esta compleja problemática que afecta a quienes finalmente resultan ser en nuestras ciudades “los excluidos de los excluidos”.

GLOSARIO

VULNERABLES (O EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD), GRUPOS.

por Erasmo

Son aquellos grupos de personas que están en riesgo por sufrir de modo permanente o particularmente grave, discriminación, desigualdad, y/o intolerancia, debido a su raza, color, sexo, religión, situación económica, opinión y preferencias de cualquier índole. La condición de vulnerabilidad resulta de la acumulación de desventajas, entre otras de la pobreza y por lo tanto hace a las personas que se hallen en esa situación, susceptibles de sufrir un daño. Las personas en situación de vulnerabilidad están en inferioridad de condiciones para ejercer en plenitud sus derechos y libertades.

Las personas que forman parte de estos grupos no son vulnerables en sí mismas; son vulnerables porque los gobiernos y/o las sociedades los ha puesto en tal situación, debido a prejuicios, discriminación o a la falta de políticas públicas que garanticen igualdad social. La vulnerabilidad fracciona y por lo tanto anula el conjunto el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, a tal punto que las personas, grupos o comunidades que se hallen en ese estado, goza sólo de derechos formales, que en la realidad no pueden ejercer.

Se consideran grupos en condición de vulnerabilidad a los siguientes: niños, niñas y jóvenes en situación de calle, mujeres (en ciertas circunstancias), adultos mayores, poblaciones indígenas, personas con discapacidad, desplazados internos, refugiados, migrantes, personas con enfermedades mentales, personas con VIH-sida, personas con preferencia sexual y de género distinta a la heterosexual.

Una acepción más amplia indica que, en general, los grupos mencionados, viven en condiciones de pobreza extrema. Los ingresos de los pobres extremos no les permiten satisfacer sus necesidades básicas apropiadamente. La pobreza extrema, en sí misma, genera estado de vulnerabilidad.

También al hablar de vulnerabilidad, se hace referencia a aquellas personas que encuentran dificultades para insertarse en el mercado de trabajo, que sufren algún tipo de discriminación, y que están más expuestas a los vaivenes de la oferta y demanda de empleo. La condición de ser mujer, joven, tener alguna discapacidad, o pertenecer a determinados grupos étnicos, son limitantes para la participación en el mercado de trabajo.

El reconocimiento de la vulnerabilidad no es de hoy. El gran pedagogo, ensayista y filósofo español Francisco Giner de los Ríos, en 1899, con el lenguaje de entonces, convocaba, sobre todo a los jóvenes a ocuparse de los urgentes problemas de la vida social: “los del proletario, la mujer, el niño, el mendigo, el enfermo, el loco, el criminal, el alcohólico, el vago: todos los débiles en suma, de alma o de cuerpo de condición social o jurídica, de fortuna de moralidad o de cultura”.

Referencias Bibliográficas

Figuerola Pedraza, Dixis: *Grupos vulnerables y su caracterización como criterio de la seguridad alimentaria* en Punto de Vista. Revista Brasileira Saúde Materno Infantil, Recife, 5 (3) : 367 – 375, julio/septiembre 2005.

Giner de los Ríos, Francisco: *Obras Completas*, La Lectura, Madrid 1927 Tº XVI, p. 101.

Pérez Reyes, Costanza (editora): *Glosario sobre términos básicos sobre derechos humanos*, coedición de la Universidad Iberoamericana y Comisión Estatal de Derechos Humanos del Distrito Federal, México 2006 p. 149.

FIGURAS LATINOAMERICANAS

FERNANDO ORTIZ, PADRE DE LA ANTROPOLOGÍA CARIBEÑA¹

Lisandro Otero²

Fernando Ortiz (1881 – 1969) ha sido llamado con razón, el tercer descubridor de Cuba (cediendo sólo ante Colón y Humboldt), por su obra magna, erudita y rigurosamente científica, uno de los principales factores en la formación de la identidad nacional cubana.

Ortiz fue uno, si no el primero, de quienes inicialmente advirtieron el carácter mestizo de nuestra cultura, señalando la fragmentación y disimilitud de nuestros orígenes y la naturaleza sincrética de algunas de nuestras creencias populares. Él confesaba en 1942, que cuarenta años antes se había interesado en los temas sociológicos, entonces novedosos, y se había adentrado en los problemas cubanos. «En seguida me salió al paso el negro. Era natural que así fuera. Sin el negro Cuba no sería Cuba». Comenzó así, a estudiar al negro como factor integrante de la nacionalidad y halló de inmediato numerosos obstáculos y prejuicios. Existían pocos estudios y menos interés. Para algunos, aquello era como un rastreo en la conciencia, una exposición de culpas pasadas.

«Hablar del negro era cosa peligrosa –decía Fernando Ortiz en una conferencia en el Club Atenas– que sólo podía hacerse a hurtadillas. . . Hasta parecía que el mismo negro, y especialmente el mulato, querían olvidarse de sí mismos y renegar de su raza, para no recordar sus martirios y frustraciones, como a veces el leproso oculta a todos la desgracia de sus lacerias». En aquellos tiempos –comienzos del siglo XX- en que se iniciaba la república cubana, existía una burguesía empeñada en idealizarse y adoptar, miméticamente, patrones de pensamiento y comportamiento foráneos. Ortiz fue el primero que tuvo el rigor científico de buscar las verdaderas raíces y la audacia de proclamar su naturaleza. El principal aporte que realizó a la cultura cubana fue su comprensión del carácter híbrido de nuestros orígenes nacionales.

La huella de su indagación quedó en campos muy diversos de la cultura. Después de iniciarse en caminos penalistas y criminológicos, se orientó hacia la sociología, para seguir hacia la arqueología, la historia, la filología y la antropología, la musicología

1 El presente artículo fue publicado en la revista el Correo de la Unesco, París, del mes de diciembre de 1981

2 Lisandro Otero fue un escritor, periodista y diplomático cubano nacido en La Habana en 1932 y fallecido en la misma ciudad en 2008.

y la etnología. Ortiz nos mostró la vía social cubana en la dinámica interrelación de sus diversos factores. Durante siete decenios exploró, analizó y clasificó las culturas negras de Cuba.

Nicolás Guillén ha sintetizado muy bien el aporte de Ortiz al decir: «La vasta obra de Ortiz, acumulada en décadas de trabajo infatigable, acabó por desgarrar el velo que cubría la otra parte; y así como del lado del colonizador predominó la influencia castellana, pese a las diversas nacionalidades del mosaico hispánico, del lado esclavo se impuso la influencia yoruba o lucumí, que determinó el carácter fundamental de la cultura de origen africano establecida en Cuba. . . Ortiz hizo familiar, cotidiana, la noción del mestizaje nacional, y fijó para siempre el carácter de nuestra cultura, partiendo de un punto de vista estrictamente científico. . .».

Uno de los primeros problemas que enfrentó Ortiz fue el de la falta de herramientas apropiadas para su nueva tarea: no existían antecedentes, no había ni siquiera un léxico científico apropiado para describir los fenómenos que estudiaba. Ortiz acuñó nuevos términos como el *afrocubano*, hoy tan familiar, y el de *transculturación*, para denominar la simbiosis de culturas. Su trabajo como escrutador de los rasgos específicos de lo cubano lo llevó al campo de la lingüística. En 1923 apareció u *Catauro de cubanismos*, en el que clasificó mil quinientas voces a las que llamó «cubicherías lexicográficas».

Su obra más conocida acaso sea el *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*, donde no sólo realiza un profundo estudio de historia económica sino que acumula páginas brillantes de nuestra mejor literatura, sometiendo a una confrontación dialéctica el espíritu del tabaco y el del azúcar en entidades abstractas: enfrenta así el azúcar blanco y el tabaco moreno, lo dulce y lo amargo, alimento y veneno, energía y ensueño, carne y espíritu, lluvia y tierra, sol y luna, día y noche, agua y fuego. La riqueza imaginativa se une a la documentación científica para dejarnos uno de los hitos de la cultura cubana.

Ortiz etnólogo escribe *El engaño de las razas*, publicado en 1946, cuando el mundo recién emergía de la pesadilla fascista y de sus seudoteorías de la superioridad de la raza aria y de la inferioridad de las razas semíticas, unas destinadas al predominio y otras a la servidumbre. La obra de Ortiz es una fundamentada refutación de esas hipótesis.

Pero Fernando Ortiz no fue sólo un erudito investigador, fue un animador y promotor de la cultura. Así dio vida a numerosas instituciones, revistas y empresas editoriales en tiempos en que tales actividades solían ser un empeño estéril.

En su interés por la influencia africana sobre nuestro continente, Ortiz llegó a abordar, con penetración, el análisis del área principal del agrupamiento y concentración de elementos culturales de origen afroide: el mar Caribe. Por eso es Fernando Ortiz un precursor de los estudios caribeños, no solamente en Cuba. Para América Latina, sobre todo para aquella parte que recibió influencias de África, su obra es de indispensable conocimiento por su esclarecedor aporte a nuestros procesos de transculturación.

Fernando Otero Fernández, nació y murió en La Habana. Pasó su infancia en España y de regreso a Cuba inició sus estudios de Derecho en la Universidad de La Habana. Se graduó en Barcelona y doctoró en Madrid. Años después fue profesor universitario en su país en las cátedras de Derecho Constitucional y Economía Política (Nota del editor).

NOTICIAS

DEFENSOR DEL PUEBLO EN CHILE: DESAFÍOS DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

Fernando Escobar Aguirre¹

Chile se encuentra nuevamente ante la oportunidad de contar con un Ombudsman. El Gobierno de la Presidenta Bachelet se encuentra analizando una propuesta legislativa que sería remitida para la legislatura ordinaria que se inicia en marzo.

Nuestro país, un calificado protagonista del sistema de derechos humanos es hoy el único país de América que no tiene esta institución. Pese a los diversos esfuerzos desplegados por los sucesivos gobiernos democráticos, ninguno ha sido fructífero².

Ha sido el Proyecto de Reforma Constitucional que Crea la Defensoría de las Personas presentado en el Primer Gobierno de la actual mandataria el único que ha experimentado un avance relativo, siendo aprobado por la casi totalidad de la Cámara de Diputados. Dicho proyecto propone un organismo autónomo para la promoción, protección y defensa de los derechos y garantías fundamentales.

La posibilidad de crear esta institución enfrenta nuevos desafíos a partir de la creación en 2009 del Instituto Nacional de Derechos Humanos, una corporación de estado autónoma para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas. La existencia de este organismo, ha complejizado la perspectiva del Ombudsman pues hay quienes estiman que la protección de los derechos humanos se encuentra asegurada, lo que haría innecesaria su creación. Sin embargo, ésta entidad no se ajusta al ombudsman pues no contempla la recepción de quejas y su legitimación judicial esta acotada a ciertos delitos graves contra los derechos humanos.

Por su parte, la situación político social del país, crecientemente dominada por hechos graves de colusión de empresas, corrupción de funcionarios públicos y conflictos de interés que afectan a estos y en general a las autoridades políticas, ha fortalecido la necesidad de un organismo que enfrente la desprotección que afecta al conjunto de la ciudadanía.

1 Abogado. Profesor de Derechos Humanos. Secretario del Directorio del Capítulo Chileno del Ombudsman

2 Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de la Justicia y Defensor del Pueblo (Boletín 332-07, abril, 1991) retirado de la Cámara, sin haber sido nunca debatido. Proyecto de ley que creaba el Defensor Nacional del Usuario (Boletín 2115-03) Proyecto de Reforma Constitucional que creaba el Defensor del Ciudadano (Boletín 2605-07)

El actual gobierno propuso la creación del ombudsman en su programa, la que se ha visto refrendada por el Consejo Anti corrupción convocado para analizar esta problemática, el cual ha manifestado opinión en este mismo sentido, proponiendo

un defensor de la ciudadanía del tipo ombudsman, cuya función sea la promoción y protección de los derechos de los ciudadanos frente a los actos de la Administración Pública³.

De esta forma, el desafío que tiene por delante el Gobierno radica en la arquitectura que dará a esta institución, considerando que ya cuenta con un organismo de estado protector de los derechos humanos; tarea que verá fortalecida con la reciente creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, que ordenará la política de Derechos Humanos. Y considerando además, el inicio de un proceso constituyente destinado a crear una nueva Constitución.

Existen diversas opciones posibles, como concretar la reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas; o radicar competencias propias del Ombudsman en el Instituto Nacional de Derechos Humanos, ampliando sustantivamente sus facultades. Sin embargo, la decisión presidencial ha sido proponer un nuevo órgano que establezca a partir de sus competencias específicas una diferencia con las tareas de protección de derechos humanos ejercidas por el INDH. Un desafío complejo.

3 Cabe tener presente que los conflictos de probidad han estado presentes en los gobiernos anteriores. En la denominada Agenda de Modernización del Estado se contemplaba de manera expresa el establecimiento del Defensor Ciudadano, dotado de atribuciones para procesar e investigar quejas del público sobre los servicios recibidos de la administración pública y municipal, y conciliar y generar mecanismos de compensación.

Porqué esta revista se llama “Éforos”

Los éforos eran magistrados espartanos que en número de cinco se elegían anualmente por la gerusía (cuerpo integrado por los reyes y veintiocho ciudadanos de edad superior a los sesenta años). Su misión era controlar los actos de los reyes y de todos los que tenían el poder de gobernar, al punto de poder suspender la aplicación de sus disposiciones. Con el tiempo, aprovechando las disputas entre las dinastías reinantes, y acaso también entre los reyes y la aristocracia, los éforos se convirtieron en los principales artífices y a la vez beneficiarios de la progresiva reducción del poder real. Su influencia fue enorme. Dice Polibio que los reyes de Esparta gobernaban «... unidos bajo la vigilante y paternal tutela de los éforos» y Jenofonte, que los éforos tenían «facultades para multar a cualquiera. . . poder de manda inmediata. . . poder para cesar, encarcelarlos y citar a juicio con pena de muerte a los magistrados». «Todos se levantaban de sus asientos en honor al rey, salvo los éforos. . . ». Las prevenciones que Aristóteles tuvo por esta institución, indican que en todo caso el eforado fue una institución popular y hasta cierto punto peligrosa para las clases dominantes. No hace suponer algo distinto las gruesas descalificaciones que le dedica en La Política: «... los éforos son elegidos por la gente plebeya y popular. De manera que acontece muchas veces ser nombrados para este cargo hombres muy necesitados, los cuales ponen en venta su parecer a causa de su pobreza». «La elección de gente vulgar y popular. . . porque de todos se hace la elección, aunque no debía elegirse ciertamente, del modo como ahora se efectúa, que es cosa de rapacería. Además, que siendo los éforos gente vulgar y de baja condición, los hacen señores de muy grandes judicaturas». No se detiene mucho Aristóteles en considerar la contradicción que encierran sus dichos, al atribuirle a los éforos por una parte una suerte de subrogación del poder real y por la otra, denunciar que quienes ejercían esa magistratura eran vulgares plebeyos de baja condición ¡Nada menos que en Esparta!

Sea como fuera, la idea de los éforos quedó inseparablemente ligada a aquellas magistraturas cuya misión fuera la de limitar el poder, la de defender los derechos de las personas e incluso la de ejercer un poder impeditivo. Todas esas características lo acercaron al Tribuno de la Plebe de la antigua Roma. Fueron divulgadores de esta institución Calvino, Juan de Mariana, Altusio, Spinoza, Rousseau y Fichte entre otros. El moderno Defensor del Pueblo, tiene vasos comunicantes con lógica institucional que había previsto la necesidad de contraponer a la fuerza del poder la defensa de los derechos del pueblo.

Sea entonces el nombre de esta publicación un reconocimiento a quienes mantuvieron en alto esa democrática convicción.