

Susana G. Cayuso\*

# El Defensor del Pueblo de la Nación. Consecuencias de su reconocimiento constitucional

## 1. Introducción

Esta institución,<sup>1</sup> que nació en Suecia como un organismo auxiliar del Parlamento, fue incorporada al texto constitucional por la reforma de 1994. Con anterioridad a su concreción constitucional la figura fue creada por la ley 24284,<sup>2</sup> modificada

---

\* Profesora titular de Derecho Constitucional e investigadora permanente del Instituto de Investigación «Ambrosio L. Gioja» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> La reforma constitucional de 1994 incorporó en el capítulo VII de la parte orgánica, artículo 86 de la norma fundamental, la figura del Defensor del Pueblo en los siguientes términos: «El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión 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 Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial».

<sup>2</sup> Ley n.º 24284

*Título I. Creación. Nombramiento. Cese y condiciones*

*Capítulo I. Carácter y elección*

Artículo 1.º Creación. Se crea en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación la Defensoría del Pueblo, la cual ejerce las funciones que establece la presente ley, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. El objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los

por la ley 24379 (25.10.1994)—, dictada por el Congreso de la Nación y promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993.

individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14.

Artículo 2.º Titular. Forma de elección. Es titular de ese organismo un funcionario denominado Defensor del Pueblo quien es elegido por el Congreso de la Nación de acuerdo con el siguiente procedimiento:

a) Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una comisión bicameral permanente, integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo.

b) En un plazo no mayor de treinta (30) días a contar desde la promulgación de la presente ley, la comisión bicameral reunida bajo la Presidencia del presidente del Senado, debe proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de Defensor del pueblo.

Las decisiones de la comisión bicameral se adoptan por mayoría simple;

c) Dentro de los treinta (30) días siguientes al pronunciamiento de la comisión bicameral, ambas Cámaras eligen por el voto de dos tercios de sus miembros presentes a uno de los candidatos propuestos;

d) Si en la primera votación ningún candidato obtiene la mayoría requerida en el inciso anterior debe repetirse la votación hasta alcanzarse;

e) Si los candidatos propuestos para la primera votación son tres y se diera el supuesto del inciso d) las nuevas votaciones se deben hacer sobre los dos candidatos más votados en ella.

Artículo 3.º Duración. La duración del mandato del Defensor del Pueblo es de cinco años, pudiendo ser reelegido por una sola vez según el procedimiento establecido en el artículo anterior.

Artículo 4.º Calidades para ser elegido. Puede ser elegido Defensor del Pueblo toda persona que reúna las siguientes calidades:

a) Ser argentino nativo o por opción;

b) Tener 30 años de edad como mínimo.

Artículo 5.º Nombramiento. Forma. El nombramiento del Defensor del Pueblo se instrumenta en resolución conjunta suscrita por los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados, la que debe publicarse en el Boletín Oficial y en el Diario de Sesiones de ambas Cámaras.

El Defensor del Pueblo toma posesión de su cargo ante las autoridades de ambas Cámaras prestando juramento de desempeñar debidamente el cargo.

Artículo 6.º Remuneración. El Defensor del Pueblo percibe la remuneración que establezca el Congreso de la Nación por resolución de los Presidentes de ambas Cámaras. Goza de la exención prevista en el artículo 20, inciso q) de la ley nacional de impuesto a las ganancias y sus modificaciones.

*Capítulo II. Incompatibilidades. Cese. Sustitución. Prerrogativas*

Artículo 7.º Incompatibilidades. El cargo de Defensor del Pueblo es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública o comercial, docente o profesional, estándole vedada asimismo la actividad política partidaria.

La incompatibilidad para acceder a cargos electivos subsiste durante los dos años posteriores al cese de las funciones.

Son de aplicación al defensor del pueblo, en lo pertinente, las normas en materia de recusación y excusación previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 8.º Actividad. La actividad de la Defensoría del Pueblo no se interrumpe en el período de receso del Congreso.

Artículo 9.º Incompatibilidad. Cese. Dentro de los diez (10) días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión del cargo, el Defensor del Pueblo debe cesar en toda situación de incompatibilidad que pudiere afectarlo presumiéndose, en caso contrario, que no acepta el nombramiento.

Varias de las provincias argentinas habían avanzado en el tema, incorporando la figura en sus Constituciones, tal el caso de Salta (artículo 124), San Luis (artículo 235), Córdoba (artículo 124), o Río Negro (artículo 167), entre otras.

---

Artículo 10.º Cese. Causales. El Defensor del Pueblo cesa en sus funciones por alguna de las siguientes causas:

- a) Por renuncia;
- b) Por vencimiento del plazo de su mandato;
- c) Por incapacidad sobreviniente;
- d) Por haber sido condenado mediante sentencia firme por delito doloso;
- e) Por notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por haber incurrido

en la situación de incompatibilidad prevista por esta ley.

Artículo 11. Cese y formas. En los supuestos previstos por los incisos a), c) y d) del artículo 10 el cese será dispuesto por los Presidentes de ambas Cámaras.

En los supuestos previstos por los incisos c) y e) del mismo artículo, el cese se decide por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de ambas Cámaras, previo debate y audiencia del interesado. En el caso del inciso c) la incapacidad sobreviniente deberá acreditarse de modo fehaciente.

En caso de muerte del Defensor del Pueblo se procederá a su reemplazo provisorio según las normas establecidas en el artículo 13, promovándose en el más breve plazo la designación del titular en la forma prevista en el artículo 2.

Artículo 12. Inmunidades. El Defensor del Pueblo gozará de las inmunidades establecidas por la Constitución nacional para los miembros del Congreso. No podrá ser arrestado desde el día de su designación hasta el de su cese o suspensión, excepto en el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de un delito doloso, de lo que se debe dar cuenta a los Presidentes de ambas Cámaras con la información sumaria del hecho.

Cuando se dicte auto de procesamiento por la justicia competente contra el Defensor del Pueblo por delito doloso, podrá ser suspendido en sus funciones por ambas Cámaras hasta que se dicte sobreseimiento definitivo a su favor.

### *Capítulo III. De los adjuntos*

Artículo 13. Adjuntos. A propuesta del Defensor del Pueblo la comisión bicameral prevista en el artículo 2, inciso a) debe designar dos adjuntos que auxiliarán a aquel en su tarea, pudiendo reemplazarlo provisoriamente en los supuestos de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden que la comisión determine al designarlos.

Para ser designado adjunto del Defensor del Pueblo son requisitos, además de los previstos en el artículo 4 de la presente ley:

- a) Ser abogado con ocho años en el ejercicio de la profesión como mínimo o tener una antigüedad computable, como mínimo, en cargos del Poder Judicial, Poder Legislativo, de la administración pública o de la docencia universitaria;
- b) Tener acreditada reconocida versación en derecho público.

A los adjuntos les es de aplicación, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 3, 5, 7, 10, 11 y 12 de la presente ley.

Periben la remuneración que al efecto establezca el Congreso de la Nación.

## *Título II. Del procedimiento*

### *Capítulo I. Competencia. Iniciación y contenido de la investigación*

Artículo 14. Actuación. Forma y alcance. El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

Jorge Maiorano, en oportunidad de referirse a las causas que determinaron en Suecia la institucionalización de esta figura, así como su evolución y difusión

---

Los legisladores, tanto Provinciales como Nacionales, podrán receptor quejas de los interesados de las cuales darán traslado en forma inmediata al Defensor del Pueblo.

Artículo 15. Comportamientos sistemáticos y generales. El Defensor del Pueblo, sin perjuicio de las facultades previstas por el artículo 14 de la presente ley, debe prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.

Artículo 16. Competencia. Dentro del concepto de administración pública nacional, a los efectos de la presente ley, quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios.

Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y los organismos de defensa y seguridad.

Artículo 17. Otros ámbitos de competencias. Quedan comprendidas dentro de la competencia de la Defensoría del Pueblo, las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos. En este caso, y sin perjuicio de las restantes facultades otorgadas por esta ley, el Defensor del Pueblo puede instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de las facultades otorgadas por ley.

Artículo 18. Legitimación. Puede dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona física o jurídica que se considere afectada por los actos, hechos u omisiones previstos en el artículo 14. No constituye impedimento para ello la nacionalidad, residencia, internación en centro penitenciario o de reclusión y, en general, cualquier relación de dependencia con el Estado.

#### *Capítulo II. Tramitación de la queja*

Artículo 19. Queja. Forma. Toda queja se debe presentar en forma escrita y firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellido y domicilio en el plazo máximo de un año calendario, contado a partir del momento en que ocurriere el acto, hecho u omisión motivo de la misma.

No se requiere al interesado el cumplimiento de otra formalidad para presentar la queja.

Todas las actuaciones ante el Defensor del Pueblo son gratuitas para el interesado, quien no está obligado a actuar con patrocinio letrado.

Artículo 20. Derivación. Facultad. Si la queja se formula contra personas, actos, hechos u omisiones que no están bajo la competencia del Defensor del Pueblo, o si se formula fuera del término previsto por el artículo 19, el Defensor del Pueblo está facultado para derivar la queja a la autoridad competente informando de tal circunstancia al interesado.

Artículo 21. Rechazo. Causales. El Defensor del Pueblo no debe dar curso a las quejas en los siguientes casos:

- a) Cuando advierta mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial;
- b) Cuando, respecto de la cuestión planteada, se encuentre pendiente resolución administrativa o judicial.

Puede rechazar también aquellas quejas cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona.

Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención.

mundial, recurrió para definirla a los términos empleados por Gerald Caiden, según los cuales:

---

Ninguno de los supuestos previstos por el presente artículo impide la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas. En todos los casos se comunicará al interesado la resolución adoptada.

Artículo 22. Irrecorribilidad. Interrupción. Las decisiones sobre la admisibilidad de las quejas presentadas son irrecorribles.

La queja no interrumpe los plazos para interponer los recursos administrativos o acciones judiciales previstos por el ordenamiento jurídico.

Artículo 23. Procedimiento. Admitida la queja, el Defensor del Pueblo debe promover la investigación sumaria, en la forma que establezca la reglamentación, para el esclarecimiento de los supuestos de aquella. En todos los casos debe dar cuenta de su contenido al organismo o entidad pertinente, a fin de que por intermedio de autoridad responsable y en el plazo máximo de treinta (30) días, se remita informe escrito.

Tal plazo puede ser ampliado hasta un máximo de 60 días cuando concurren circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor del Pueblo.

Respondida la requisitoria, si las razones alegadas por el informante fueren justificadas a criterio del Defensor del Pueblo, este dará por concluida la actuación comunicando al interesado la circunstancia.

### *Capítulo III. Obligación de colaboración. Régimen de responsabilidad*

Artículo 24. Obligación de colaboración. Todos los organismos públicos, personas físicas o jurídicas públicas o privadas están obligadas a prestar colaboración, con carácter preferente, a la Defensoría del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones.

A esos efectos el Defensor del Pueblo o sus adjuntos están facultados para:

a) Solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estimen útil a los efectos de la fiscalización, dentro del término que se fije. No se puede oponer disposición alguna que establezca el secreto de lo requerido. La negativa solo es justificada cuando ella se fundamenta en la salvaguarda de un interés atinente a la seguridad nacional.

b) Realizar inspecciones, verificaciones y, en general, determinar la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación.

Artículo 25. Obstaculización. Entorpecimiento. Todo aquel que impida la efectivización de una denuncia ante el Defensor del Pueblo u obstaculice las investigaciones a su cargo, mediante la negativa al envío de los informes requeridos o impida el acceso a expedientes o documentación necesaria para el curso de la investigación, incurre en el delito de desobediencia que prevé el artículo 240 del Código Penal. El Defensor del Pueblo debe dar traslado de los antecedentes respectivos al Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de las acciones pertinentes.

La persistencia en una actitud entorpecedora de la labor de investigación de la Defensoría del Pueblo, por parte de cualquier organismo o autoridad administrativa, puede ser objeto de un informe especial cuando justificadas razones así lo requieran, además de destacarla en la sección correspondiente del Informe anual previsto en el artículo 31 de la presente ley.

El Defensor del Pueblo puede requerir la intervención de la Justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiere sido negada por cualquier institución pública o privada.

Artículo 26. Hechos delictivos. Cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de hechos presumiblemente delictivos de acción pública, los debe comunicar de inmediato al Procurador General de la Nación. Este deberá informar, en cualquier caso y de manera periódica al Defensor del Pueblo, o cuando este lo solicite, el estado en que se hallan las actuaciones promovidas por su intermedio.

El Ombudsman o defensor del pueblo es considerado hoy día como un símbolo de todo Estado democrático, la esencia de lo que el gobierno debería hacer; es decir,

---

*Título III. De las resoluciones*

*Capítulo único. Alcance de las resoluciones. Comunicaciones. Informes*

Artículo 27. Límites de su competencia. El Defensor del Pueblo no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas. Sin perjuicio de ello, puede proponer la modificación de los criterios utilizados para su producción.

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.

Artículo 28. Advertencia y recomendaciones. Procedimiento. El Defensor del Pueblo puede formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, los responsables estarán obligados a responder por escrito en el término máximo de un mes.

Si formuladas las recomendaciones, dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada, o esta no informe al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, este puede poner en conocimiento del ministro del área, o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas.

Si tampoco así obtiene una justificación adecuada, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud.

Artículo 29. Comunicación de la investigación. El Defensor del Pueblo debe comunicar al interesado el resultado de sus investigaciones y gestiones así como la respuesta que hubiese dado al organismo o funcionario implicados, salvo en el caso que esta por su naturaleza sea considerada como de carácter reservado o declarada secreta.

Asimismo, debe poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos que corresponda, los resultados de sus investigaciones en los organismos sometidos a su control.

Artículo 30. Relaciones con el Congreso. La comisión bicameral prevista en el inciso a) del artículo 2.º, de la presente ley, es la encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar a las Cámaras en cuantas ocasiones sea necesario.

Artículo 31. Informes. El Defensor del Pueblo da cuenta anualmente a las Cámaras de la labor realizada en un informe que les presenta antes del 31 de mayo de cada año.

Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe especial.

Copia de los informes mencionados debe ser enviada para su conocimiento al Poder Ejecutivo.

Artículo 32. Contenido del informe. El Defensor del Pueblo en su informe anual da cuenta del número y tipo de quejas presentadas; de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de las mismas.

En el informe no deben constar datos personales que permitan la pública identificación de los interesados en el procedimiento investigador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26.

El informe debe contener un anexo, cuyos destinatarios serán las Cámaras, en el que se debe hacer constar la rendición de cuentas del presupuesto de la institución en el período que corresponda.

En el informe anual, el Defensor del Pueblo puede proponer al Congreso de la Nación las modificaciones a la presente ley que resulten de su aplicación para el mejor cumplimiento de sus funciones.

*Título IV. Recursos humanos y materiales*

*Capítulo único. Personal. Recursos económicos. Plazos*

Artículo 33. Estructura. Funcionarios y empleados. Designación. Dentro de los noventa (90) días de promulgada la presente ley la comisión bicameral prevista en el artículo 2.º debe establecer la estructura orgánica-funcional y administrativa de la Defensoría del Pueblo.

fomentar el bienestar del ciudadano, defender las libertades individuales y velar para que la burocracia administrativa trate con equidad a todos los ciudadanos [...].<sup>3</sup>

A su vez, tiempo antes, el autor citado había considerado las razones por las cuales era necesario legislar la figura en los países latinoamericanos, poniendo el acento en dos motivos singulares:

1) la recurrente inestabilidad institucional que ha signado la vida política de muchos países de esta parte del continente, y 2) la condición de países subdesarrollados que ellos invisten. No debe dudarse en afirmar que la existencia de un sistema democrático constituye una condición sine qua non para la admisión del Ombudsman. Como sostuvo Joaquín Jiménez —primer Defensor del Pueblo español— en su esencia, el Ombudsman es un signo de identidad democrática en la medida que constituye un baluarte de la paz social y un medio de fortalecimiento de la justicia.<sup>4</sup>

En los inicios del intercambio de opiniones acerca de la conveniencia o inconveniencia de incorporar la figura al sistema argentino, varias fueron las cuestiones en las que —aun en aquellos que defendían su necesidad— se vislumbraron diversas posiciones. En tal sentido, algunas de ellas se referían a la ubicación institucional del defensor, a su designación, a su grado de independencia funcional, a su integración, al ámbito de sus competencias y al alcance de sus funciones, entre otras. Sin duda, todas ellas ligadas en forma directa a posturas más o menos aperturistas respecto a intensificar el control dentro del sistema.

Al reglamentar la creación de la figura, la ley 24284 puso su acento en lo que podríamos denominar el ámbito de la administración por los efectos de su accionar, tanto respecto de las funciones encomendadas como de las posibles afectaciones a los intereses difusos y colectivos (artículo 14).

Se creó en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación, pero con la consigna de no recibir «instrucciones de ninguna autoridad» y se dispuso que «el objetivo

---

Para cubrir todos los cargos de funcionarios y empleados de la Defensoría, el defensor del pueblo debe proponer a los presidentes de ambas Cámaras la nómina del personal que desea se le asigne funciones en dicho organismo. Ese personal debe revistar con anterioridad en la planta permanente de cualquiera de las Cámaras del Congreso nacional.

Artículo 34. Reglamento interno. El reglamento interno de la Defensoría del Pueblo debe ser dictado por su titular y aprobado por la comisión prevista en el inciso a) del artículo 2.º de la presente ley.

Artículo 35. Plazos. Modo del cómputo. Salvo disposición expresa en contrario los plazos previstos en esta ley se deben contar en días hábiles administrativos.

Artículo 36. Presupuesto. Los recursos para atender todos los gastos que demande el cumplimiento de la presente ley provienen de las partidas que las leyes de presupuesto asignan al Poder Legislativo de la Nación.

Artículo 37. Comuníquese al Poder Ejecutivo. Alberto R. Pierrri, Oraldo Britos, Esther Pereyra Arandía de Pérez Pardo, Edgardo PiuZZi.

<sup>3</sup> Cf. Jorge L. Maiorano: «El ombudsman y la protección de los derechos del hombre», en *La Ley*, 1992-C, p. 791.

<sup>4</sup> Cf. Jorge L. Maiorano: «Alternativas para el establecimiento del ombudsman en América Latina», en *La Ley*, 1990-C, p. 1015.

fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14».

Un dato relevante a tener en cuenta, para interpretar la cohabitación de la ley con lo dispuesto en los artículos 86 y 43 de la Constitución nacional —incorporación de la figura y acción de amparo, respectivamente—, es el alcance funcional que la norma infraconstitucional le reconocía al Defensor, al disponer que:

[...] quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios. Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y los organismos de defensa y seguridad (artículo 16).

El alcance que a este artículo le ha dado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el año 2003 ha significado, en la práctica, la aplicación de un criterio absolutamente restrictivo de la legitimación del Defensor del Pueblo, ello a pesar de lo dispuesto en la norma constitucional a partir de 1994.

## 2. El Defensor del Pueblo en la Constitución argentina

### 2.1. Fuente normativa constitucional del Defensor del Pueblo

Tal como expresamos más arriba, la ley que incorporó la figura al sistema argentino fue dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y modificada en aspectos no sustantivos con posterioridad. El constituyente reformador definió la figura y, a los efectos de realizar una correcta hermenéutica de la norma que la consagra, es necesario rastrear el sistema de derecho comparado que le inspiró y la fuente normativa que regula aquel.

Por ello, cabe recordar que el ordenamiento constitucional español fue el modelo seguido preferentemente para perfilar la figura en el sistema argentino, razón por la cual es importante revisar el alcance de la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo en aquel ordenamiento jurídico. El artículo 54 de la Constitución española dispone que:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

A su vez, las normas referidas al Tribunal Constitucional (artículo 162, incisos A y B, título IX) disponen que el Defensor del Pueblo está legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo, entre otros.



En línea con ello, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo española, en su artículo 29, remite a las normas constitucionales indicadas y a la ley que regula al Tribunal Constitucional respecto de la legitimación procesal y los tipos de recursos o acciones (artículos 32.1.b, y 46.1 y 2).

En el tema, el Tribunal Constitucional español sostuvo que:

Los artículos 161.1.a de la CE y 32.1 de la LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo. Pero incluso si se aceptara la tesis de que el Defensor del Pueblo sólo puede promover recurso de inconstitucionalidad en el ámbito de los fines de la institución, su legitimación, fundada en la finalidad objetiva de la acción instada, no se ve afectada por la motivación o fundamentación jurídica de la misma, tratándose de un órgano unipersonal, como es el Defensor del Pueblo, resulta evidente que su titular puede actuar en los procesos constitucionales por sí mismo, sin perjuicio de que pueda también optar por el nombramiento de un representante o comisionado al efecto. Tanto el abogado del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid como el abogado del Estado alegan que en el recurso del Defensor del Pueblo concurre parcialmente un defecto de legitimación, puesto que en el primero de los fundamentos jurídicos de su demanda imputa a la Ley recurrida la infracción del principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9.3 de la Constitución, siendo así que el Defensor del Pueblo sólo puede actuar, conforme a la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, función que delimita las competencias de la institución. Esta última objeción previa debe ser también rechazada por la sola y simple razón de que los artículos 116.1.a de la Constitución y 32.1 de la LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo. Pero incluso si se aceptara la tesis de que el Defensor del Pueblo sólo puede promover recurso de inconstitucionalidad en el ámbito de los fines de la institución, es decir, para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución (artículo 54 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril), tampoco carecería de legitimación para actuar en el presente proceso, pues no cabe confundir la finalidad objetiva de la acción instada con la motivación o fundamentación jurídica de la misma. Según se infiere de su escrito de demanda, el Defensor del Pueblo persigue en este caso la defensa del derecho a un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad y que no tenga alcance confiscatorio, enunciado en el artículo 31.1 de la Constitución. A este fin obedece también la alegación de infracción del principio de seguridad jurídica, que el Defensor del Pueblo atribuye a la Ley recurrida, pues al ser este un principio general del ordenamiento constitucional su eventual vulneración afectaría a la constitucionalidad de las leyes que regulan el sistema tributario y, aún más, a la justicia de este mismo sistema. Existe, pues, un punto de conexión evidente entre el alegato del Defensor del Pueblo en el presente recurso de inconstitucionalidad y el ámbito material de sus funciones lo que despeja cualquier sombra de duda acerca de su legitimación para recurrir, aun en el caso de que se aceptara una interpretación restrictiva de las normas que la regulan.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Sentencia 150/1990, 4.10.1990, *BOE*, 19901106 [*BOE* n.º 266]. Sala: Pleno. Excmos. Sres. Tomás, Rubio, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina, López de los Mozos, Rodríguez, Gimeno y Gabaldón. Ponente: don Jesús Leguina Villa. Número registro: 243/1985 y 257. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad.

Años más tarde, el mismo tribunal, en oportunidad de pronunciarse en una impugnación a la posible falta parcial de legitimación activa del Defensor del Pueblo para la interposición del recurso, con fundamento similar ya que se invocó que en ese caso la intervención de aquel aparece desconectada de los derechos comprendidos en el título I de la CE cuya defensa le atribuye el artículo 54 del texto constitucional, precepto este que delimitaría su ámbito de actuación y competencias, incluida la facultad de interponer el recurso de inconstitucionalidad que le atribuye el artículo 162.1.a CE, reiteró que:

Esta misma cuestión ya fue planteada y resuelta en la STC 150/1990, de 4 de octubre, a la que hace referencia el propio Gobierno de Canarias, sin que sus alegaciones en el presente recurso sirvan para desvirtuar lo dicho entonces en el sentido de que «los artículos 116.1.a [quiere decir artículo 162.1.a] de la Constitución y 32.1 LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo» (FJ 1). Ciertamente, en esa ocasión, y a efectos meramente dialécticos, poníamos de manifiesto que el recurso entonces interpuesto perseguía también, como podía inferirse del escrito de interposición, la defensa de uno de los derechos previstos en el Título I de la CE (concretamente, a un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad sin alcance confiscatorio, enunciado en el artículo 31.1 CE). Hay que reiterar no obstante que, con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los artículos 162.1.a C.E. y 32.1 LOTC, pues, como afirmamos en la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, dicha legitimación les ha sido reconocida a cada uno de ellos «no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional» [FJ 3; también, recientemente, STC 180/2000, de 19 de junio, FJ 2.a].<sup>6</sup>

## 2.2. La reforma constitucional de 1994 y el Defensor del Pueblo

Desde la reforma constitucional el accionar del Defensor del Pueblo se ha visto fuertemente condicionado por el alcance que a las normas constitucionales e infraconstitucionales en la materia le han asignado principalmente algunos sectores de la doctrina y del Poder Judicial.

---

<sup>6</sup> Sentencia 274/2000, 15.11.2000, *BOE*, 20001214 [*BOE*, n.º 299]. Sala: Pleno. Ponente: don Julio Diego González Campos. Número de registro: 1259/1997. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad. Promovido por el Defensor del Pueblo respecto a diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1997. Ley de presupuestos: nulidad de varios preceptos, sobre movilidad de funcionarios de altas instituciones, incumplimiento de la jornada de trabajo, retribuciones a cuenta y otros extremos; y validez de los preceptos que regulan la reasignación de efectivos, una convocatoria laboral y la retribución de funcionarios electos.

El presupuesto para desentrañar la voluntad constituyente no se agota en el texto literal de las normas constitucionales que lo tienen por protagonista o coprotagonista sino que se requiere una interpretación integradora de los principios y valores que justifican la incorporación de la figura del Defensor con jerarquía constitucional.

El artículo 43 de la norma suprema, al regular la acción de amparo, habilita expresamente al Defensor del Pueblo a ejercer tal acción en supuestos particulares al disponer que:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

La naturaleza de los derechos de incidencia colectiva y la eventual necesidad de un instrumento rápido para hacer cesar el agravio de ilegalidad y arbitrariedad manifiesta se complementan con el expreso reconocimiento de legitimación procesal del Defensor.

Sin embargo, la norma clave es el artículo 86 de la Constitución nacional, ya que en este ha quedado plasmada la voluntad final del constituyente reformador respecto del rol del Defensor y su decisión de no limitar ni restringir la legitimación procesal. La norma en cuestión es la disposición que efectivamente crea la figura con rango constitucional. Por tal razón, supeditar el alcance del artículo 86 de la Constitución nacional a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución nacional, a los efectos de limitarle la legitimación a las acciones de amparo, conduce a un resultado que se aparta manifiestamente del rol que se le ha asignado y de la misión llamado a ejercer en aras de la efectiva vigencia de los derechos y garantías fundamentales.

Lo cierto es que tal subordinación importa crear una confrontación normativa entre textos de igual jerarquía, con el agravante de producirla entre una disposición de carácter general, que regla la incorporación, la naturaleza y la función de la figura, y otra que reglamenta la intervención de aquella en un supuesto específico de proceso, como es la acción de amparo.

Es ilustrativo recordar el debate llevado a cabo en la Convención Nacional Constituyente de 1994. El miembro informante del texto propuesto para su inclusión en la Constitución nacional, el doctor Masnatta, sostuvo que la inclusión de la figura del Defensor del Pueblo responde a:

[...] un tema de la moderna ciencia política que precisa integrarse a la tripartición clásica de los poderes del Estado, con lo que se ha dado en llamar, tal vez con exceso, el moderno poder de control. [...] En la búsqueda de una moral pública que Mitre exigía y calificaba como el pudor del pueblo, el ejercicio de los controles institucionales cobra mayor énfasis para acercar salud y credibilidad a los gobiernos y honestidad y eficiencia a la administración del sector público [...] es nada más ni nada menos que el abogado de la sociedad.

Luego de repasar los diversos modos de denominación en el derecho comparado hace referencia al origen de la figura en el sistema sueco y manifiesta que:

El objetivo era contar con un mecanismo que no fuera parte de la administración y que además tuviera la confianza del pueblo para controlarla. [...] Por su parte, al caracterizar la actividad del Defensor del Pueblo, la sintetizó mediante los siguientes términos: informar, inspeccionar, investigar, controlar, discutir públicamente, disentir, recomendar, exhortar, influir, criticar, censurar, accionar judicialmente, encuestar, proyectar y programar.

De la intervención de algunos constituyentes, y en referencia con los propósitos de control que guiaron la definición de la figura del Defensor del Pueblo, se expresa que «oficia como un complemento al control jurisdiccional», y al definir su competencia se ratifica la «novedosísima incorporación en la norma constitucional de la facultad de iniciar acciones, es decir, el reconocimiento de legitimación procesal».

El convencional por la provincia de Santa Cruz, Aguiar Torres, al referirse a la experiencia existente en algunas provincias y en la Ciudad de Buenos Aires respecto a la figura del Defensor del Pueblo, sostuvo que: «Justamente de esa experiencia es que ha nacido la necesidad de darle legitimación procesal. Sin lugar a dudas, va mucho más allá de constituirse en un simple denunciante [...] porque va a tener oportunidad de ejercer acciones». En idéntica línea, el convencional Hitters afirmó que: «al permitírsele al Defensor del Pueblo la posibilidad de tener legitimación activa en los procesos, se da la posibilidad al ser humano, de plantear sus problemas ante el ombudsman y se ensancha la legitimación judicial, porque en ese aspecto, como en España, puede litigar».

El rol institucional del Defensor parece indicar que, precisamente, su intervención está pensada para aquellos que por desconocimiento, carencia de medios u otro tipo de imposibilidades no se encuentran en las mejores condiciones para accionar pero, al mismo tiempo, su intervención parece configurar un reaseguro de la legalidad y legitimidad de la toma de decisión de los poderes netamente políticos como son el Ejecutivo y el Legislativo. En su función de control de la administración, y teniendo mandato constitucional expreso respecto de las protecciones que constituyen una carga para el Estado, parece adecuado entender que tiene obligación de velar por el cumplimiento de aquellos. Sería un contrasentido neutralizar su función.

La comprensión integral de su misión dentro del sistema determina que tenga la facultad para interponer distintos tipos de acciones, en algunas de las cuales de acuerdo con la complejidad de los temas es absolutamente relevante producir un mayor debate y prueba, lo que, tal como históricamente se viene sosteniendo está vedado en el amparo. Temas relativos al ambiente, a la salud, a los consumidores, a los usuarios, a la competencia, a la discriminación, entre otros, son ejemplos en el sentido indicado.

Asimismo se discute el alcance de su intervención de acuerdo con la naturaleza de los derechos y a los efectos de la sentencia judicial cuando es el Defensor el que ha iniciado la acción. La doctrina en general entiende que quedarían excluidos de

su accionar los derechos exclusivamente patrimoniales, ya que se caracterizan por ser individuales y requerir acreditación del daño o perjuicio. Por ello, solo el directamente afectado está en condiciones de reclamar judicialmente. Por contraposición, la legitimación amplia se liga a derechos de incidencia colectiva o en aquellos en los que prevalecen intereses generales o grupales. Si bien es cierto que es posible que también existan en estos casos aspectos patrimoniales, prevalecen aquellos que tienen diversa naturaleza y que pueden estar referidos a grupos que tradicionalmente han sido postergados o débilmente protegidos o a derechos que son trascendentes y que exceden el interés de las partes, afectando principios y valores de la comunidad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41 y 42 de la norma constitucional brindan ejemplos conforme a lo expuesto. Asimismo, el artículo 75, incisos 22 y 23, dan una pauta en cuanto a sujetos que requieren una protección activa del Estado, al punto de que pone a su cargo las denominadas acciones positivas.

En cuanto a la facultad del Defensor del Pueblo para plantear la declaración de inconstitucionalidad de una norma, debe tenerse en cuenta que la reforma constitucional de 1994 incorporó en el artículo 43 de la norma jurídica de base la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes o normas en las que se funda el acto u omisión lesiva de un derecho fundamental, estando habilitados para su cuestionamiento cualquier persona, disposición lo suficientemente amplia para no excluir al Defensor del Pueblo (primer párrafo de la norma constitucional indicada). A su vez, el segundo párrafo del artículo 43 determina supuestos especiales e individualiza a los sujetos habilitados para interponer la acción de amparo, dentro de los cuales se encuentra el Defensor del Pueblo. En consecuencia, carece de sustento constitucional, y sería contradictorio, reconocer que en la acción de amparo el Defensor del Pueblo está habilitado para solicitar la declaración de inconstitucionalidad y, al mismo tiempo, negarle la facultad cuando se trate de otro tipo de acción que, precisamente, por la diversa naturaleza respecto del amparo permite un examen exhaustivo de los hechos y normas cuestionados y que, probablemente, son la razón de la intervención del Defensor del Pueblo.

### **3. Normas constitucionales y alcance de la reglamentación infraconstitucional**

A la luz de lo dispuesto en los artículos 86 y 43 de la norma fundamental corresponde revisar las disposiciones de la ley reglamentaria vigente (24284), ya que al haber sido dictada con anterioridad a la reforma de 1994, y modificada con posterioridad, su texto, o la interpretación que de él se efectúe, debe ser conforme a la norma fundamental.

Una interpretación armónica con el texto constitucional indica que la ley reglamentaria argentina está regulando la actividad del Defensor del Pueblo en el ámbito puramente administrativo y con el objetivo de ordenar la tramitación de las posibles quejas presentadas ante él. En consecuencia, aquellas disposiciones que refieren a su

competencia deben ser ponderadas en relación con sus facultades de investigación de acuerdo con el alcance dado al concepto de administración pública nacional que a tales efectos determina la primera parte del artículo 14 de la ley. Por tal razón, el último párrafo de la norma indicada, al disponer que «quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad», no puede ser sino entendido como restricción de la capacidad de investigación administrativa en tales órganos. Esta restricción no guarda relación alguna con la legitimación procesal para iniciar acciones judiciales.

En tal sentido, y en concordancia con jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de lograr una interpretación constitucional integral en la materia, por aplicación del principio de supremacía constitucional, y en razón del carácter operativo del artículo 86 de la norma fundamental, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales ha sido expresamente reconocida, por lo que debe interpretarse que ella le es otorgada para promover acciones en ejercicio de sus funciones, en todo aquello que hace a su competencia.

### 3.1. *En busca de la legitimación perdida*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta época reciente ha efectuado una interpretación sumamente restringida de la legitimación del Defensor a partir de una interpretación inadecuada de la ley reglamentaria y con un claro apartamiento del texto constitucional.

Recientemente se ha abierto una tendencia que modifica tal doctrina. En tal sentido, y a los efectos de brindar un cuadro de situación de la cuestión, es interesante revisar algunos de los argumentos desarrollados en algunas sentencias para ir verificando la transición en la materia.

Desde la reglamentación infraconstitucional, el accionar del Defensor del Pueblo está centrado en el ámbito de la administración dentro del cual tiene establecidas una serie de pautas, entre las cuales se destacan aquellas que limitan su competencia de investigación prohibiéndole avanzar sobre la estructura del Poder Judicial. Este límite responde al principio de división de poderes y a la protección de la independencia del poder jurisdiccional.

Fuera del ámbito puramente administrativo, el artículo 86 de la norma fundamental es el que le confiere su identidad institucional. La derivación de tal precepto es que se trata de un órgano constituido que integra la trama de controles horizontales y que ha sido dotado de una legitimación especial en la que prevalece el rol que juega en el sistema y los objetivos para los que ha sido creado. Por ello, y descartando la concepción clásica, no integra la relación jurídico-sustancial sino que actúa en nombre y representación de aquellos que sí la conforman y que son los que sufren la

afectación a sus derechos como consecuencia de hechos, actos y normas que eventualmente involucran tanto al Estado como a otros particulares.

Pareciera, entonces, que la naturaleza de los derechos no es determinante al tiempo de definir su legitimación sino que lo trascendente es el modo como tales derechos se relacionan con las normas, principios y valores del Estado constitucional de derecho en el que está convocado a actuar.

Oswaldo Gozaíni sostiene que:

Clásicamente la doctrina diferencia entre la legitimación procesal *ad processum* que refiere a la capacidad para estar en juicio; de la legitimación procesal *ad causam* que constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que entre las partes se trata. Mientras la primera se vincula con la posibilidad de lograr una sentencia de mérito sobre la pretensión y útil a los denominados «contradictorios necesarios» la segunda, por su parte, refiere a la especial naturaleza que emerge de entre los litigantes, por los que se conoce el grado o tipo de interés que tienen en la órbita de los derechos sustanciales (interés para obrar). En el caso del ombudsman resulta interesante ver cómo funciona el presupuesto de legitimación en la causa, en la medida que la legitimación para el procedimiento está previamente reconocida, por vía de principio, en la norma constitucional (artículo 86) [...] En la Argentina, la legitimación procesal que se otorga al Defensor del Pueblo es representativa. Tiene legitimación procesal, dice la Constitución, de forma que no se analiza ni piensa en el vínculo obligacional que debe portar quien deduce un reclamo ante la justicia, sino, antes que nada, en la importancia de los valores que defiende.<sup>7</sup>

En este contexto veamos la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. En los casos *Frías Molina Nélide N. c. Caja Nac. de Prev. de la Ind. Com. y Act. Civiles (1995)*<sup>8</sup> y *Frías Molina Nélide N. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos (1996)*,<sup>9</sup> en los cuales el Defensor del Pueblo exhortó al tribunal sobre causas previsionales en trámite y solicitó ser tenido por parte y un pronto despacho, respectivamente, le fue rechazada la legitimación por considerar:

Que el artículo 16 de la ley 24284, dispone que el Poder Judicial queda exceptuado del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo y concretamente el artículo 20 del mismo ordenamiento establece que si la queja del afectado se formula contra personas, actos, hechos u omisiones que no están bajo la competencia del Defensor del Pueblo, o si se formula fuera del término previsto legalmente, el Defensor del Pueblo estará facultado para derivar la queja a la autoridad competente [...] Que a la luz de la citada norma el Defensor del Pueblo no está legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder.

<sup>7</sup> Oswaldo Alfredo Gozaíni: «Legitimación procesal del defensor del pueblo (Ombudsman)», en *La Ley*, 1994-E, p. 1378.

<sup>8</sup> CSJN, *Fallos*, 318: 384.

<sup>9</sup> CSJN, *Fallos*, 319: 1828.

Con la peculiar interpretación legal se extiende la prohibición de investigación administrativa al campo del proceso judicial y de la facultad para accionar. Sin perjuicio de una tangencial referencia al artículo 43 de la norma fundamental, a los efectos de desconocer la presencia de derechos de incidencia colectiva habida cuenta de las particularidades de cada una de las pretensiones, el tribunal soslayó analizar el artículo 86 de la Constitución nacional.

2. En el caso *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/amparo (1998)*,<sup>10</sup> desestimada en la instancia de grado la acción de amparo, a la que había adherido el Defensor del Pueblo, por entender que no se daban los supuestos del artículo 43 de la Constitución nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación por mayoría confirmó el pronunciamiento.

Para ello, si bien reconoce que el artículo 43 otorga «[...] legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa», tal ampliación constitucional no importa la automática aptitud para demandar. Y en referencia concreta al Defensor del Pueblo reitera la limitación que entiende surge de la ley reglamentaria de la figura, conforme lo hiciera en los fallos indicados en el punto anterior, agregando que conferirle el privilegio de accionar importaría una función exorbitante y abusiva.

Por su parte, la disidencia —que había integrado la mayoría en los casos citados en el punto 1— hace lugar a la queja deducida por el Defensor del Pueblo, declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia apelada. Para ello, entiende que el a quo omitió el análisis normativo cuya ilegalidad y arbitrariedad manifiesta se había alegado a los efectos de la procedencia de la acción. En el considerando 9.º del voto se manifiesta que: «[...] las razones antedichas son suficientes para admitir los cuestionamientos del señor Defensor del Pueblo de la Nación en su presentación directa».

En consecuencia, el no cuestionamiento de la legitimación parecía importar el comienzo de una tendencia, sin que ello impidiera verificar que el gran ausente continuaba siendo el artículo 86 de la norma de base.

Una observación llama la atención de que en el considerando 1.º del voto mayoritario se consigne que la adhesión del Defensor del Pueblo lo fue «en los términos del artículo 90, inciso 2.º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación». Si ello fue así cabe preguntarse por qué razón el funcionario no invocó el artículo 86 de la Constitución nacional, como fuente directa y autónoma de su competencia y representación.

3. En el caso *Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo nacional (2000)*,<sup>11</sup> el amparo interpuesto pretendía la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1517/98 que elevó la alícuota del IVA que tributaban las prestadoras de

<sup>10</sup> CSJN, *Fallos*, 321: 1352.

<sup>11</sup> CSJN, *Fallos*, 323: 4098.



medicina prepaga. La Corte Suprema rechaza la legitimación procesal del Defensor dejando sin efecto la sentencia de grado. El Defensor para justificar su legitimación sostuvo que no actúa en nombre propio «sino en representación de la persona, grupo o sector cuyos derechos se vieran conculcados; es decir, en protección de los derechos de incidencia colectiva en general y, en particular, en defensa de usuarios». El tribunal, si bien reconoció que el artículo 86 prescribe que: «el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal», ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, «si corresponde asignar a aquel el carácter de titular de la relación jurídica sustancial». A tales efectos reiteró el alcance que le asignaba a la ley reglamentaria en la materia, y agregó que la mayor parte de los servicios prepagos y personas adheridas al sistema habían iniciado acciones judiciales por lo cual no es atendible la invocación de derechos de incidencia colectiva ya que las personas y empresas afectados han iniciado las respectivas acciones judiciales. El juez Petracchi también niega la legitimación pero centra su argumento en la disposición de la ley que dice que si, iniciada la actuación en sede administrativa ante el Defensor del Pueblo, la persona interesada plantea acciones judiciales, aquel deberá suspender su intervención.

4. En el caso *Camuzzi Gas del Sur S. A. s/ solicita intervención en autos: Defensor del Pueblo de la Nación c/ Telecom Argentina Stet France (2002)*,<sup>12</sup> la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial dispuso como medida cautelar, ante una presentación del Defensor del Pueblo de la Nación, prorrogar por única vez, sin recargo y por el término de veinte días corridos, a partir de la fecha del primer vencimiento, el plazo para abonar las facturas por distintos servicios públicos. La solicitud se formuló en el contexto de la crisis de diciembre de 2001, y para tal decisión se tuvo en cuenta la dificultad de pago que a los usuarios se les planteaba frente a las disposiciones de los decretos 1570/01 y 1606/01. La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que los agravios de la empresa eran insuficientes para demostrar que la medida cautelar impugnada «sea susceptible de afectar, obstaculizar, comprometer o perturbar el desenvolvimiento de actividades esenciales de la empresa». Si bien del considerando transcrito parece surgir la aplicación de la regla según la cual el principio general en materia de medidas cautelares no configura sentencia definitiva ni equiparable a ella, no es menos cierto que aspectos ligados a la legitimación determinan la existencia o no de caso o controversia, lo que supone una ponderación previa. Por ello, este caso es uno de los ejemplos de la errática, y por momentos confusa, jurisprudencia del tribunal en el tema de la legitimación del Defensor.

5. En el caso *Defensor del Pueblo de la Nación c Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ amparo (2003)*,<sup>13</sup> acción iniciada por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal a la que adhirió el Defensor del Pueblo, y por la que se perseguía la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24977, en cuanto

---

<sup>12</sup> CSJN, Fallos, 325: 2037.

<sup>13</sup> CSJN, Fallos, 326: 2777.

impedía a los profesionales que no superaran los \$ 36.000 de facturación anual asumir la posición de representantes no inscriptos en el impuesto al valor agregado. La procuradora fiscal examinó en primer término la legitimación procesal del Defensor a los efectos de determinar si hay caso o controversia. En tal sentido, concluyó que no se da dicho supuesto «cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes» pues está ausente «la determinación del derecho entre partes adversas». Tal afirmación se complementa con la ratificación del alcance de la ley reglamentaria del Defensor del Pueblo en cuanto excluye del ámbito de competencia del órgano amparista al Poder Judicial y establece que si «iniciada su actuación se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención». La mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación remite a tal dictamen.

6. En el caso *Mondino Eduardo R. (Defensor del Pueblo de la Nación) (2003)*,<sup>14</sup> la presentación tenía por objeto solicitar la suspensión generalizada de las ejecuciones hipotecarias de vivienda única. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó la presentación y para ello, si bien se hace cargo de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución nacional, relativiza sus consecuencias toda vez que pareciera exigir que en cada caso se deberá comprobar «el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión». En el considerando 6.º remitió al análisis de la ley reglamentaria e insistió en la particular interpretación que venía formulando, en manifiesta contradicción con el texto constitucional.

7. En el caso *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud s/ amparo (2003)*,<sup>15</sup> se hizo lugar a la acción en las instancias inferiores. El Defensor del Pueblo, cuya legitimación fue aceptada, interpuso recurso extraordinario con sustento en los efectos de la sentencia, que consideró debían ser *erga omnes* por cuanto su intervención era en representación del universo de quienes padecían la enfermedad de referencia, en los términos de la norma fundamental. El procurador en su dictamen, en lo que aquí interesa, rechazó la legitimación del Defensor, con invocación de la doctrina de la Corte en la materia. La Corte Suprema remitió a dicho dictamen. El juez Zaffaroni, si bien remite al procurador general, al igual que la mayoría, hace excepción expresa respecto a las consideraciones efectuadas en torno a la legitimación del Defensor, por considerar que no eran necesarias en orden a lo resuelto.

8. En el caso *Defensor del Pueblo de la Nación c. E. N. - PEN Dtos. 149/97 y 1167/87 s/ proceso de conocimiento (2004)*,<sup>16</sup> la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó la acción promovida

<sup>14</sup> CSJN, *Fallos*, 326 :3639.

<sup>15</sup> CSJN, *Fallos*, 326: 4931.

<sup>16</sup> CSJN, *Fallos*, 327: 1402.

por el Defensor del Pueblo tendiente a lograr la nulidad de los decretos mencionados por entender que violaban la Constitución nacional. El Defensor del Pueblo interpuso recurso extraordinario federal. El procurador consideró inoficioso pronunciarse por entender que al haberse abierto una instancia negociadora del contrato de concesión de los servicios de agua potable y desagües cloacales, mediante los decretos cuestionados, las objeciones del apelante podrían tener adecuada respuesta en tal procedimiento. La Corte Suprema remitió a dicho dictamen. Por el sentido del pronunciamiento cabe sostener que no se cuestionó la legitimación del Defensor ni su habilitación para accionar en el marco de un proceso de conocimiento. Este último dato es relevante si se tiene en cuenta que se venía discutiendo su legitimación solo en el proceso de amparo, con independencia de la restrictiva visión aun en ese tipo de proceso y con planteos ligados a derechos de incidencia colectiva o de intereses semejantes o comunes.

9. En el caso *Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales (2004)*<sup>17</sup> se produce un viraje importante. En efecto, en primer término la explicitación de estar en presencia de una acción por daño ambiental en los términos de la ley 25675 y, por otro lado, la clara diferenciación entre el sector de la Corte Suprema que niega la citación del Defensor y aquellos que consideran oportuna su intervención en la causa. Los fundamentos para negarla solo se refirieron a que los actores no mencionan las razones por las cuales lo solicitaban. Los jueces que hicieron lugar al pedido fundaron tal decisión en el artículo 86 de la Constitución nacional y en el artículo 30 de la Ley de Protección Ambiental, que distingue claramente entre aquellos que inician la acción y aquellos que pueden concurrir en condición de terceros.

A la luz de tal normativa cabe interrogarse, teniendo en cuenta que párrafos más arriba he hablado de la legitimación especial del Defensor a partir del rol institucional que le ha sido asignado, si es constitucionalmente adecuado intentar identificar la intervención del funcionario con aquella que le corresponde a los terceros conforme lo dispuesto en las normas del Código Procesal Civil y Comercial. Es un debate que debe instalarse y tal vez es el propio Defensor quien en sus respectivas presentaciones deberá argumentar al respecto, a los efectos de fortalecer el reconocimiento de su intervención procesal, para lo cual la aplicación literal del código del rito puede ser insuficiente.

Todo lo relativo al derecho ambiental requiere reformular la visión del proceso. Una de las cuestiones es sin duda la intervención del Defensor.

10. Finalmente, en el caso *Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo nacional (2005)*<sup>18</sup> se continúa acentuando el viraje y el cambio de doctrina en los

<sup>17</sup> CSJN, Fallos, 327: 2967.

<sup>18</sup> *Defensor del Pueblo de la Nación c/ E. N. – PEN – ME - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento*. D. 90. XXXVIII. S. 11. XXXVIII. 24.5.2005. En la misma fecha, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en *Defensor del Pueblo de la Nación - incidente med. c/ EN – PEN*

votos de algunos de los ministros del máximo tribunal de la República. El Defensor del Pueblo inició una acción ordinaria para plantear la inconstitucionalidad de las normas que disponían el reajuste de las tarifas del gas. Los demandantes opusieron la falta de legitimación activa y el no agotamiento de las vías administrativas. El procurador general, si bien analiza el artículo 86 de la norma base, lo que parece conducir, por fin, al reconocimiento pleno de la legitimación procesal, termina subordinándolo al artículo 43 de la Constitución, con lo cual se produce el resultado paradójico de sostener que tiene legitimación solo a los efectos de iniciar acciones de amparo y en defensa de derechos de incidencia colectiva. En conclusión, el Defensor no puede iniciar cualquier tipo de acción. Completa tal regla con las limitaciones que surgen de la ley reglamentaria y con la afirmación según la cual en dicho marco normativo la existencia de otras causas judiciales iniciada por interesados directos importa en forma automática la suspensión de la actividad del Defensor.

La mayoría de la Corte Suprema rechazó el recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva, con lo cual no adopta posición expresa respecto a los cuestionamientos y alcances de la legitimación del Defensor.

Por el contrario, los jueces Petracchi, Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda, por sus propios votos, comienzan a desarrollar argumentos definitivos para recuperar la legitimación perdida, para lo cual deciden pronunciarse sobre el tema aun reconociendo que las impugnaciones no se refieren a una sentencia definitiva. Para ello, y con independencia de aspectos que diferencian el sentido del voto de los tres primeros con el emitido por el juez Maqueda, es posible sostener que, en el marco del artículo 86 de la Constitución nacional, el Defensor del Pueblo está habilitado para iniciar cualquier tipo de acción judicial.

En efecto, los jueces Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti destacan que no puede prosperar el reconocimiento del accionar del Defensor en representación de los derechos de usuarios y, al mismo tiempo, intentar justificar que solo puede ejercer aquella en el contexto de una acción de amparo. Tal conclusión se sustenta no solo en la interpretación armónica de los artículos constitucionales sino en los debates llevados a cabo en la Convención Constituyente reformadora de 1994. Asimismo rechazan la pretensión de vedar al Defensor cuestionar o fiscalizar la actividad formal o material del Congreso de la Nación, toda vez que la nulidad de las normas reglamentarias que se persigue se funda en la violación expresa de la Ley de Convertibilidad.

A su vez, el juez Maqueda sostiene que ha sido voluntad final del constituyente reformador no limitar ni restringir la legitimación procesal del Defensor del Pueblo. Por tal razón, y por aplicación del principio de supremacía constitucional, el funcionario tiene facultad para promover todo tipo de acciones judiciales «en todo

---

- ME - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento, D. 89. XXXVIII. D. 10. XXXVIII, respecto a la medida cautelar solicitada en la misma causa rechazando los recursos extraordinarios interpuestos contra esta por no estar dirigidos contra una sentencia definitiva.

aquello que hace a su competencia, tanto en el ámbito nacional como ante órganos o tribunales internacionales».

Y con respecto al alcance de tal competencia sostiene que: «se centra en la defensa del orden público, social y en la vigencia de los derechos fundamentales, y encontrará su límite en la defensa del interés colectivo y general». Descarta la confrontación normativa entre el artículo 43 y 86 de la norma de base; precisa el alcance correcto de la ley reglamentaria infraconstitucional y avala la facultad del Defensor del Pueblo para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de normas en las que se funde el acto, hecho u omisión lesiva del derecho fundamental.

#### 4. Algunas consideraciones finales

De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia cabe señalar:

a. El juego armónico de los artículos 43 y 86 de la Constitución nacional conduce a reconocer una amplia legitimación procesal al Defensor del Pueblo para interponer distintos tipos de acciones judiciales, cuya elección dependerá de la mayor o menor idoneidad de cada una de estas para lograr el resultado más eficaz y eficiente en relación con el objeto de las pretensiones.

b. El alcance de la legitimación constitucional reconocida al Defensor del Pueblo aparece sustancialmente ligada a derechos de incidencia colectiva o a aquellos que impactan en los derechos de grupos o sectores que en su conjunto se ven afectados por actos, hechos u omisiones que si bien pueden irrogar violaciones de naturaleza individual configuran un colectivo que dentro del sistema requiere protección institucional por padecer un agravio común.

c. En principio no se extendería la legitimación reconocida a derechos de contenido exclusivamente patrimonial. En este punto creo que vale efectuar una reflexión. La facultad del Defensor del Pueblo para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma encuentra su razón de ser no en la naturaleza de los derechos que se ven afectados sino en que por encima de ellos se produciría una confrontación con el plexo de reglas, valores y principios de la Constitución nacional, situación esta que excede con creces los ámbitos individuales. En tales casos, lo que prevalece es el rol del Defensor en resguardo de la legalidad y legitimidad de la toma de decisión del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo. En tales supuestos, y con independencia de estar involucrados los que podemos denominar derechos patrimoniales de carácter individual —los que conforme con abundante doctrina en la materia siempre se encuentran ligados a numerosos derechos fundamentales no económicos—, una visión restrictiva de la legitimación del Defensor no parece conforme al texto constitucional. Nada obsta a diferenciar el objeto de la pretensión —la declaración de inconstitucionalidad de normas por violación de derechos y garantías constitucionales— de los efectos de la resolución judicial, la que no tendría carácter *erga omnes* sino que exigiría la acreditación del efectivo perjuicio por aplicación de la normativa

en crisis. La plena vigencia de los mandatos constitucionales, tales como los que imponen los artículos 14, 16, 18, 19, 28, 75, incisos 22 y 23, de la norma fundamental, vinculan también el accionar del Defensor del Pueblo en el contexto de un Estado constitucional de derecho.

**Federico Justiniano Robledo\***

## **El Defensor del Pueblo y su legitimación procesal**

Los derechos humanos se desarrollan siempre en una cultura política. Para comprenderla han de examinar su sustento jurídico y desde luego su conciencia moral.

*Pedro J. Frías<sup>1</sup>*

### **1. Planteo preliminar**

La Segunda Guerra Mundial, con su testimonio desgarrador de sesenta millones de muertos, otro tanto de desaparecidos y mutilados, niños huérfanos, medio ambiente contaminado por las bombas, ciudades devastadas moral y materialmente, generó como respuesta esperanzadora la creación de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Los sufrientes países comprometidos en este infortunio fueron sus principales signatarios.

El holocausto arrasó con todos los límites que la dignidad del hombre puede poner para impedir su avasallamiento. Nada quedó como antes. Lo ético también estaba en su reconstrucción.

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Académico de número de la Academia del Plata, sección Córdoba, Argentina. Docente de Derecho Público Provincial y Derecho Municipal y miembro de la Comisión Directiva del Área de Estudios de América Latina de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Pedro José Frías: «Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica», en *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección Perú) - Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 79.

Esta realidad constituyó el comienzo del camino para trabajar por lograr el restablecimiento del orden, el afianzamiento de la paz y la defensa de la dignidad de la persona humana. En ese marco situacional, el hombre advirtió que, para salvaguardar su integridad, había iniciado lo que se llamó la internacionalización de los derechos humanos. Gozaíni sostiene que:

La internacionalización de los derechos importa el tránsito de lo universal hacia lo interno de cada sistema jurídico. Por consiguiente, en particular el Estado y la Nación reconocen la necesaria tutela de esos valores, los cuales importan los derechos del hombre, por su condición de tal, que resultan de existencia anterior a la creación del propio Estado y a su ordenamiento positivo.<sup>2</sup>

Es una realidad que —a partir de los comienzos del siglo XX— en distintos países, el Estado, valiéndose de injustificados e ilegítimos fundamentos, desarrolló políticas intervencionistas y estatistas a través de un poder arrollador contra los derechos fundamentales del hombre, acogidos y reconocidos estos con rango constitucional.

Estas circunstancias sucedieron, por cuanto los medios clásicos de control, parlamentario y judicial, por sí solos devinieron insuficientes para llevar a cabo una razonable, eficiente y oportuna acción defensiva de los distintos derechos, intereses y garantías del hombre común.

Las limitaciones de los aludidos controles tradicionales generaron la necesidad de que se expandiera por numerosos países y regiones en el mundo el Defensor del Pueblo y que lo hiciera con una mayor comprensión de sus competencias.

Diversos factores favorables para su institucionalización han coadyuvado a que el hombre de la calle cuente con un órgano especial y adecuado, que vigile el efectivo cumplimiento de las funciones del Estado, protegiéndolo frente a él y los particulares en sus derechos esenciales.

Las nuevas necesidades facilitaron que su función, en sentido amplio, importara la defensa de los derechos del hombre, abarcativos de los denominados derechos de primera, segunda y tercera generación.

Así las cosas, el Defensor del Pueblo nació como un órgano de control de la democracia, con la doble atención en la defensa de los derechos del pueblo de carácter individual y colectivo, ante la administración del Estado y también ante la estructura judicial, debiendo en este supuesto contar con legitimación procesal.

## 2. El Defensor del Pueblo: la influencia del modelo español

Para la región en general, y para Argentina en particular, resultó imposible separar los regímenes constitucionales de España y de América Latina, en mérito de los denominadores comunes e influencias recíprocas, producidos entre ambas

---

<sup>2</sup> Osvaldo A. Gozaíni: «El Ombudsman en la realidad, ¿utopía o realidad?», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 3/91, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 365.



culturas jurídicas. El Defensor del Pueblo latinoamericano y criollo tomó bastante del modelo español.

Resulta necesario destacar que España incorporó el instituto del Defensor del Pueblo en una línea de atribuciones o competencias de mayor amplitud que las que sustentaban las continuadoras del modelo sueco de 1809.

En Suecia, como consecuencia de choques ocasionales entre el monarca y su Parlamento, se decidió constitucionalizar la figura del Ombudsman con la específica función de ejercer un control de la administración, de sus funcionarios y muy particularmente de sus jueces desde dicho Parlamento.

Por el contrario, España asumió un rol con identidad distinta, vinculado a la protección de los derechos fundamentales del hombre, y sustituyó la denominación de Ombudsman por la de Defensor del Pueblo.

Y desde la madre patria se extendió, principalmente a Latinoamérica, a partir de la década de 1980, iniciando su incorporación en Guatemala en 1985 con el nombre de Procurador de los Derechos Humanos; en México hacia 1990, con la de Comisión Nacional de los Derechos Humanos; en El Salvador, al concluir sus penosos años de guerra civil, con el de Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos; Colombia en su ley fundamental, como Defensor del Pueblo; posteriormente en Bolivia, Perú, Paraguay, Nicaragua y Costa Rica, como Defensor de los Habitantes; Honduras como Comisionado Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos y en Argentina como Defensor del Pueblo.

Resulta llamativo y original que los pueblos indígenas y los pobladores de las zonas paupérrimas lo denominaron «El Señor de las angustias».

Pero cabe puntualizar que su aplicación en las nuevas y actuales democracias no conlleva un alejamiento o confrontación con el modelo sueco, sino solo vigencia de un modelo ajustado a sus tiempos, cambios, nuevas necesidades y evolución inexorable de una sociedad ajustada a los adelantos de la técnica y la ciencia.

La Constitución española,<sup>3</sup> en su artículo 54, consagra la institucionalización del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado para la defensa de los derechos fundamentales y con facultades expresas para supervisar la actividad de la Administración, de lo que debe dar cuenta a las Cortes Generales. Es decir, constituye una institución de vinculación parlamentaria, que por medio del estado e investigación de sus quejas o por propia iniciativa puede controlar el funcionamiento de todas las administraciones del Estado. Le otorga legitimación procesal (artículos 53 y 162 CE) para interponer recurso de amparo, de inconstitucionalidad y hábeas corpus (artículos 162.1.a; 162.1.b y 17.4 CE)

El otorgamiento de su legitimación procesal implica un decidido impulso a la efectividad y operatividad de su labor institucional, en particular en materia de

---

<sup>3</sup> Editada en Madrid, Biblioteca de Legislación-Ed. Dilex, 1999.

protección de los derechos humanos. Asimismo se encuentra fortalecido con la atribución de poderes de investigación e iniciativa legislativa.

Ello reviste una importante fuente para su posterior desarrollo, como este tiene en América Latina. Jorge Luis Maiorano sostiene que «en la región, el Defensor del Pueblo, desde su génesis tuvo y tiene como finalidad la tutela integral de los derechos fundamentales». Remarca que «esta situación fue determinante para el desarrollo en nuestras tierras de esta institución».<sup>4</sup>

### 3. Los derechos humanos: una opinión sugerente

El presidente del Consejo General de Abogados de España, D. Carlos Carmicer Diez, refirió que: «En una sociedad organizada democráticamente, todos los agentes que de una u otra forma desarrollan cometidos relacionados con los derechos humanos, deben ser comprometidos a su eficaz protección».<sup>5</sup>

Completó su idea con la recomendación inserta en las palabras de Eleanor Roosevelt, cuando esta presentaba la relación de la Declaración de los Derechos Humanos —en que se preguntaba—:

¿Dónde residen los derechos humanos? [Se contestaba:] En pequeños lugares, cercanos al hogar, tan cercanos y tan pequeños que no se les ve en mapa alguno del mundo. Y sin embargo, son el mundo de cada ser humano: la vecindad en la que vive; la escuela o el centro de estudio al que asiste, la fábrica, la granja o la oficina en la que trabaja. Tales son los lugares donde cada hombre, cada mujer, cada niño busca igual justicia, igual oportunidad, igual dignidad sin discriminación. Si los derechos humanos no tienen sentido en estos lugares, no lo tendrán en sitio alguno.

Concluía: «Todos los responsables de la formación de la persona humana, de la organización de sus trabajos, de su convivencia o de sus acciones sociales deben estar comprometidos con el más escrupuloso respecto de los derechos humanos».<sup>6</sup>

### 4. El Defensor del Pueblo en la Constitución argentina

El nuevo artículo 86 incorporado en la reforma de 1994 de nuestra Constitución argentina, que sigue los lineamientos de su fuente, el artículo 54 y concordantes de la Constitución española,<sup>7</sup> nos merece un detenido análisis, a los efectos de su interpretación, en los asuntos que suscita su aplicación.

<sup>4</sup> Conferencia en el Congreso IOI, 1996, nota 3, citada por ese autor en «El Defensor del Pueblo en América Latina: La necesidad de fortalecerlo», en la revista *Inter Forum*, «La mejor fuente de información en Iberoamérica y el Caribe», 1.º de septiembre de 2004.

<sup>5</sup> En oportunidad de la Reunión Intercontinental Unión Europea - América Latina-Caribe, celebrada en Madrid los días 24 y 25 de abril de 2002, organizado por el Defensor del Pueblo de Madrid y la Comisión Europea, con el tema «Tutela de los derechos humanos».

<sup>6</sup> Edición en Madrid, a cargo del Gabinete de Estudios y Documentación del Defensor del Pueblo, 2003, p. 141.

<sup>7</sup> *Constitución Española*, o. cit., artículo 54: «Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa

Lo primero que debe destacarse es que en el texto aprobado por la Convención Nacional Constituyente se encuentran coincidencias con el de la ley n.º 24284; ello es así con su primera frase y con la segunda del segundo párrafo (el modo de elección del Defensor del Pueblo).

Sin embargo, es esencial que nos detengamos en la segunda frase del primer párrafo, que dice: «Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos, 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».

Advertimos, a su sola lectura, que innova significativamente en el régimen legal preexistente.

Las *garantías*<sup>8</sup> son los medios que creó la Constitución para proteger adecuadamente todos los derechos y libertades del hombre por ella reconocidos. Y entre ellas es conveniente citar a la acción de amparo, hábeas data y hábeas corpus (artículo 43 CN).

Con relación a las garantías, siempre se ha entendido que estas son sustancialmente medios necesarios para lograr la tutela de derechos, pero a pesar de ello nada impide que cuando en ciertas situaciones, si a un particular se le dificulta o le resulta imposible por razones morales o económicas plantear un amparo o amparos especiales para proteger su derecho amenazado, entonces pueda actuar el Defensor del Pueblo para que se superen esos obstáculos que pueden interferir en el uso de alguna garantía.

La Constitución nacional defiende y protege además los intereses tutelados en ella y las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración, a través del Defensor del Pueblo (artículo 86 CN). Se complementa con la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo que, en su artículo 14, prescribe que esta institución debe «proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública», mencionados en el citado artículo. Y este último expresa que la investigación que lleve adelante el Defensor del Pueblo tendrá como fin esclarecer esos actos u omisiones que signifiquen su ejercicio abusivo, ilegítimo, irregular, defectuoso, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo los que afecten los intereses colectivos o difusos. Ello implica advertir que se comprenden todos los actos propios de disfuncionalidad administrativa y todos aquellos generadores de violaciones a los derechos fundamentales o humanos precedentemente señalados.<sup>9</sup>

---

de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales».

<sup>8</sup> Las garantías constitucionales, según Joaquín V. González, «son aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo y a todos los hombres de que sus derechos han de ser sostenidos y defendidos por la autoridad», citado por Arturo Horacio Iturrez en el capítulo «Garantías», de Pedro José Frías y otros: *La Constitución de Córdoba comentada*, o. cit., p. 39.

<sup>9</sup> Jorge H. Gentile y Eduardo A. González, en su proyecto de ley sobre creación del Defensor del Pueblo nacional, citado en *Tercera rendición de cuentas como diputado de la Nación. Desde el 1.º*

Seguidamente, aunque resulta redundante, conviene poner el acento en que la referencia a *esta Constitución* debe interpretarse abarcativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos, con los nuevos alcances del artículo 75, inciso 22, CN. Esto es, que dichos tratados también tienen jerarquía constitucional.

Cabe puntualizar que si bien es cierto que el artículo 86 no menciona a los instrumentos internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos del artículo 75, inciso 22, CN, quedan comprendidos por ser este objetivo esencial de los derechos humanos una de sus principales tutelas constitucionales. De tal manera, todas estas disposiciones tienen jerarquía constitucional, superior a las leyes.

Cabe mencionar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>10</sup> la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>11</sup> la Convención

*de septiembre de 1990 al 10 de diciembre de 1991*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1991, pp. 109-118, en su artículo 1.º establecen: «El defensor del pueblo es el alto comisionado del Congreso designado por este para la defensa de los derechos consagrados por la Constitución nacional y las leyes dictadas en su consecuencia, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la administración dando cuenta al Congreso». Artículo 3.º: «El defensor del pueblo tiene a su cargo velar por el buen orden, decoro y regularidad de la administración pública por la dignidad de la función pública y por la respetabilidad de los miembros del Poder Ejecutivo, autoridades administrativas, funcionarios, agentes y de cualquier persona que actúe al servicio de la administración pública centralizada, descentralizada y autárquica». Artículo 10: «El defensor del pueblo tiene por misión proteger a los ciudadanos de las irregularidades e injusticias administrativas. A tal fin interviene de oficio o a petición de partes para controlar o supervisar, de modo más inmediato y por el medio más idóneo posible y para emprender o proseguir cualquier investigación conducente al esclarecimiento de actos y hechos de la administración pública nacional centralizada, descentralizada, empresas del Estado, cualquiera sea su forma o naturaleza jurídica, o de las entidades concesionarias, de servicios públicos en sus relaciones con los usuarios, que puedan significar anomalías, irregularidades, arbitrariedades, abuso, deficiencias, discriminaciones, negligencias, injusticias, desatenciones o descuidos de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones. Así mismo interviene en casos de excesiva demora, no justificada por las disposiciones reglamentarias en vigor, en la transmisión de cualquier asunto administrativo o en que se encuentren afectados los intereses generales de la Nación. También actúa a petición de cualquier funcionario o agente público que se considere lesionado en su honorabilidad o integridad personal. Cuando a través de denuncias públicas o por la prensa se tuvieren noticias de anomalías administrativas o se atribuyeren irregularidades a un funcionario o agente público, el defensor del pueblo puede actuar de oficio procurando averiguar la veracidad de los hechos. A tal efecto, una vez determinado su origen e identificado su autor, se citará al responsable a fin de que ratifique la denuncia formulada. La rectificación de la denuncia o la incomparecencia del responsable es comunicada al funcionario o agente público afectado a los efectos que hubiere en resguardo de su reputación y sus derechos. Asimismo el ministerio público pone en conocimiento del defensor del pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones».

<sup>10</sup> Fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, el 28 de abril de 1948, por resolución XXX, citada por Zlata Drnas de Clément en «Los documentos internacionales del ámbito regional incorporados a la Constitución nacional», en Ernesto J. Rey Caro, Graciela Salas y Zlata Drnas de Clément: *Los tratados internacionales y la Constitución nacional*, Córdoba, Marcos Lerner, 1995, p. 92. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

<sup>11</sup> Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 107. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

Americana sobre Derechos Humanos,<sup>12</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>13</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo,<sup>14</sup> la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,<sup>15</sup> la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial,<sup>16</sup> la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,<sup>17</sup> la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,<sup>18</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>19</sup> y demás tratados o instrumentos incorporados con posterioridad

---

<sup>12</sup> Fue suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Fue aprobada por nuestro país por ley 23054. Su sanción es del 1.3.1984; promulgada el 19.3.1984; publicada en *BO* el 27.3.1984, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 115 y 143. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

<sup>13</sup> Fue adoptado por resolución n.º 2200 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas y suscrito en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966. Fue aprobado por nuestro país por la ley 23313. Su sanción es del 17.4.1986; fue promulgado el 6.5.1986, publicado en *BO* el 13.5.1986, citado por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 157 y 184. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

<sup>14</sup> Fue aprobado por resolución n.º 2200 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas y suscrito en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966. Fue aprobado por nuestro país por ley 23313. Su sanción es de 17.4.1986; promulgado el 6.5.1986; publicado en *BO* el 13.5.1986, citado por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., p. 184. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

<sup>15</sup> Fue aprobado por la III Asamblea General de Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948. Fue aprobado por nuestro país por decreto ley 6286/56. Su sanción y promulgación son de fecha 9.4.1956; publicada en *BO* el 25.4.1956, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., p. 191. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

<sup>16</sup> Fue aprobada por resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960; Suscrita en la ciudad de Nueva York, el 13 de julio de 1967. Fue aprobada por nuestro país por ley 17522. Su sanción y promulgación es del 26.4.1968; Publicada en *BO* el 8.5.1968, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 193 y 208. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 2, en la reforma constitucional de 1994.

<sup>17</sup> Fue aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979; suscrita por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Fue aprobada por nuestro país por ley 23179. Su sanción es del 8.5.1985; promulgada el 27.5.1985; publicada en *BO* el 3.6.1985, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 209 y 223. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

<sup>18</sup> Fue adoptada la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984; suscrita por nuestro país en la ciudad de Nueva York, el 4 de febrero de 1985. Fue aprobada por nuestro país por ley 23338. Su sanción es de 30.7.1985; promulgada el 19.8.1986; publicada en *BO* el 26.2.1987, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 225 y 240. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

<sup>19</sup> Fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989. Fue aprobada por nuestro país por ley 23849. Su sanción es de 27.9.1990; promulgada de hecho el 16.10.1990; publicada en *BO* el 22.10.1990, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 243 y 266. Adquirió jerarquía constitucional por ley 24820 en la reforma constitucional de 1994.

con igual jerarquía. Se les acordó jerarquía constitucional, con la salvedad de que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución nacional, debiendo entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos (artículo 75, inciso 22, CN).

En lo que respecta a los intereses, y si se recurre a la clasificación de *interés jurídico e interés simple*, no resulta que los segundos hayan sido excluidos de esta protección: por consiguiente, el Defensor del Pueblo tiene obligación de actuar aun cuando se invoque un interés simple, ya sea para admitir la legitimación activa de quien lo hace como para disponer que se investigue el asunto, todo ello con la amplia informalidad de sus procedimientos, según resulta de esta normativa constitucional.

Además, desde otro ángulo, las palabras «ante hechos, actos u omisiones de la Administración» tienen una amplitud muy grande, puesto que comprenden a cualquier órgano administrativo nacional, provincial o municipal que se desempeñe en nuestro país, y también a los órganos judiciales cuando ejercen función administrativa.

En su consecuencia, del artículo 86 no resulta que la noble misión confiada al Defensor del Pueblo se encuentre delimitada territorialmente, o también con límites físicos o funcionales. En realidad, la cuestión a la cual se refiere son las modalidades de esa actuación.

Concluye el primer párrafo del artículo 86, en análisis, disponiendo que es de incumbencia del Defensor «el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas».

Por cierto, esta normativa comprende a las personas físicas o jurídicas que sean titulares, por ejemplo, de contratos para la prestación de servicios públicos.

Es correcto prevenir que al no establecerse en el citado artículo 86 ninguna distinción, todos los actos de dichas personas e incluso también aquellos que en teoría corresponderían al derecho privado, resultan comprendidos bajo la competencia del Defensor del Pueblo.

Por último, es de significativa importancia el otorgamiento de legitimación procesal<sup>20</sup> (primera frase del segundo párrafo) al Defensor del Pueblo, la que guarda directa congruencia con la similar autorización que le confiere el artículo 43 CN,

---

<sup>20</sup> Jorge H. Gentile y Eduardo A. González en su «Proyecto de ley sobre creación del Defensor del Pueblo Nacional», citado en *Tercera rendición de cuentas como diputado de la Nación. Desde el 1.º de septiembre de 1990 al 10 de diciembre de 1991*, Buenos Aires Imprenta del Congreso de la Nación, diciembre de 1991, pp. 113 y 114, en su artículo 18 establece: «La actuación del defensor del pueblo no modifica ni afecta la competencia propia de los organismos existentes de contralor internos y externos de la administración y del Estado. El defensor gira al órgano competente las actuaciones sustanciadas una vez resuelta afirmativamente la procedencia de la renuncia o de la investigación para que tomen intervención y adopten las medidas que correspondiere contra los responsables. Sin embargo, reviste legitimación activa en la protección de los derechos difusos y en los intereses colectivos. El defensor del pueblo está facultado para acudir directamente por ante el honorable Tribunal de Cuentas de la Nación para hacer conocer el resultado de su investigación cuando surgiere o pudiere existir perjuicio patrimonial para el Estado».

que de esta manera se encuentra ampliado por aquella incondicional cláusula constitucional.

Por cierto que resulta imprescindible para cumplir plenamente su labor funcional, que ella esté dotada de legitimación procesal.

Nelson Filippi,<sup>21</sup> Defensor del Pueblo de la provincia de Córdoba, expresó claramente que:

Necesitamos para la credibilidad que la gente debe tener con respecto a nuestra Institución, que se nos confiera la Legitimación Procesal en cuanto a sus alcances, herramienta útil que debe ser manejada con prudencia para que de esa manera esta Institución que es el Defensor del Pueblo, con muy joven vigencia en Latinoamérica pero ya llevando doscientos años en el continente Europeo, cumpla realmente el rol dentro del sistema democrático que le tienen históricamente reconocido, en todos los países del mundo.

En nuestro país son como siempre las provincias las que primero incorporaron las instituciones que luego adoptó la nación. En el caso, el Defensor del Pueblo fue instituido primero en algunas provincias, y por el artículo 86 en la Constitución nacional a partir de 1994.

Esta incorporación nacional lo fue en plenitud, porque además de reconocerle expresamente la facultad de interponer acciones de amparo (artículo 43 CN) le confiere legitimación procesal (artículo 86 CN), que no cuenta el Defensor del Pueblo de la provincia de Córdoba, ni por su Constitución provincial (artículo 124) ni por su ley orgánica n.º 7741.

Toda Constitución constituye una ley fundamental y sus normas obligan a los distintos poderes públicos y también a los particulares, debiendo ser aplicada a las conductas humanas donde tiene imperio, para que no se convierta, al decir del Pedro José Frías, en un mero *catálogo de ilusiones*.

Pero la persona que pretenda invocar y hacer valer sus derechos plenamente debe contar con *legitimación procesal activa*, que es «aquella aptitud para hacer parte en un determinado proceso o la relación que existe entre quien pide y acerca de lo que pide, nexo que vincula a la persona con el derecho».<sup>22</sup>

Ricardo Alberto Muñoz<sup>23</sup> también sostiene que

El derecho a la jurisdicción, garantía del debido proceso y tutela judicial efectiva, contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente, implican una franca apertura para que toda persona pueda acceder en un tribunal independiente e imparcial en tutela de sus derechos que cree

---

<sup>21</sup> Nelson Filippi, en Plenario de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina «La legitimación procesal como instrumento de defensa de los derechos sociales», jornada debate, edición de la Universidad de Río Cuarto, Córdoba, 28 de agosto de 2003, p. 20.

<sup>22</sup> Ricardo Alberto Muñoz: «La legitimación procesal como instrumento de defensa de los derechos sociales», en Plenario de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina, jornada debate, Universidad Río Cuarto, Río Cuarto, Córdoba, 28 de agosto de 2003, p. 27.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

afectados en condiciones de igualdad a los fines de obtener una decisión fundada en derecho y en tiempo oportuno. Es la posibilidad de excitar al órgano jurisdiccional mediante una acción procesal en defensa de derechos individuales o colectivos. Es la garantía para todos los derechos.

Advierte asimismo que

Los procesos constitucionales no son meros procedimientos, son aquellos insertos o previstos en las propias Constituciones para hacer efectivo el principio de supremacía constitucional impugnando con carácter preventivo o reparador normas contrarias y defender de esta manera los derechos fundamentales, tales como el amparo, hábeas data, hábeas corpus, recurso extraordinario y acción declarativa de inconstitucionalidad.

Ello nos permite entender que la Constitución reconoce los derechos del hombre a defender los procesos constitucionales para hacerlos valer, y establece quiénes están habilitados e investidos para usar de ellos activamente por ante los órganos jurisdiccionales. Entre ellos, el Defensor del Pueblo de la Nación tiene legitimación procesal (artículo 86 CN) y puede, al igual que el afectado y asociaciones, articular amparo colectivo o de incidencia colectiva. Esta última constituye un medio constitucional por la cual se protege los derechos colectivos de la sociedad en su conjunto, o sector social específico.

El Defensor del Pueblo de la Nación es titular de derechos subjetivos públicos para interponer acción de amparo colectivo. Y como bien manifiesta Ricardo Alberto Muñoz,<sup>24</sup> «El Estado no abandona a la iniciativa particular la existencia de una pretensión y establece un órgano específico con la misión de interponer pretensiones ante el Poder Judicial, sea en lugar de las partes cuando estas no lo hacen o además de las partes cuando sí lo hacen». Y por cierto, este órgano no es otro que el Defensor del Pueblo de la Nación. De esta manera cuenta con la herramienta legal para ejercitar la defensa de los derechos humanos y demás derechos, accionar ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El último párrafo del artículo 86 de la Constitución nacional establece que «la organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por un ley especial». La ley 24284 de 1984 (diez años antes de la reforma constitucional de 1994) ya regía en el país, cuando entró en vigencia la reforma de 1994 de la Constitución nacional, por lo que los principios son absolutamente coincidentes.

Por lo tanto, es inobjetable que en la tramitación de las actuaciones fundadas en el artículo 86 deben aplicarse las reglas establecidas en los artículos 14 a 29 de la ley 24284 vigente; de lo contrario, la norma constitucional sería letra muerta.

---

<sup>24</sup> Ricardo Alberto Muñoz: «La legitimación procesal...», o. cit., p. 28.



## 5. El Defensor del Pueblo y su legitimación procesal

Para esclarecer el concepto de legitimación procesal del Defensor del Pueblo se tiene en cuenta el vínculo legal que deviene de la importancia de los valores que defiende.

En este aspecto, Alberto Spota<sup>25</sup> sostiene que la legitimación procesal conferida en Argentina es representativa, por lo que no debe analizarse el vínculo obligacional que debe portar, pues esta acreditación se encuentra en el artículo 86. Afirma que «es un mandato preventivo, por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de admisión de una demanda, prioricen por sobre la acreditación del derecho subjetivo, la esencia fundamental de la tutela que se solicita». Esta opinión —expresa— se funda, además, en que el artículo 43 CN distingue en la procedencia del amparo las tres categorías de individuos que puedan reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general: a) el afectado; b) el Defensor del Pueblo; c) las asociaciones registradas.

Y, agrega que, «respecto al ombudsman surge necesario captar la problemática de tenerlo por *parte* cuando celebra una actuación inoficiosa, sin tener la representación adecuada que menta la tipicidad procesal requerida por la legitimación». Concluye que «sería beneficioso que la justicia no entorpeciera la marcha de una denuncia por atender cuestiones técnicas como es la acreditación previa del derecho invocado», cuando la propia carta fundamental en su artículo 86 tiene dicha acreditación incorporada.

Bidart Campos expresa que:

En correspondencia con el artículo 86, el artículo 43 también se la confiere [la legitimación procesal] para promover la acción de amparo prevista en su segundo párrafo, que es aquel donde aparecen mencionados los intereses difusos o colectivos con el nombre de «derechos de incidencia colectiva en general». Esta relación entre legitimación específica del artículo 43 y la genérica del artículo 86 abre un espacio procesal muy amplio y digno de interpretación generosa. De ahí que: «a) la legitimación del Defensor del Pueblo se entiende como extendida a toda clase de procesos judiciales, incluso para plantear mediante el recurso extraordinario una cuestión constitucional a efecto de una relación por Corte Suprema; b) para acudir a instancias administrativas e intervenir en ellas a efectos de plantear pretensiones de defensa de derechos e intereses, de modo equivalente a como lo puede hacer ante los tribunales judiciales; c) en esferas judicial y administrativa [...] actúa en virtud de una denuncia o un requerimiento de particulares, sin que necesariamente sean los titulares del derecho o del interés por lo que se recaba la intervención del Defensor del Pueblo; d) en cuanto a la acción pública en materia penal, para (incoarla); e) la legitimación no inhibe ni margina la que también incumbe a la parte que —en virtud del artículo 43— dispone de su propia legitimación subjetiva, por lo que

---

<sup>25</sup> Conferencia de Alberto Spota: «Sistemas de controles de la Administración pública en la Constitución nacional y sus mecanismos de operativos posibles», en *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y sugerencias fundamentales*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, p. 83.

a la del Defensor del Pueblo, a la del afectado o de la víctima, y a la de las asociaciones, las damos por compartidas y no por excluyentes recíprocamente; f) [...] en determinadas situaciones, la legitimación del Defensor del Pueblo en su competencia de carácter tutelar de los que se superponga con la del Ministerio Público.<sup>26</sup>

Y agrega que «por su legitimación procesal, el Defensor del Pueblo está en condiciones de facilitar el acceso a la justicia de muchas personas que, por diversidad de causas (falta de recursos, desinterés, ignorancia, apatía, etcétera) nunca promoverán un proceso judicial».

Daniel Alberto Sabsay, por su parte, señala que el Defensor del Pueblo tiene su habilitación «como una resultante del papel que cumple este nuevo actor institucional como instancia pública de defensa de los intereses generales». Sin embargo, la doctrina le atribuye «un alcance diferente en función del ámbito territorial y funcional dentro del cual este funcionario debe actuar».<sup>27</sup>

Aquí es necesario destacar que el Defensor del Pueblo es un órgano independiente de los poderes constituidos, o sea los poderes políticos. En particular, respecto del Congreso de la Nación no tiene dependencia jerárquica, ni funcional, ni mucho menos tiene obligación de respetar sus indicaciones. Solo tiene ubicación, según el aludido artículo 86, dentro del «ámbito del Poder Legislativo».

Teniendo en cuenta estos caracteres, podemos decir que la legitimación procesal que le otorga la Constitución nacional lo dota de una amplia capacidad decisoria, en el cumplimiento de sus trascendentes obligaciones, que le es propia y ejercita como exclusiva, conforme lo ya expuesto precedentemente. Según lo dispuesto por el artículo 86, su importantísima misión es abarcativa de:

- a. la defensa y protección de los derechos humanos;
- b. de los derechos y garantías, e intereses explicitados en el espacio de la Constitución reservado a su dogmática y de sus leyes que la reglamentan, si se encuentran en vigencia;
- c. de los tratados, según lo establecido en el artículo 75, incisos 22 y 24, de la Constitución nacional.

En consecuencia, este accionar del Ombudsman nacional se dirige a su actuar ante hechos, actos y omisiones de la administración que agreden aquellos derechos y garantías. Y lo que constate, o reciba como quejas, como sugerencias, tiene como destinatarios a la administración lesionadora, con comunicación al Congreso de la Nación. Además puede sugerirle a este la realización de cursos de su actuación legislativa, formular requerimientos necesarios y concretos al Poder Ejecutivo, o

---

<sup>26</sup> Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 327.

<sup>27</sup> Daniel A. Sabsay: «El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Procesal*, 5, «Amparo, hábeas data, hábeas data corpus II», 25 de septiembre de 2000, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 34.

interpelar a los ministros, siendo el «control del ejercicio de las funciones administrativas públicas» de gran importancia.

Cabe señalar que cuando el Defensor del Pueblo necesita y desea hacer uso de la fuerza pública o empleo de coacción, debe ineludiblemente pedirlo al Poder Judicial, quien ejerce en forma exclusiva ese poder. En el caso, el empleo de la coacción sería en resguardo de garantizar los derechos humanos y garantías constitucionales. Ello surge de que el Defensor del Pueblo, al demandar a la administración pública y a sus agentes, deberá hacerlo por imperio constitucional ante los tribunales, ante el Poder Judicial, ampliándolo a los agentes de los Poderes Legislativo y Judicial, respetando las inmunidades que ostentan sus cargos, no como privilegios o fueros, sino como garantías. La forma republicana y representativa adoptada, en nuestro Estado de derecho, así lo impone.

En otras palabras, el Defensor del Pueblo actúa en el ámbito administrativo de los poderes constituidos, pudiendo hacerlo también en el Consejo de la Magistratura, cuando corresponda a sus deberes emergentes de la Constitución, sin sustituir en su poder de juzgar al Poder Judicial, ni tampoco en lo de superintendencia. Para ello debe, en todo momento, respetar la distribución de competencias establecidas en la Constitución y en las leyes.

Si de este accionar como órgano de control surge colisión de intereses, es el Poder Judicial el que tiene la última palabra.

En todos los casos no debe olvidarse que, desde sus orígenes, el Defensor del Pueblo fue creado, desarrollado y expandido por todos los países adoptantes para frenar los excesos del Poder Ejecutivo, y en particular de sus agentes. Es que tiene por principal objetivo, según el artículo 86 de la Constitución nacional, supervisar y controlar la actividad en general de la administración pública en tal carácter, y como poder político, la defensa y protección a su cargo de los derechos humanos, demás derechos e intereses tutelados por la norma fundamental y las leyes frente a actos u omisiones de ellas.

La CSJN también evolucionó en su doctrina a partir de la conclusión de «confundir su legitimación procesal con su labor de investigación respecto de cada queja procesal que se presenta, a fin de determinar si existen o no disfuncionalidades o irregularidades de naturaleza administrativa».<sup>28</sup> En otros fallos, en franca violación a lo dispuesto por el artículo 86 CN que le otorga al Defensor del Pueblo legitimación procesal sin limitación alguna, impuso una condición (suspender su intervención cuando se presente judicialmente una persona afectada) no establecida por los señores convencionales constituyentes en la reforma a la carta magna del año 1994;<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Cf. *Diario de Sesiones*, pp. 1576 y 1578.

<sup>29</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional, Poder Ejecutivo Nacional, Dec. 1517/98 s/ amparo ley 16986 Expte. n.º D 347/99, sec. n.º 7, fecha 21.12.2000*. Este fallo fue objetado por el Defensor del Pueblo de la Nación por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos, trámite n.º P 0811/2001, sin conocerse aún sus resultados.

también resolvió «que no corresponde la imposición de costas al Defensor del Pueblo de la Nación»,<sup>30</sup> hasta reconocerle en la actualidad su legitimación procesal.<sup>31</sup> Eso sí, «con la salvedad de que no se exceda en sus funciones».<sup>32</sup>

## 6. La legitimación procesal del Defensor del Pueblo y los derechos de incidencia colectiva

En definitiva, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo que le ha confiado el artículo 86 de la Constitución nacional, debe entenderse como integrado con el artículo 43 del mismo cuerpo legal fundamental, en cuanto lo legitima para interponer acción de amparo contra toda agresión a los derechos de incidencia colectiva en general. Se trata de la habilitación para interponer acción expedita y rápida de

---

Se reitera este errado criterio por el máximo tribunal federal en autos caratulados *Defensor del Pueblo de la Nación, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) Dec. 885/98 s/ amparo ley 16986*; ídem *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional- Poder Ejecutivo Nacional s/amparo y sumársimos y Asociación de Esclerosis múltiple de Salta c/Ministerio de Salud Estado Nacional s/acción de amparo- medida cautelar* (publicado en Defensor del Pueblo de la Nación: *Décimo informe anual. 2003, 1.1.2003-31.12.2003*).

<sup>30</sup> CSJN, en autos n.º H126XXXV, *recurso de hecho*, autos *Hernández, Luis Omar y otros c/ Estado Nacional. PEN. Dec. 266/98*.

<sup>31</sup> Existe una particular evolución de la doctrina de la CSJN, en un antes y después de sus sentencias en el caso *Frías Molina, Néida Nieve c/ INPS - Caja Nacional de Previsión Social, para el personal del Estado y servicios públicos s/ Reajustes por movilidad* de fechas 21 de marzo de 1995 y 12 de septiembre de 1996, por la que se le negó capacidad procesal al Defensor del Pueblo.

<sup>32</sup> Es interesante la causa de Oscar David Beltrán, Defensor del Pueblo de la provincia de Santiago del Estero, quien en tal carácter, e invocando la representación de la comunidad de la mencionada provincia y en especial de los ribereños del lago del dique frontal situado en Termas de Río Hondo, promueve acción de amparo contra la provincia de Tucumán y el Estado nacional, con el objeto de recomponer el medio ambiente que habría alterado el derrame de residuos industriales y afluentes cloacales en el territorio de la provincia de Tucumán sobre ríos que llevan sus aguas al citado lago. Ahora bien, analizando en este fallo el tema de la *legitimación del Defensor del Pueblo*, la CSJN se pronunció *no reconociéndole legitimación procesal* a este instituto, porque se excedió en sus funciones, a cuyos efectos sostiene:

«[...] si bien el artículo 136 de la Constitución de la provincia de Santiago del Estero prescribe que el Defensor del Pueblo “tiene legitimación procesal”, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquel el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial. No debe perderse de vista que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que debe ser resuelto por el Tribunal (*Fallos*, 323: 4098 y sus citas).

Ello, por cuanto «[...] tanto el citado artículo 136 de la Constitución local como el artículo 12 de la ley 6320 de creación de la Defensoría del Pueblo circunscriben su actuación a la protección de los derechos individuales y de la comunidad frente a hechos, actos u omisiones de la administración pública provincial. De allí que la promoción de acciones judiciales contra otra provincia o el Estado nacional, como la intentada en autos, excede su ámbito de actuación. Por ello, se resuelve: Rechazar *in limine* la demanda».

amparo, en representación de las personas cuyos derechos fueron conculcados por actos y omisiones de la administración pública. O sea, puede ahora actuar en juicio en nombre de los intereses y derechos de grupos, sectores y hombres del pueblo que hubieran sido vulnerados. Como lo definió Couture, «la legitimación procesal es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho».<sup>33</sup>

Y estas facultades legitimadoras del Defensor del Pueblo adquirieron gravitación cuando, al tratarse el punto de reforma constitucional en 1994, se puso de relieve que «apunta a la defensa, a la protección de los derechos del hombre tutelados en un gran marco jurídico: Constitución, los tratados en materia de derechos humanos, las normas jurídicas positivas en general; y en paralelo a su control de la administración pública».<sup>34</sup>

La violación de los derechos de incidencia colectiva en general habilita al Defensor del Pueblo de la Nación a defenderlos, pudiendo actuar por cada uno, y por todos los afectados, tutelados en la Constitución. Se trata del resguardo de intereses generales de la colectividad.<sup>35</sup>

La violación de los intereses colectivos pone en peligro la convivencia pacífica de una comunidad mediante actos u omisiones, cuyas víctimas no están

---

<sup>33</sup> Eduardo Couture: *Estudios del derecho procesal*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1951, p. 208.

<sup>34</sup> Augusto M. Morello: «La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal», en *JA*, tomo III, 1978, p. 312. d

<sup>35</sup> El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica dispone en el capítulo 1 «Disposiciones generales»:

«Artículo 1.º *Ámbito de aplicación de la acción colectiva*. La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

1. Intereses o derechos difusos, así entendiendo los supraindividuales de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categorías o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte o con la parte contraria por una relación jurídica de base;

2. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

[...]

Artículo 3.º *Legitimación activa*. Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

1. Toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho;

2. Cualquiera miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos;

3. El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública. [...].»

Lo interesante es que se fija el ámbito de los intereses o derechos difusos y a la par se tutela una legitimación concurrente y amplia a la vez. El aludido código fue aprobado en Caracas, el 28 de octubre de 2004, durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y se convirtió en el Código Modelo para los Procesos Colectivos para Iberoamérica. Véase en: «Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica», en *Revista de Derecho Procesal, 2005-1, Prueba-1*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 14 de abril de 2005, pp. 487 y 488.

determinadas como individuos en el plan de su autor. Se ha dicho que ellos atacan intereses que

no son ya solo de uno o de varios, sino mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte, en lo que concierne al enraecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones.

En la sociedad actual, en la cual los prejuicios alcanzan mayor magnitud para los más débiles de la población, y aun mayor gravedad para aquellos que no satisfacen tan siquiera sus necesidades básicas, resulta casi imposible llegar a concebir que esos grupos humanos puedan defenderse adecuadamente en forma individual, por falta de recursos económicos e instrucción, por desconocimiento de los deberes del Estado.

Basta pensar que los derechos de incidencia colectiva son numerosos, en los que se comprenden los de protección del medio ambiente, de los usuarios y consumidores, de los discriminados por distintas causas. Hay una categoría que también se encuentra configurada, cuando está involucrada la comunidad toda, y no algún grupo o sector que la integran. Se entienden identificados en derechos amenazados o agredidos, como el ejercicio de un culto, a la información, a la educación, a la defensa del llamado patrimonio histórico y cultural, al derecho de su dignidad en los establecimientos penitenciarios, al sufragio, a la salud, etcétera. Y su representación y defensa es de incumbencia y función del Defensor del Pueblo.

El Defensor del Pueblo protege aquellos derechos constitucionales y legales cuyo origen debemos encontrar en el derecho natural. Tal lo que resulta del artículo 33 de la Constitución nacional: «los derechos y garantías que enumera la Constitución nacional, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

Humberto Quiroga Lavié ha analizado con claridad que

La incidencia cumple la función de personificar el ente colectivo (sociedad o grupo social de pertenencia), a partir de la legitimación procesal que no es la acción popular. En el caso del Defensor del Pueblo, no podría actuar si no hubiera un pueblo a quien él representa o defiende, por imperio de la Constitución. Se corrobora esta función del Defensor con la competencia que a dicho órgano del Estado le reconoce el artículo 86 de la Constitución nacional cuando en su segundo párrafo sostiene que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal.<sup>36</sup>

Ahora bien, una doctrina minoritaria pretendió acotar la actuación del Defensor del Pueblo, expresando que los intereses difusos que protege el mínimo no son tales,

---

<sup>36</sup> Humberto Quiroga Lavié: «Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia», *ED*, año XXXIV, n.º 9111, 22.10.1996.

pues aunque esté atacado un número importante de personas, solo constituyen un conglomerado de individuos con derechos objetivos agredidos similares (que expresa pluralidad de afectados) pero que no alcanzaba a configurarse como un derecho de incidencia colectiva, que podría representar, pues esta pretensión se sustentaba en un derecho inexistente. Esta postura fue planteada en oportunidad de justificar el rechazo de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso citado, *Frías Molina, Doctrina Judicial, 1995-2-447*, en que los jubilados veían demorado el reajuste de su haber previsional, sustentando que «No hay un derecho de incidencia colectiva, sino, simplemente [...] un problema común».

Ello puede rebatirse sin mayores análisis con solo leer el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución nacional, que se refiere a los derechos de incidencia colectiva en general, en forma explícita. Y en su protección considera como titulares para ejercitar la acción, «el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

Por todo ello puede colegirse que si el Defensor del Pueblo ha ejecutado una acción en representación de un grupo afectado del pueblo, atacado en alguno de sus derechos de incidencia colectiva en general, la sentencia que lo resuelva tendrá sin lugar a dudas efectos *erga omnes*.

Solo esto puede interpretarse, en cuanto a las razones de su legitimación procesal con que lo habilita la Constitución nacional para interponer acción de amparo en defensa de dichos derechos.

## 7. Conclusiones

1. Para la región en general, y Argentina en particular, la incorporación del Defensor del Pueblo tomó bastante del modelo español, por los denominadores comunes e influencias recíprocas producidas entre ambas culturas jurídicas.

2. El modelo criollo adoptado solo puede operar en un sistema democrático. No conlleva un alejamiento o confrontación con el modelo sueco, sino solo vigencia de uno más ajustado a sus tiempos, cambios, nuevas necesidades y evolución de una sociedad influenciada por los adelantos de la técnica y la ciencia.

3. Existe una marcada diferencia entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico provincial de la provincia de Córdoba, en cuanto solo el primero está dotado de legitimación procesal.

4. Siguiendo los lineamientos de la Constitución nacional, las Constituciones provinciales y cartas orgánicas municipales deben dotar al Defensor del Pueblo de operatividad, confiriéndole legitimación procesal amplia, facultades investigativas, autonomía funcional e independencia económica, con recursos humanos adecuados.

**Jorge Luis Maiorano\***

# **El Defensor del Pueblo en América Latina: la necesidad de fortalecerlo**

## **1. Introducción**

Como resultado de una extraña parábola, mi relación con la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo ha transitado, durante 26 años de mi vida, por diversas etapas: inicialmente, 1980-1994, la faz académica, netamente doctrinaria, años durante los cuales mucho aprendí de mis maestros europeos y también mucho transmití a lo largo y ancho de Argentina y América Latina; luego, la riqueza de la práctica cotidiana ejerciendo el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación argentina: 1994-1999, para retornar luego a la prédica doctrinaria, obviamente con la generosa experiencia que me ha brindado la Providencia de ejercer, por primera vez en mi país, la titularidad de esa función y durante 1998-1999 la presidencia del Instituto Internacional del Ombudsman.

A través de estas reflexiones aspiro a formular algunas consideraciones acerca de esta institución en América Latina y, en todo caso, actualizar los conceptos que adelantara en mi última obra sobre la materia publicada en abril de 1999.<sup>1</sup>

---

\* Defensor del Pueblo de la Nación Argentina (mandato cumplido). Ex presidente del Instituto Internacional del Ombudsman (Canadá). Ex ministro de Justicia de la Nación. Profesor titular de Derecho Administrativo. Ex decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano.

<sup>1</sup> Jorge Luis Maiorano: *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*, 4 tomos, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Macchi, 1999.



¿Cuáles son las ideas básicas que expondré a continuación?: 1) ¿cómo nació la idea de incorporar esta figura?; 2) ¿cuál fue su desarrollo en estos últimos veinte años?; 3) ¿de qué forma ella se ha ido insertando en los diversos regímenes latinoamericanos hasta generalizarse? Si nos atuviéramos solamente a la cantidad de defensorías que hoy existen en el área comparándolas con la situación a mediados de la década de los años ochenta, las reflexiones culminarían aquí y podrían resumirse en algo así como: tarea cumplida.

En cambio, yo sostengo en estas líneas: nada de eso. Hay varios hechos producidos en los últimos años que, sin empalidecer lo realizado hasta la fecha, obligan a encender, cuando menos, una luz de alerta.

## 2. Modalidades de incorporación

La institución del Defensor del Pueblo, Procurador de los Derechos Humanos, Defensor de los Habitantes o denominaciones equivalentes con que se conoce en América Latina, constituye uno de los fenómenos más singulares de los últimos años en los países del área.

Lo que hace veinticinco años podía ser considerado como una utopía política o un vano empeño de un erudito del derecho, se ha constituido hoy en uno de los referentes inexcusables a la hora de conocer el grado de acatamiento y respeto de los derechos humanos de los habitantes de la región.<sup>2</sup>

Así ya está previsto en los ordenamientos de Argentina, Brasil (en ámbitos estadales y municipales), Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela. Por su parte, en Chile y Uruguay se auspician diversas iniciativas tendientes a incorporarlo.

La experiencia del Ombudsman en América Latina estuvo desde sus inicios íntimamente vinculada a su compromiso con la protección de los derechos fundamentales. Fue, precisamente, la necesidad de añadir una cuota mayor de seguridad a la creciente demanda de tutela integral de los derechos humanos lo que determinó la conveniencia de acudir a una institución prestigiosa y prestigiada en el resto del mundo, y sobre todo en Europa, aun cuando se le imprimieron modalidades singulares.

Y fue el modelo del Ombudsman español —con esa esperanzadora y comprometida denominación de Defensor del Pueblo— el que adoptó, en líneas generales, el constituyente latinoamericano. A sabiendas digo «en líneas generales», porque hoy la mayoría de esas instituciones han desbordado los objetivos originarios y se

---

<sup>2</sup> Véase Jorge Luis Maiorano: «El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas», en Antonio Cartaña, Jorge L. Maiorano y Jorge Reinaldo Vanossi: *El Defensor del Pueblo en la República Argentina*, Buenos Aires, Fundación Friedrich Ebert, 1991, pp. 31 ss.

encuentran comprometidas con desafíos garantísticos que la comunidad internacional de Ombudsman ya no considera ajenos.<sup>3</sup>

Este nuevo matiz, originado en la Constitución española de 1978, es el que predomina en América Latina y que ha permitido configurar a la institución del Ombudsman con perfiles definidos y singulares. Se supera, pero no se agota, la clásica definición del Ombudsman como un órgano de control de la disfuncionalidad, de mediador en conflictos y de promotor de reformas, para involucrarlo, además, en la defensa y protección de los derechos humanos.

### 3. La situación actual

En estos últimos años, la evolución de la institución no escapó a las profundas transformaciones que se operaron en nuestras sociedades. La realidad de nuestra América Latina es hoy muy diversa a la de veinte años atrás, cuando se incorporó a la Constitución de Guatemala en 1985; los regímenes democráticos felizmente se han generalizado al mismo tiempo que el Estado ha emprendido una desordenada retirada de las actividades comerciales e industriales; por su parte, la estabilidad económica ha seducido a gobernantes y gobernados.

En varios países de la región, la institución del Ombudsman nació cuando estaba muriendo el Estado empresario, cuando el Estado de bienestar había desaparecido; por ello se encontró, en sus primeros años de funcionamiento, con una sociedad muy distinta a la que acompañó su evolución en todo el mundo tres décadas atrás; nació en sociedades con vocación participativa, demandantes de calidad de vida, de derechos económicos, sociales y culturales y con una creciente conciencia sobre su rol activo en las democracias modernas. Los países de la región no escaparon a las causas que, en todo el mundo, provocaron las profundas mutaciones de las cuales somos, a la vez, testigos y protagonistas.

Por ello, en los últimos años hemos asistido a la generalización de los procesos de reforma del Estado a través de políticas que, en lo sustancial, se resumen en la privatización de empresas públicas, la desregulación económica y la descentralización administrativa. Sobre este particular, ya expresé en otra oportunidad que una de las prioridades del actual Ombudsman latinoamericano radica, precisamente, en la función peculiar que debe desempeñar frente a los procesos de transformación económica antes apuntados.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Jorge Luis Maiorano, «En los umbrales del siglo XXI: ¿Crisis de identidad o evolución?», conferencia pronunciada en la VI Conferencia Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman, Buenos Aires, 24 de octubre de 1996.

<sup>4</sup> Jorge Luis Maiorano: «Servicios públicos y el Ombudsman», en *Memoria del III Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO)*, Lima, 1999, pp. 183 ss.

Creo firmemente que América Latina ha sido el campo propicio para el desarrollo de una etapa muy singular en la evolución de esta institución. Para fundar esta afirmación, me baso en las siguientes razones:

- a) es definida la tendencia a la constitucionalización de la figura. La mayoría de los países de América Latina que la han incorporado, lo han conformado como una institución del Estado, no del Gobierno;
- b) la independencia funcional que le confieren esas cartas magnas impide, por lo menos desde el plano normativo, que esas instituciones se conviertan en apéndice de intereses partidarios o amortiguador de disputas políticas;
- c) a diferencia de lo que aconteció en el resto del mundo, no fue la necesidad de controlar las meras disfuncionalidades administrativas, la causa inmediata que movilizó su interés;
- d) a esos efectos, y partiendo de la base del esquema clásico del Ombudsman parlamentario, se adaptaron las experiencias ajenas y se conformó este Ombudsman criollo con funciones de defensa y protección de los derechos humanos y de control del ejercicio del poder en sus facetas pública y privada;
- e) por la necesidad de asegurar el ejercicio pleno de esas funciones, algunas normas constitucionales les han asignado legitimación procesal amplia superando incluso la del Defensor del Pueblo de España; ello implica la posibilidad de impugnar judicialmente comportamientos estatales y aun actos de particulares que violaren derechos fundamentales;
- f) si bien fueron los derechos individuales los que motivaron inicialmente su difusión, en consonancia con la tendencia que predica que los derechos humanos se van reconociendo y defendiendo progresivamente, sus competencias han aumentado también al amparo de las crecientes necesidades sociales, es decir, en el marco de los derechos económicos y sociales;
- g) recientemente se ha ido perfilando una nueva y trascendente función de algunos Ombudsman latinoamericanos; me refiero a la custodia de los intereses colectivos o difusos o, como los denomina la Constitución argentina, «derechos de incidencia colectiva» (artículos 43 y 86). No se trata de la colectivización de la legitimación sino de la institucionalización de una figura que, administrativa y judicialmente, se presenta como defensora de los derechos de la sociedad ampliando de esa forma la defensa del ser humano en el plano individual al plano genérico o abstracto, al ser humano en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, de pertenecer a una sociedad (como niño, usuario, anciano, trabajador, jubilado, aborígen, enfermo, etcétera);

- h) consecuente con la característica de *promotora del cambio* que es propia de la figura, el Defensor del Pueblo latinoamericano ha asumido un papel relevante en los procesos de promoción y difusión de los derechos humanos;
- i) su creciente protagonismo como intérprete de las demandas de la sociedad civil está determinando el reconocimiento del sistema interamericano, de su derecho a recurrir ante la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>5</sup>

#### 4. Reconocimiento internacional

La comunidad internacional de Ombudsman ha reconocido la importancia que América Latina ocupa en el marco de la evolución de esta figura. Algunas veces, es mi obligación decirlo, no sin recelos porque estaba naciendo un nuevo Ombudsman, bastante alejado de la figura original nórdica. Sin perjuicio de ello, y como una muestra de la fuerza de este proceso, la Argentina fue sede, en 1996, de la VI Conferencia Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman, siendo el Defensor del Pueblo de la Nación Argentina el anfitrión de los 800 participantes de 80 países.

Ello llevó, casi naturalmente, a que quien escribe estas líneas accediera primero a la vicepresidencia de ese instituto internacional, en 1996, y luego, en 1998, a la presidencia del IOI, con el respaldo masivo de las regiones de América Latina, América del Norte, Asia, África y algún voto de Europa.

También los organismos internacionales observan la labor que realizan nuestras instituciones con singular atención e interés. Tal es el caso de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, la que, ya en 1996, comprometió a los Ombudsman iberoamericanos en un programa de acción en favor de lo que ese organismo especializado de Naciones Unidas ha dado en llamar la *cultura de paz*.<sup>6</sup>

Así, por ejemplo, se ha expresado que:

La UNESCO asimismo reconoce en los Ombudsman a los principales agentes multiplicadores de la cultura de paz, permitiendo por su medio superar los actuales estados de inseguridad y violencia que obstaculizan la consolidación de la paz duradera y valoriza su papel, especialmente en América Latina, en beneficio del respeto y desarrollo de la democracia, de la formación ciudadana y de la participación organizada de las poblaciones marginadas, excluidas y discriminadas.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Puede ampliarse en Jorge Luis Maiorano: «El Defensor del Pueblo en América Latina: su compromiso con la protección de los derechos humanos», en *Revista de Derecho Público*, n.º 1, Universidad Autónoma de Centro América, San José de Costa Rica, 1996, pp. 149 ss.

<sup>6</sup> Ídem: «La UNESCO y el Defensor del Pueblo», en *La Ley*, tomo 1996-D, Buenos Aires, pp. 1712 ss.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 1712.

No he dudado en calificar a este como uno de los respaldos internacionales más importantes y explícitos que ha recibido la figura del Defensor del Pueblo, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos o Comisionado de los Derechos Humanos en los países de América Latina.<sup>8</sup>

Una prueba de ello lo representa la Declaración sobre Derechos Humanos y Cultura de Paz suscrita por los Defensores del Pueblo de Argentina, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, México y Puerto Rico conjuntamente con el entonces director general de la UNESCO, Dr. Federico Mayor Zaragoza, el 30 de julio de 1996, en Antigua, Guatemala.

En esa oportunidad, se acordaron las siguientes acciones, reflexiones y objetivos:

1. La construcción y fortalecimiento de la cultura de paz implica el conocimiento, respeto, protección y desarrollo de los derechos humanos: tanto los civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales, y los de tercera generación, sin distinción alguna. Asimismo es necesario promover mediante la educación en derechos humanos una actitud permanente y natural de respeto a los valores y principios de los derechos humanos.

2. La construcción de una cultura de paz requiere una acción continua y positiva de los Estados y de los pueblos dirigida a la prevención de conflictos, la eliminación de amenazas varias a la paz, el respeto por el principio de la renuncia al uso de la fuerza, la solución de conflictos, la tolerancia, el desarme y el desarrollo económico duradero.

3. El ejercicio de la libertad de opinión, de expresión y de información, como parte integrante de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, constituye un factor esencial para el fortalecimiento de la cultura de paz. En sus tareas cotidianas, los medios de comunicación de masas deben hacer todos los esfuerzos para contribuir eficazmente a reforzar la idea de paz, la promoción de los derechos humanos, el establecimiento de un orden económico justo y equitativo, el respeto por la diversidad de culturas y evitar la incitación a la guerra.

4. La plena participación y el fortalecimiento de las mujeres son esenciales para el desarrollo de una cultura de paz. La historia social, la exclusión, la marginación y la discriminación han impuesto a las mujeres una serie de desafíos y desventajas. La superación intelectual y cultural de tantos obstáculos sitúan a la mujer como copartícipe fundamental para la construcción de una cultura de paz basada en el respeto y valoración de sus derechos humanos.

5. Observamos con beneplácito el esfuerzo de la UNESCO en una nueva concepción intelectual de la paz, que asumida como cultura de paz potencia los valores universales fundamentales de: respeto a la vida, la libertad, la justicia social, la solidaridad, la tolerancia y la equidad; así como la igualdad entre mujeres y hombres,

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

el respeto a los derechos de los niños y niñas, los de las personas pertenecientes a las minorías y los de las poblaciones indígenas y poblaciones desarraigadas.

6. Para darle permanencia a una cultura de paz, es necesario que los Estados y los pueblos adopten medidas concretas para eliminar el hambre y la mala nutrición y para lograr que las necesidades humanas básicas sean satisfechas. Asimismo, es necesario terminar cuanto antes con el analfabetismo existente.

7. La cultura de paz y los derechos humanos solo serán posibles en el marco de la aplicación de los principios democráticos de justicia, equidad, libertad y solidaridad como lo establece el preámbulo de la Constitución de la UNESCO, y no en la aplicación o imposición de modelos ajenos al contexto cultural e histórico de los pueblos.

8. La inversión de recursos humanos o materiales para la construcción de una cultura de paz debe ser por lo menos tan grande como el de la guerra, a fin de eliminar la ventaja comparativa de esta última; en tal sentido, para lograr construir una cultura de paz, es necesario apoyar iniciativas destinadas a lograr el control del comercio de armas, a reducir los presupuestos militares y a utilizar dichos recursos en educación, salud y en beneficio del desarrollo de otros derechos económicos, sociales y culturales. Nunca ha sido tan urgente la necesidad de limitar y, a la larga, poner término, a la producción de armamentos.

9. Cultivar valores que favorezcan la paz, los derechos humanos y la democracia representa un desafío esencial para la educación. La educación debe desarrollar la capacidad de resolver conflictos con métodos no violentos. Por consiguiente, debe promover el desarrollo de la paz interior en la mente de los estudiantes para que puedan asentar con mayor firmeza las dotes de tolerancia, solidaridad, voluntad de compartir y atención hacia los demás. La educación debe enseñar a los ciudadanos a respetar el patrimonio cultural, a proteger el medio ambiente y a adoptar métodos de producción y pautas de consumo que conduzcan al desarrollo social. También es necesario que promueva el equilibrio y la armonía entre los valores individuales y los colectivos.

10. La cultura de paz es un proceso humano que se desarrolla en la práctica colectiva y la vivencia de los derechos humanos. Los Ombudsman de Iberoamérica, apreciando los conceptos filosóficos que orientan el programa de cultura de paz de la UNESCO, consideran en su doble misión de promotores y defensores de los derechos humanos la conveniencia de integrar un movimiento internacional que, por medio del intercambio y contribución mutua de experiencias, facilite el cambio cultural de actitudes de violencia y exclusión como solución de divergencias, en actitudes de diálogo, tolerancia, consenso y participación. Para el efecto acordamos la creación de la Red Iberoamericana de Ombudsman para la Cultura de Paz, cuyos objetivos sean aprobados en la próxima reunión de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO).

11. Los Ombudsman de Iberoamérica valoramos la cooperación técnica de la UNESCO para poder incorporar en las estrategias de educación, formación y

promoción de los derechos humanos los objetivos del plan de acción a favor del Programa.

12. Consideran que, como parte de la formación de una cultura de paz, debe tenerse siempre presente que el papel de las fuerzas armadas debe estar circunscrito a la preservación de la seguridad democrática. Asimismo, que la función de seguridad pública y persecución de los delitos corresponde a las corporaciones policíacas civiles. En todos los casos, los ejércitos deben estar supeditados a la autoridad civil que emana de las leyes fundamentales de los Estados nacionales de la región.<sup>9</sup>

## 5. El Defensor del Pueblo latinoamericano y la cultura de paz

¿Está preparado el Ombudsman latinoamericano para contribuir a forjar una cultura de paz? ¿No será este un objetivo pretencioso para instituciones jóvenes que actúan en sociedades donde se advierten profundas y crecientes situaciones de marginación, resabios de autoritarismo y donde las políticas sociales aparecen postergadas frente a las políticas económicas?

Estos interrogantes, que no dejan de reflejar lo que, a mi juicio, conforman un panorama cada vez más inquietante, no debe hacernos caer en el facilismo de sostener que el Ombudsman no está preparado para aquel objetivo.

Con total convicción sostengo que los Defensores del Pueblo, Procuradores o Comisionados de los Derechos Humanos latinoamericanos se erigen en instancias absolutamente necesarias para forjar esa cultura.

¿Cómo puede contribuir el Ombudsman latinoamericano a forjar una cultura de paz? A mi juicio, el Defensor del Pueblo de nuestros países se encuentra en la privilegiada posición de asumir, desde el Estado, el rol de mediador entre las necesidades del pueblo y las autoridades que rigen sus destinos. Desde esta función se puede advertir cuán profundo es el divorcio que existe entre las insatisfacciones cotidianas de la población y las preocupaciones de su clase dirigente. Y lo que lo legitima aún más es que, actuando con plena independencia, esa cruda radiografía la efectúa desde el propio Estado, permitiéndole a este recrear su relación con la sociedad.

La paz no es solo la ausencia de conflictos sino, además, la superación de antinomias. Y es sobre esas antinomias (público-privado; autoridad-libertad; capital-trabajo; interés público-interés privado, macroeconomía-microeconomía; tolerancia-discriminación, etcétera) sobre las que opera la institución del Ombudsman. Así, por ejemplo, actúa contra las discriminaciones fundadas en sexo, religión, idioma, origen racial, capacidad económica, etcétera; contra los actos abusivos e irrazonables del poder público y también ante las injusticias que agravan la situación de usuarios y consumidores de servicios monopólicos.

---

<sup>9</sup> Véase *Cultura de Paz y Derechos Humanos*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos, 4-96, Guatemala, 1996, pp. 49 ss.

Cierto es que el Ombudsman o Defensor del Pueblo poco podrá hacer frente a un conflicto armado tradicional; en este caso, el ansiado objetivo de la paz le será remoto. Pero donde sí puede contribuir activamente es frente al creciente clamor del latinoamericano que ya no se conforma con el derecho a la vida; quiere más y eso implica mejor calidad de vida, mejor educación, mejor salud, mayor protección de los valores comunes, etcétera.

No debemos olvidar que una de las decisiones fundamentales de los países de América Latina ha sido la permanente búsqueda de la institucionalidad, es decir, la elección por el Estado de derecho. Aunque ha sido difícil, hemos persistido en su cumplimiento. Sin embargo, el constitucionalismo americano, precursor de los derechos sociales, hoy ambiciona algo más que la protección de los derechos viejos que consagraron nuestras Constituciones durante el siglo XIX. Hoy, junto a los derechos individuales —que todavía son expresiones de deseos en algunas regiones— nuestras sociedades ansían, en primer lugar, la vigencia plena de los derechos sociales y, en segundo término, de los derechos de incidencia colectiva o de la tercera generación.

El Defensor del Pueblo u Ombudsman latinoamericano enfrenta difíciles desafíos. Entre ellos, alcanzar el prestigio que la figura tiene en otros países del orbe; oponerse a los clásicos abusos del poder público y enfrentar las violaciones a los elementales derechos humanos que nacen, en muchas ocasiones, desde su propio seno; crear los antígenos que eviten la beligerancia social e incentivar, al mismo tiempo, nuevas formas de conciliación y mediación de intereses.

## 6. Una obra inconclusa

En los veinte años que han transcurrido desde la primera incorporación a una Constitución latinoamericana, el Defensor del Pueblo ciertamente se ha generalizado y ha alcanzado el reconocimiento internacional, como lo acabo de puntualizar. No obstante ello, nuevos peligros se ciernen amenazadoramente sobre el futuro de esta institución: proyectos de eliminación, de recorte de sus facultades, cercenamientos presupuestarios, hostigamientos varios, apetencias políticas que amenazan su independencia y, en suma, el serio riesgo de que la figura se vaya diluyendo en los países de América Latina.

Para comprender plenamente las razones que acabo de exponer, vale recordar que: a) en un comienzo, la incorporación de la figura encontró un obstáculo casi excluyente: su desconocimiento por la dirigencia política que creía ver en el Ombudsman un injerto de otras culturas y motivado por razones ajenas; hoy, en cambio, el principal obstáculo es precisamente el inverso: los políticos conocen demasiado a la figura y saben cuánto puede molestar una institución que actúa alejada de intereses partidarios, con independencia de finalidades mezquinas y que soluciona las insatisfacciones de los ciudadanos; b) las primeras aplicaciones de la institución la



presentaron en una firme defensa de los derechos humanos contra las violaciones producidas desde el propio Estado en forma de acciones; hoy, en cambio, al compás del relegamiento de la presencia del Estado y del fortalecimiento de las concentraciones empresarias, las principales violaciones se visualizan en la inacción del Estado, la omisión de cumplir su rol de garante de los derechos y, paralelamente, en los abusos cometidos por los monopolios privados.

Cierto es que también advierto un factor que puede contribuir a la expansión de esta figura. En los años ochenta, el Ombudsman fue instituido— para decirlo gráficamente— de *arriba* hacia *abajo*; es decir, fueron las autoridades las que incorporaron una figura que la sociedad no conocía, en algunos casos, incluso, para mostrar al mundo una patente de identidad democrática. Hoy, en cambio, al amparo de la reformulación de los fines estatales que han devenido en una ausencia del Estado, la sociedad se ha quedado sin su natural defensor; se dan, pues, las condiciones para que la figura crezca o brote de *abajo* hacia *arriba*. Hoy es el pueblo, es decir los de *abajo*, quienes piden, a veces a gritos, que alguien los defienda de los abusos privados o de las omisiones estatales.

América Latina hoy está poblada de Defensores del Pueblo; esto evidencia un notable avance sobre la situación que se verificaba a comienzos de la década de los años ochenta; algunas de esas instituciones ya pueden mostrar varias «generaciones» de defensores; pero, a cambio, cabe recordar las vicisitudes que han sufrido los titulares de esas instituciones y las declaraciones que tuvo necesidad de formular la Federación Iberoamericana de Ombudsman para frenar aviesas intenciones de cercenar facultades o presionar a los defensores.

Por eso sostengo que el Defensor del Pueblo en América Latina no es, ni mucho menos, una obra acabada. Hoy las urgencias son otras: urge fortalecer a estas instituciones demostrando a los gobiernos que los defensores o procuradores no son sus enemigos, no pretenden con sus críticas socavar al poder sino, en cambio, ilustrarlo y sensibilizarlo para que conozcan las insatisfacciones cotidianas del pueblo que van minando la confianza en sus instituciones; urge poner en evidencia que los ajustes presupuestarios nunca pueden justificar la eliminación o debilitamiento de una institución benéfica para los pueblos y que solo puede molestar al soberbio y al autoritario.

Walter F. Carnota\* y Guillermo A. Calandrino\*\*

## El Defensor del Pueblo y sus funciones

### 1. Introducción

Dentro de la gama de nuevas instituciones que la reforma constitucional de 1994 introdujo en el texto constitucional, no cabe duda de que aquellas que provenían de formas de gobierno parlamentarias fueron las que más suspicacias generaron en torno del éxito de su adaptación dentro de la estructura presidencialista de gobierno que consagra nuestra ley mayor en su artículo 1. Y es que detrás de esa suspicacia se dejaba traslucir el parecer no ocultado en torno de la falta de credibilidad a la idea de que estas instituciones (Consejo de la Magistratura, Defensor del Pueblo, Jefe de Gabinete), venían a atenuar el *hiperpresidencialismo* reinante en la época. Sin duda que esta mirada de soslayo contribuyó al actuar del poder de turno, el que a través de sus múltiples ramificaciones socavó con éxito las funciones de estas instituciones.

---

\* Abogado y doctor en Derecho, UBA. Profesor titular en UBA, USAL, UNLZ, UCES y Escuela de Abogados del Estado. Director del Programa de Derecho Constitucional Práctico, UBA. Consejero directivo de la Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

\*\* Abogado y especialista en Derecho del Trabajo, UBA. Profesor adjunto en UBA y UNLZ. Secretario del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Profesor de posgrado.

La figura del Defensor del Pueblo no fue ajena (ni lo es) a este debate. Partiendo de la curiosidad de que este instituto fue creado por la ley 24284, con carácter previo a su inserción constitucional, no cabe duda de que a partir de su incorporación al texto, este vivenció una suerte de relanzamiento en lo que hace al objeto de sus funciones, circunstancia esta no percibida por la posterior ley 24379 de reforma de aquella.

Así, el convencional constituyente decidió introducir la figura del Defensor del Pueblo, en lo que hace a sus funciones en el artículo 43, segundo párrafo, CN, para la protección de los derechos de incidencia colectiva allí enumerados, a través de la acción procesal del amparo *colectivo*; para posteriormente definirlo como institución, en la parte orgánica *con legitimación procesal*, con motivo del artículo 86.

## 2. El contexto

Una supuesta nueva dinámica, entonces, en la relación entre el órgano ejecutivo y el Congreso fue el contexto, o *telón de fondo*, en donde se tejió la consagración escrita de este organismo.

Sabido es su origen como comisionado parlamentario en varias de las Constituciones históricas, a partir de la sueca de 1809, lo cual ha sido cabalmente retratado y descrito por la doctrina especializada.<sup>1</sup> A ello se agrega la experiencia política iberoamericana, con una notable cuota de arbitrariedad en el desempeño de la función administrativa, lo cual lo erige ilusoriamente en el imaginario colectivo en una suerte de *panacea* o *sanalotodo*,<sup>2</sup> en la experiencia de Hispanoamérica.<sup>3</sup>

En su «Estudio preliminar» a la edición castellana de la obra *Introducción al derecho constitucional comparado*, actualizada a 1991 por el célebre Paolo Biscaretti di Ruffía, Héctor Fix-Zamudio observa agudamente que:

Es muy conocido el desarrollo de la institución surgida en las leyes constitucionales suecas de 1809 y, ya que sería sumamente prolijo señalar así fuera de manera panorámica la evolución del *Ombudsman* en sus diversas modalidades en los ordenamientos cada vez más numerosos que lo han introducido, nos limitaremos a destacar su establecimiento en las legislaciones europeas que se encuentran más próximas a la tradición jurídica latinoamericana. Nos referimos al *Promotor de la Justicia*, de Portugal, creado en 1975 al establecerse el régimen democrático y constitucionalizado por la ley fundamental de 1976-1982, y al *Defensor del Pueblo* español, consagrado por la Constitución de 1978 y cuya ley orgánica fue aprobada en abril de 1981. Si bien en ambos casos la institución se aproxima al modelo escandinavo del

---

<sup>1</sup> Véase la obra clásica de Donald C. Rowan: *El Ombudsman (El Defensor del Ciudadano)*, México, FCE, 1986. Asimismo, puede consultarse Raymundo Gil Rendón: «El *Ombudsman* y los derechos humanos», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional*, tomo III, México, Porrúa, 2003, pp.1429 ss.

<sup>2</sup> Véase Jorge R. Vanossi: «El Defensor del Pueblo o Comisionado Parlamentario en el régimen constitucional argentino», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1985, p. 162.

<sup>3</sup> Véase Walter F. Carnota: *Instituciones de derecho público*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 86.

comisionado parlamentario, debe destacarse que se aparta del mismo en cuanto sus funciones no consisten, como en el paradigma original, en la tutela de los derechos e intereses legítimos de carácter legal de los administrados, sino esencialmente en la protección de los derechos humanos constitucionales e internacionales (aun cuando estos últimos lo sean de manera indirecta), lo cual resulta explicable por tratarse de dos países que sufrieron prolongadas dictaduras que lesionaron aquellos de manera constante. Algo similar ocurrió en numerosos países latinoamericanos que estuvieron sometidos a regímenes autoritarios de carácter militar.<sup>4</sup>

Y es el mismo maestro mexicano Fix-Zamudio quien considera que en nuestras latitudes el Defensor es una herramienta del vertiginoso *derecho procesal constitucional*. Así, se ha dicho que:

Si bien en sentido estricto podía pensarse que este instrumento no forma parte del *derecho procesal constitucional* debido a que no constituye un mecanismo de carácter procesal, lo cierto es que Fix-Zamudio lo ha incorporado dentro de esta nueva rama del derecho procesal, «debido a su vinculación con los organismos jurisdiccionales, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos».<sup>5</sup>

Como se verá, la versión argentina recoge esta enseñanza al conferirle expresa legitimación procesal.

En esta institución, entonces, confluyen la parte dogmática del texto cimero (a la cual el Defensor obviamente debe coadyuvar a realizar y a efectivizar, no solo en su matriz individual sino también colectiva)<sup>6</sup> y la orgánica, en cuanto replantea la clásica división de las funciones del poder.

Cabe destacar que la revisión constitucional de 1994 fue afecta a las *instituciones extrapoder*, es decir, aquellas que orbitan en un determinado órgano pero que en sentido estricto no pertenecen a él, como acontece con la Vicepresidencia o el Ministerio Público. El caso del Defensor del Pueblo es paradigmático. Por un lado, se trata de un *órgano independiente, instituido en el ámbito del Congreso de la Nación*, dotado de *plena autonomía funcional*. Parece que esas tres definiciones liminares

---

<sup>4</sup> Véase Héctor Fix-Zamudio: «Estudio preliminar», en Paolo Biscaretti di Ruffia: *Introducción al derecho constitucional comparado (Las formas de Estado y las formas de gobierno)*. Las Constituciones modernas y 1988-1990: un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estados Socialistas del Este Europeo. Actualización de la *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, 1996, pp. 44-45. El destacado es del original.

<sup>5</sup> Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor: «Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional», en José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz (coords.): *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (con especial referencia al derecho procesal constitucional)*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005, p. 121.

<sup>6</sup> Se señala que la «proyección comunitaria de la persona, de su dignidad e individualidad, representa una indudable novedad en el panorama constitucional, que ha encontrado a la doctrina constitucional sin preparación para sistematizarla a la luz de los tradicionales esquemas interpretativos, perfeccionados para proteger al individuo más que a la comunidad de la que los mismos forman parte». Véase Giancarlo Rolla: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 53. Ello explica tal vez algunas vicisitudes de la Defensoría.

que contiene el artículo 86 bien podrían ser concebidas como contradictorias entre sí, ya que no es lo mismo autonomía e independencia, y menos independencia de un órgano dentro de otro órgano. No recibe *instrucciones de ninguna autoridad*, en un alarde de mayor campo de acción específico y propio, aún más que el Ministerio Público que con similares características debe operar coordinadamente con las demás autoridades (cf. artículo 120 CN).

La fisiología de este organismo responderá a estas apreciaciones, que lo alejan de las perspectivas tradicionales, para otorgarle un perfil decididamente *iberoamericano*.<sup>7</sup> Es que, a la postre, esta institución no deja de ser, en cita de Gordillo, una suerte de *abogado social* que «informa, inspecciona, investiga, controla, discute pública y privadamente, disiente, recomienda, exhorta, influye, critica, censura, inicia acciones judiciales, encuesta, proyecta y programa».<sup>8</sup> Como bien dice Molas al tratar la Defensoría española, «se trata de una institución basada más en la magistratura de opinión que en el *imperium*».<sup>9</sup>

Si correlacionamos los dos enfoques precedentes, caeremos en la cuenta de que la tarea del Defensor es altamente persuasiva, por lo que guarda coherencia que, tanto en España como en Argentina, se confiera legitimación procesal para que en definitiva resuelva el órgano jurisdiccional incitado.

### 3. Las funciones de la Defensoría del Pueblo

Podríamos afirmar que la redacción del artículo 86 CN, en su primera parte (el control de la actividad administrativa de la Administración), se inspiró en el corte clásico de la concepción de esta figura en el parlamentarismo europeo del siglo XIX; esto es «[...] el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas» que desarrolla la «administración» [sic]. Así se receptó en la ley 24284.

Sin embargo, sin duda que el comienzo del segundo párrafo del artículo en comentario es el que se ha prestado a todo tipo de debates, cuando sostiene «[...] El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal». Faltó obviamente decir para qué.<sup>10</sup> Comentamos que este párrafo alentó la discusión, puesto que desde la ciencia procesal se enseña que la legitimación se concatena en la demanda con la pretensión

---

<sup>7</sup> Se ha dicho en España que la Defensoría del Pueblo configura una garantía orgánica, definida como aquella «que consiste en la previsión de un órgano, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales». Véase Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 593.

<sup>8</sup> Referencia de Agustín Gordillo a que hace alusión Humberto Quiroga Lavié: *El amparo colectivo*, Buenos Aires y Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 118.

<sup>9</sup> Véase Isidre Molas: *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 155. En similares términos, véase Luis López Guerra: *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 121.

<sup>10</sup> Fórmula omnicompreensiva sugerida por la convencional constituyente Elisa Carrió.

(y no con la capacidad procesal para estar en juicio en calidad de *parte*, que es materia de otro análisis). De ahí que frente a pretensiones desmedidas, las partes tienen como defensas las excepciones de falta de legitimación activa o pasiva, las que, reiteramos, se mueven en función de la pretensión,<sup>11</sup> y no de la capacidad de estar en juicio como parte.<sup>12</sup> Por ello, al no definirse para qué tiene legitimación procesal para actuar el Defensor del Pueblo, es que se ha generado todo tipo de interpretaciones en torno de las funciones de esta institución, puesto que se descarta la idea de que él puede ser *parte*.

Una solución lógica hubiese sido que desde la propia norma se hubiese utilizado una formula del tipo «para sostener pretensiones en todo a lo concerniente al ejercicio de sus funciones», las que deberían estar definidas en la norma reglamentaria infraconstitucional. O que el propio marco normativo que a posteriori se sancionó (la actual ley 24379) se hubiese encargado de practicar algún tipo de precisión al respecto. Sin duda que es una deuda pendiente que el Poder Legislativo debería saldar, máxime en atención a la manifiesta incompatibilidad normativa entre el ámbito de competencia que discierne la ley 24284 y el artículo 86 constitucional posterior. Bien se ha dicho que:

Es evidente que la ley 24284 debe ser revista y analizada. Y sobre todo modificada, a la luz y dentro de los cuadrantes señalados por el artículo 86 de la CN. Y desde ya que el artículo 16 en su segundo párrafo es absolutamente ilegítimo hoy, frente al texto del artículo 86 de la CN.<sup>13</sup>

La fraseología del segundo párrafo del artículo 16 ya citado, en cuanto excluye de su radio de acción a los poderes Legislativo y Judicial, al municipio capitalino y a los organismos de defensa y seguridad, no se condice con la amplitud de miras adoptada por el constituyente revisor en el tantas veces citado artículo 86.

Respecto de esa susodicha amplitud, recuerda Humberto Quiroga Lavié, constitucionalista y miembro de la Convención Constituyente de 1994, que abogó por:

la posibilidad de que el defensor controle el ejercicio de las funciones de los entes de servicios públicos que fueron privatizados. En la redacción que estaba en consideración del pleno, la norma hablaba de «las funciones de las administraciones estatales». Ello significaba que los referidos entes no podrían ser controlados por el defensor. Tras un cambio de ideas con el miembro informante del despacho de mayoría, la convencional Cristina Figueroa, hice la moción de sustituir el concepto de «administración estatal» por «funciones administrativas públicas», para que quedaran

---

<sup>11</sup> Gozañi interpreta el precepto del artículo 86 como «[...] un *mandato preventivo* por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de admisión de una demanda, prioricen por sobre la acreditación del derecho subjetivo, la esencia fundamental de la tutela que se solicita». Véase Osvaldo A. Gozañi: «Legitimación procesal del defensor del pueblo (Ombudsman)», en *LL*, 1994-E, p. 1380.

<sup>12</sup> Se ha definido como *partes* a «aquellas que intervienen alegando el reconocimiento, la constitución o la declaración de un derecho sustantivo». Véase Juan De Dios Castro Lozano: *Las partes en el juicio de amparo*, México, FCE, 2005, p. 20.

<sup>13</sup> Véase Alberto Antonio Spota: «El Defensor del Pueblo», en *ED*, 170, p. 991.

cubiertos por el control los referidos entes privatizados. La Presidencia de la Comisión Redactora se negó, en un principio, a aceptar la propuesta. Pero luego, la intervención del convencional Bravo y una muy significativa del convencional Jaroslavsky, determinaron que fueran las «administraciones públicas» y no solo las «estatales» las que pudieran ser objeto del control.<sup>14</sup>

Bastante tiempo después (once años, en los autos *Defensor del Pueblo de la Nación c/Poder Ejecutivo nacional y otro*, CSJN, sentencia del 24.5.2005), cuatro magistrados de nuestro alto tribunal se encargarían de señalar que el artículo 86 encuentra su matriz básica (sobre todo en lo que interesa a la espinosa materia de la legitimación)<sup>15</sup> en la ya citada Constitución española de 1978, regla esta desde donde relanzaría el sentido de las funciones de esta institución.<sup>16</sup>

Pero durante todo este amplio lapso, a falta de fuentes formales, se hizo uso de las fuentes materiales. Y estas dieron su parecer, con criterios opuestos, respecto de cuáles eran las funciones que cabía darle al Defensor del Pueblo.

Desde el comienzo, la doctrina ni siquiera se puso de acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de este funcionario constitucional.<sup>17</sup> Así, mientras que para Bidart Campos no cabe duda de que se trata de un *órgano extrapoderes*,<sup>18</sup> para otro sector de la doctrina,

el Defensor del Pueblo, el «ombudsman», no tiene personalidad jurídica propia, *no es una entidad jurídica*, no es una persona de derecho, no es un ente demandable, no es un nuevo poder, no es un órgano extrapoder; *es un órgano independiente*, pero independiente funcionalmente que está instituido en la órbita del Congreso de la Nación.<sup>19</sup>

Tal disparidad de criterios también se observó en la conceptualización de sus funciones.

---

<sup>14</sup> Véase Humberto Quiroga Lavié: «Nuevos órganos de control en la Constitución: El Defensor del Pueblo y el Ministerio Público», en Horacio D. Rosatti y otros: *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe y Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 273.

<sup>15</sup> Estos jueces se encargan de aludir a las diferentes tradiciones jurídicas (constitucionales) de Argentina y de España.

<sup>16</sup> En España se ha sostenido que «la Constitución, con cierta originalidad, le atribuye una legitimación para interponer los recursos de amparo y de inconstitucionalidad (artículo 162). *Y hay que subrayar que la interposición de este último recurso presupone un cierto grado de independencia del Defensor del Pueblo frente a las Cortes Generales, que le designan y comisionan, ya que la ley cuya inconstitucionalidad puede impugnar es obra de las Cortes*». Véase Luis Sánchez Agesta: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 178.

<sup>17</sup> Esa denominación puede verse en Maximiliano Toricelli: «La legitimación activa en el artículo 43 de la Constitución nacional», en Germán J. Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés y otros: *El amparo constitucional (perspectivas y modalidades)*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 58, para contrastar su anterior creación legal y por decreto del Ejecutivo.

<sup>18</sup> Véase Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 480.

<sup>19</sup> Véase Eduardo Menem y Roberto Dromi: *La Constitución reformada (comentada, interpretada y concordada)*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pp. 301-302, destacado del original.

#### 4. La función administrativa controlada

Corresponde señalar que, de acuerdo con el referido artículo 86, la misión de la Defensoría «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 precepto glosado no es precisamente un paradigma de claridad, como rápidamente se advierte al comienzo, al hablar de «derechos humanos y demás derechos [...]», lo cual por cierto le da un sentido de redundancia al precepto.

Para un sector importante de la doctrina constitucionalista, la actuación del Defensor gira en dos frentes: a) una *función defensiva de los derechos* ante hechos, actos u omisiones de la Administración; b) una de contralor respecto de las demás *funciones administrativas públicas*, tal como vimos de acuerdo con el agregado sugerido en su momento por Quiroga Lavié.<sup>20</sup>

Sin embargo, podría pensarse que la distinción es más aparente que real, ya que la noción vertida en último término engloba la totalidad de la función administrativa pública.

Ha sido vieja la discusión tanto en el derecho político,<sup>21</sup> en el constitucional y en el administrativo, con ramificaciones en el procesal,<sup>22</sup> acerca de si el concepto de función responde a un criterio o enfoque orgánico-subjetivo, u objetivo-material. Sabido es, en rápida síntesis, que cada órgano de poder tiene como cometido esencial una función prevalente que desarrolla, pero que no lo hace con exclusividad y que, a la inversa, ese órgano tiene pequeñas cuotas de funciones de los demás.<sup>23</sup> Así, la función primordial del Congreso es la legisferante (*hacer la ley*), pero ese encuadre no impide que despliegue dosis de función administrativa (cuando nombra un empleado) o jurisdiccional (cuando realiza el juicio político).

En España, el texto del artículo 54 es más concreto si se quiere, dado que reza:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por esta para la defensa de los derechos

---

<sup>20</sup> Distingo que hacen, entre otros, Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, o. cit., p. 484; Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 1166.

<sup>21</sup> Germán J. Bidart Campos: *Lecciones elementales de política*, Lima, Gryjley, 2002, pp. 226-227.

<sup>22</sup> Véase Fernando De la Rúa: *Jurisdicción y administración*, Buenos Aires, Lerner, 1979, pp. 10 ss.

<sup>23</sup> Bien se ha dicho que «la “división del poder” no coincide exactamente con la “separación de funciones”, en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999». Cf. Allan R. Brewer-Carias: *Derecho administrativo*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 87.



comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar *la actividad de la Administración*, dando cuenta a las Cortes Generales (énfasis agregado).<sup>24</sup>

Si se mira la problemática en términos más amplios, ello exige determinar el alcance de la expresión *actividad administrativa*. Como bien apunta Gordillo en su análisis sobre esta noción, debe propenderse a la superación del criterio formal y del material, ya que de lo contrario permanecen supuestos sin cubrir. En ese orden de ideas y de experiencias, define a la actividad administrativa como «toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluyendo respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales».<sup>25</sup> Queda en claro, entonces, que no hay una igualdad o identidad entre *actividad administrativa* y *Administración* y, a mayor abundamiento, el artículo 86 cita —aunque con algún matiz— a ambas.

Se constata así que los actos administrativos realizados por el Congreso y por los jueces podrían por vía de hipótesis ser controlados por el Defensor del Pueblo.

Al respecto, Bidart Campos introduce una variación, dado que para este autor no es dudoso que el Defensor controle a los actos administrativos del legislador, más no los de los jueces. Sobre el punto, aclara que a su entender:

Que el Defensor del Pueblo pueda ejercer su función tutelar cuando la violación de derechos se origina en actividad administrativa del Congreso no parece discutible, porque la Defensoría queda instituida —aunque como órgano extrapoderes— en el ámbito del Congreso. Si este es su escenario natural e institucional, lo lógico es que la alusión a la «administración» lo comprenda. En cambio, la índole especial del Poder Judicial no hace demasiado fácil extender, hasta lo que de administración hay en su área, una análoga intervención del Defensor del Pueblo. Habrá que aguardar la ley reglamentaria que, pese a la duda que más bien y por ahora resolvemos a favor de la abstención, podría quizás —sin flagrante exceso— especificar que también incumbe al Defensor la tutela de derechos cuando sufren menoscabo por actividad administrativa en la esfera del Poder Judicial.<sup>26</sup>

En esa disyuntiva interpretativa, algún tribunal ha dado intervención al Defensor del Pueblo en el marco de una acción de amparo por mora. Allí la solución no aparece desacertada, en tanto y en cuanto ese remedio provoca justamente la actividad administrativa demorada, que es susceptible de contralor por el Ombudsman.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Sin perjuicio, obviamente, de la actuación de los comisionados autonómicos, como el Justicia aragonés. Véase el fallo del Tribunal Constitucional español colacionado en Francisco Rubio Llorente y otros: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 734-735.

<sup>25</sup> Véase Agustín Gordillo: *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, IX-48, 1998, la cual es compartida por Miriam Mabel Ivanega: *Principios de la administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, p. 34.

<sup>26</sup> Véase Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., p. 484.

<sup>27</sup> Véase Walter F. Carnota: «Defensoría del Pueblo, administración previsional y Poder Judicial», en *Revista Derecho del Trabajo*, 1996-A, p. 322.

## 5. La primigenia interpretación de la Corte

Durante la década pasada, nuestro alto tribunal realizó una interpretación restrictiva en torno de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo<sup>28</sup> para la defensa de determinados derechos. Dentro de esta jurisprudencia podemos mencionar los casos *Frías Molina* (Fallos, 319:1828), *Defensor del Pueblo de la Nación* (Fallos, 320: 605), *Consumidores Libres* (Fallos, 321: 1352); doctrina esta que comienza a zigzaguear a partir de los precedentes *Rodríguez* (Fallos, 320: 2851) y *Defensor del Pueblo c/ PEN* (Fallos, 321: 1187), *Yousefian* (Fallos, 323: 3083), *Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional* (Fallos, 323: 2519), *Defensor del Pueblo c/ PEN* (Fallos, 323: 4098), con el argumento siempre latente en torno de la supuesta falta de legitimación para obrar en la defensa de los intereses que demandaba (los que, reiteramos, no se encuentran precisados ni en el artículo 86 CN, ni en las normas infraconstitucionales que hacen de reglamentación de su actuar), careciendo a juicio del alto tribunal de *causa* para actuar, en los términos previstos por el artículo 2.º de la ley 27.

La línea clásica de pensamiento ha intentado señalar que el Defensor no puede involucrarse en litigios pendientes de resolución en sede jurisdiccional, sacando de su radio de acción a pleitos de índole patrimonial. Esta fue la filosofía judicial imperante a partir de *Frías Molina*, que pareció preferir el marco legal al constitucional.<sup>29</sup>

Frente a esta jurisprudencia era lógico plantearse cuál era la razón por la cual se alegaba que el Defensor del Pueblo no tenía legitimación para obrar si, al fin y a cabo, en los casos reseñados, él actuaba dentro del marco de competencia establecido por el artículo 43, párrafo 2, CN, esto es, en el ámbito del amparo como vía procesal para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, o la defensa de los derechos del consumidor y del usuario. Pero ante esta norma se oponía el contenido (o la significación que se le dio) del artículo 86 CN, esto es, que el Defensor del Pueblo actúa para la fiscalización de la actividad administrativa *stricto sensu*, no para cuestionar políticas de Estado, o normas formales del Congreso a través de planteos de inconstitucionalidad, aun cuando estas tuviesen impacto en la comunidad de manera colectiva. De ahí que se sostuviese la falta de legitimación del Defensor en los casos mencionados.

## 6. La opinión de la doctrina

No dudamos en señalar que uno de los trabajos más serios y estudiados, dedicados a las funciones del Defensor del Pueblo, lo constituye el desarrollado por el

---

<sup>28</sup> Que incluso contrasta con la recepción generalmente favorable en el fuero contencioso administrativo federal capitalino. Un recorrido a estas corrientes jurisprudenciales puede ser consultado en Alberto B. Bianchi: *Control de constitucionalidad*, tomo II, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 64 ss.

<sup>29</sup> Similares desinterpretaciones se han hecho en materia de amparo, prefiriendo algunos operadores del sistema la ley 16986 a los preceptos del artículo 43 de la ley fundamental.

Dr. Emilio Fernández, titulado «El Defensor del Pueblo está impedido de plantear la inconstitucionalidad de una ley».<sup>30</sup> Seleccionamos este artículo, puesto que nuestro alto tribunal, en un reciente fallo, desestimó gran parte de los argumentos que en él se brindaban para ceñir el actuar del Defensor del Pueblo, y que sin duda habrán servido de fundamento al apelante en su actuación ante la Corte. Desde una óptica netamente positivista, aunque también fundamentado en razones históricas, desarrolló su tesis por la cual descarta que el Defensor del Pueblo pueda encarar funciones más allá del control de la actividad administrativa de la Administración, y que pueda plantear la inconstitucionalidad de una norma.

A modo de síntesis, el mencionado autor sostuvo que: 1) Las pretensiones que puede sostener el Defensor en sus reclamos deben limitarse a las reseñadas en el artículo 86, primer párrafo, CN (esto es el control de la actividad administrativa de la Administración), toda vez que la competencia de los órganos del Estado es de excepción, o sea, su concesión debe ser expresa, no permitiéndose implícitos en sus silencios; 2) El Defensor del Pueblo no puede plantear la inconstitucionalidad de una ley formal del Congreso (artículo 77 CN), toda vez que el artículo 43 CN, si bien lo habilita a la interposición de amparos colectivos para la promoción y defensa de los derechos humanos, genéricamente habla de que el juez declare «la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva», esto es, una *norma* en sentido genérico, ley en sentido material, más no formal, máxime si se tiene en cuenta que el Defensor se desempeña dentro del órgano legislativo que creó la norma,<sup>31</sup> por lo que no podría cuestionar la actuación un órgano del que forma parte.

Esos importantes argumentos se inscriben, empero, en la concepción clásica de la *división de poderes* de filiación netamente norteamericana. El modelo europeo, al contrario, evoca una mayor comunicación e interacción entre los órganos que ejercen el poder. Muchas de las nuevas instituciones que trajo aparejado el constitucionalismo de 1994, tales como la Defensoría, el Jefe de Gabinete, el Consejo de la Magistratura o el Ministerio Público extrapoder reconocen filiación en el derecho constitucional europeo de la segunda posguerra.

Bajo esos parámetros no parece desajustado que el Defensor del Pueblo asuma cometidos que lo erigen en guardián o custodio de los derechos fundamentales, con un encastre no ortodoxo dentro de la estructura de poder. Es que

---

<sup>30</sup> JA, 2004-II, p. 1094.

<sup>31</sup> Se ha entendido, en cambio, bajo otra mirada, que el Defensor «integra el andamiaje administrativo del Congreso, *pero no depende jerárquicamente del Congreso*». Véase Alberto Antonio Spota: «El Defensor del Pueblo», obra y tomo citados, p. 988. Desde una perspectiva sociológica, la pertenencia subjetiva al órgano Congreso no impide, además, que el Defensor del Pueblo registre mayores índices de confianza que el propio legislativo. Véase Antonio María Hernández, Daniel Zovatto, Manuel Mora y Araujo: *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, UNAM-AADC,-IDEA, 2005, p. 64.

[...] por más férrea que se la quiera ver a la división de poderes, no puede dejar de advertirse que el constituyente reformador (en acto que es irrevisible por los jueces) se persuadió de abastecer al Defensor de capacidad para estar en juicio.<sup>32</sup>

## 7. La apertura del derecho ambiental

Cabe destacar que desde el punto de vista infraconstitucional una interesante apertura sobre el tema la brinda la ley 25675, apodada Ley General del Ambiente. En efecto, el artículo 30 de este cuerpo dispositivo estatuye que:

Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

Más allá (o más acá) de lo previsto por el artículo 43, entonces, ahora se cuenta con una norma legal que despliega en sintonía con su texto la competencia funcional del Defensor en asuntos ambientales.

En autos *Asociación Superficialarios de la Patagonia c. YPF S. A.* (sentencia del 13 de julio de 2004),<sup>33</sup> pueden cotejarse enfoques diametralmente opuestos en lo que atañe y concierne a la intervención de la Defensoría del Pueblo en materia ambiental.

Para los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano y Highton,

el requerimiento formulado [...] por el que se pretende que se cite como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación en los términos previstos en el artículo 90, inc. 1, CPCCN, debe ser desestimado. En efecto, la actora ni siquiera menciona las razones por las que considera procedente o necesaria su intervención en esta causa. Esta circunstancia resulta suficiente para rechazar el pedido si se tiene en cuenta que sobre quien pide la citación del tercero pesa la carga de acreditar que se trata de alguno de los supuestos que lo habilitan [...] Por lo demás, tampoco se advierte la necesidad de ordenar de oficio su comparecencia (véase considerando octavo).<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Véase Walter F. Carnota: «El Defensor del Pueblo: Su día en la Corte», en <www.eldial.com> [consulta: 13.9.2002].

<sup>33</sup> Fallos, 327: 2967, *Revista de Derecho Ambiental*, noviembre de 2004, pp. 169 ss.

<sup>34</sup> La decisión mayoritaria en este punto deviene criticable desde la óptica constitucional y la legal. Cf. Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos (Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004)*, Buenos Aires, ADC-Siglo XXI, 2005, p. 377.

Ello contrasta con la disidencia parcial de los jueces Vázquez, Maqueda y Zaffaroni, para quienes

corresponde admitir el requerimiento [...] para que se cite como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación puesto que su incorporación al presente proceso a pedido de parte es procedente teniendo en cuenta la actividad que desarrolla de acuerdo con las facultades que le han sido asignadas en el artículo 86 CN y lo prescrito por el artículo 30, ley 25675, que le confiere legitimación para intervenir en acciones dirigidas a obtener la recomposición del ambiente dañado, y al disponer expresamente que deducida la demanda de daño ambiental colectivo por algunos de los titulares indicados en el primer párrafo no podrán interponerla los restantes, deja a salvo el derecho a intervenir como terceros. En tal sentido, y de conformidad con los artículos 30, 31 y 32, la legitimación, la naturaleza de los intereses eventualmente comprometidos, el alcance y los efectos que el legislador ha dispuesto para la demanda de daño colectivo justifican considerar procedente la citación no limitando su participación en el proceso a una decisión voluntaria. Por ello, cítase como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación en los términos requeridos en la demanda. (Considerando octavo de ese voto.)

No debe olvidarse que, al decir de Morello y Cafferatta,

es a partir de la Ley 25675 General del Ambiente (*Boletín Oficial* del 28.11.2002) que nuestro régimen jurídico estatuye un sistema de acceso amplio a la justicia, toda vez que legitima para obrar activamente, en ejercicio de la acción de recomposición ambiental, a cinco sujetos claramente diferenciados: 1) el afectado; 2) el Defensor del Pueblo; 3) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental; 4) la persona directamente damnificada; 5) el Estado nacional, provincial o municipal. [...] Una explicación general de este fenómeno radica en la explosión de las garantías que raudamente les hace ganar nuevos espacios porque a la aparición de nuevos derechos se agrega un enorme desarrollo de las legitimaciones, de sujetos titulares de específicos centros de interés suficientes para gozar de la tutela diversificada propia y bastante del derecho. Las direcciones son múltiples y el cuadro horizontal de sus vectores por demás incitantes.<sup>35</sup>

Ello también tuvo su correlato en ocasión de resolver la segunda causa *Mendoza, Beatriz* (sentencia del 24 de agosto de 2006), con relación al saneamiento de la cuenca Matanza Riachuelo. Si bien originariamente el Defensor no se había apersonado en la litis,<sup>36</sup> su intervención ulterior fue admitida, pero recortada con arreglo a los términos de la hipótesis del artículo 30 de la ley 25675 citada.

## 8. La visión de la Corte actual

En autos *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro* (CSJN, sentencia del 24.5.2005), cuatro jueces de la actual composición del alto tribunal (Petracchi, Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda) tuvieron ocasión de pronunciarse en torno de las funciones que a su juicio compete al Defensor del Pueblo. En el caso

<sup>35</sup> Véase Augusto M. Morello y Néstor A. Cafferatta: *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Buenos Aires y Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 185-186.

<sup>36</sup> Como puede constatarse de la primera sentencia *Mendoza, Beatriz*, del 20 de junio de 2006.

bajo análisis, el Defensor del Pueblo de la Nación demandó al Estado nacional y al ENARGAS por la inconstitucionalidad de las normas que prevén el reajuste de tarifas de gas (esto es, la ley 24076 y los decretos 1738/92, 2255/92, 669/00). En su reclamo sostuvo que dicho reajuste, basándose en indicadores del mercado internacional, deviene indexatorio y que por ende se opone a la ley de convertibilidad. Por su parte, los demandados cuestionaron la legitimación del Defensor, así como la falta de agotamiento de la vía administrativa. Dichas defensas fueron desestimadas por la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal, lo que motivó la interposición de un recurso extraordinario que fuera finalmente concedido en parte.

Si bien el alto tribunal declaró mal concedido el recurso extraordinario, por considerar que el decisorio de Cámara recurrido no era equiparable a una sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48 (algo de toda lógica, toda vez que lo que estaba en juego era la desestimación de excepciones interpuestas por la demandada), un grupo de ministros, no obstante compartir la denegatoria a la apertura de la instancia federal, decidió ampliar sus fundamentos para explicar las razones por las que a su criterio el Defensor del Pueblo tiene legitimación para obrar en los términos del reclamo incoado.

Así, en un voto conjunto los ministros Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti se encargaron de desvirtuar tres afirmaciones sostenidas por la demandada, a saber: 1) que el Defensor del Pueblo no tiene legitimación procesal para fiscalizar actos provenientes formal o material del Congreso; 2) como consecuencia de ello, tampoco se encuentra legitimado para impetrar acciones declarativas de inconstitucionalidad; 3) no puede elegir la vía procesal para encarrilar su acción, toda vez que su legitimación lo limita a la interposición de la acción de amparo colectivo normada por el artículo 43 CN.

Para abonar su postura, el voto conjunto sostiene que la legitimación consagrada en el artículo 86 es diferente de la consagrada en el artículo 43, puesto que debe seguirse la regla hermenéutica que enseña que no cabe presuponer la consecuencia o falta de previsión en el legislador, razón por la cual «[...] las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con su valor» (considerando 10).<sup>37</sup> Esto es, si la legitimación procesal debe ceñirse a la estipulada en el artículo 43, el convencional constituyente, al momento de redactar el artículo 86 CN, no hubiese reiterado los atributos competenciales conferidos, a menos que se tratase de situaciones asaz diferentes, como lo son a juicio de este voto.

---

<sup>37</sup> Se trata, ni más ni menos, del cánón de la *interpretación armonizante o conciliadora*. Véase Walter F. Carnota: *Instituciones de derecho público*, o. cit., p. 45.

Posteriormente exhuma el debate respectivo del constituyente reformador del 94,<sup>38</sup> para sostener que la figura que allí se creaba, debía adecuarse a los nuevos tiempos, no pudiendo limitar su funciones a los criterios con que fuera concebida en sus orígenes en Suecia en el año 1809, para entrar de lleno en la verdadera fuente formal de inspiración de esta institución (la Constitución española de 1978), y encontrar allí el verdadero sentido de las funciones del Defensor, esto es «[...] el reconocimiento de una legitimación procesal amplia, pues, expresas disposiciones de esa Constitución, no solo conceden la facultad de interponer el recurso de amparo, sino que también permiten que el Defensor del Pueblo interponga el de inconstitucionalidad» (considerando 12, tercer párrafo), máxime cuando en la Convención Constituyente se ha sostenido que se incorporaba a la Constitución nacional un Defensor del Pueblo «a la usanza española» (considerando 12, cuarto párrafo). Para agregar luego: «[...] la ley española avanza en su reglamentación y también le da al Defensor del Pueblo la legitimación procesal no solo para las cuestiones inherentes a la Constitución sino también para representar al pueblo planteando recursos de inconstitucionalidad contra las propias normas que dicta el Poder Legislativo» (considerando 12, cuarto párrafo), concluyendo con la transcripción de las opiniones vertidas por distintos convencionales constituyentes en torno de la legitimación procesal amplia.

Por su parte, el voto del ministro Maqueda, en similar sintonía con el anterior pero con matices propios, sostiene la legitimación procesal amplia del Defensor del Pueblo, en la interpretación literal que cabe darle al artículo 86, segundo párrafo, y que no debe crearse una confrontación normativa con el artículo 43 CN, puesto que esto no corresponde entre normas de igual jerarquía, arguyendo que la limitación contenida en el artículo 16 de la ley 24284 (que exceptúa del ámbito de competencia del Defensor al Poder Judicial, al Legislativo, a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y a los organismos de defensa y seguridad), no puede ser sino entendida como «[...] restricción de la capacidad de investigación administrativa en tales órganos», lo cual «[...] no guarda relación alguna con la legitimación procesal para iniciar acciones judiciales» (considerando 12, tercer párrafo).

Estos dos votos (el de Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti) y el de Maqueda, vertidos en los autos mentados, si bien realizan estas reflexiones a mayor abundamiento y a guisa de *obiter dicta*, son claros y contundentes en cuanto a conferir legitimación procesal amplia de acuerdo con el modelo constitucional español empleado en la materia y no ceñir esta a la hipótesis del amparo colectivo contemplado por el artículo 43, párrafo 2, de la ley mayor.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Es clara, por ejemplo, la opinión del convencional constituyente (y actual juez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) Juan Carlos Hitters, al expresar «el Ombudsman, como en España [...] puede litigar» (*Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente*, tomo II, 1994, p. 1578).

<sup>39</sup> En sentido similar, véase Dante D. Rusconi: *Acciones judiciales de los consumidores*, Rosario, 2004, p. 35.

## 9. Conclusiones

El Defensor del Pueblo, como figura institucional creada por la reforma de 1994, no fue ajeno a los tirones y desgarraduras que padeció gran parte del contenido orgánico que se introdujo en la segunda parte de nuestra Constitución nacional, situación esta que se entiende, si se piensa que aquellos tenían por función limitar el hiperpresidencialismo vigente en esa época. El veredicto sobre esa reforma aún no es definitivo. Algunos argüirán que la revisión fue producto de un pacto cupular y que no sirvió para frenar presuntamente los excesos que tenía que morigerar. Otros verán el proceso reformista en clave dinámica, y dirán que hubo logros y yerros. Quizás uno de los *plus* haya sido el Defensor del Pueblo.

De todas formas, resulta evidente que la instauración de esta institución, como de otras de similar linaje europeo, replantean la relación Ejecutivo-Legislativo de un modo que no lo postulaba el constitucionalismo norteamericano de fines del siglo XVIII, que logra adoptarse como lineamiento estructural básico en la ingeniería de la Constitución de 1853-60. En el caso que nos ocupa, además, incide su actividad en el quehacer jurisdiccional, a tenor de los preceptos de los artículos 43, párrafo 2, y 86, tantas veces referidos a lo largo del presente trabajo.

En última instancia, la democracia contemporánea, que se mide en concreto por la cantidad y calidad de derechos fundamentales, y por la efectiva vigencia de estos, reclama canales de participación ciudadana que se corresponden y condicen con la complejidad que exhibe esta sociedad contemporánea. Súmese a ello la crisis de la representación política en general y se verá la necesidad de contar con instrumentos que achiquen la brecha entre gobernantes y gobernados, para evitar caer en el cinismo y en la desconfianza. Claro que ello debe propiciarse dentro de los canales institucionales existentes y dando plena vigencia a las directivas de la ley mayor, en una interpretación sincera y fiel.

Por otra parte, no deja de volver a causarnos cierta perplejidad cuando el alto tribunal, como fundamento resolutorio, rescata las posturas exhibidas por los convencionales constituyentes en la asamblea reformadora del año 1994, así como los supuestos consensos logrados, los que sirvieron solo para la instauración de la norma dentro del texto, pero no para mucho más. Algunos de los convencionales constituyentes, cuando volvieron a sus bancas legislativas, parecieron desinterpretar lo que habían estipulado.<sup>40</sup> No otra conclusión puede sacarse de la lectura de la ley 24379 que, a diferencia de la normativa reglamentaria española, no hace ninguna referencia a muchas de las competencias que la Corte encuentra.

Por ello es que solo cabe que, a fin de evitar que dentro de algunos años, y con motivo de una nueva integración del alto tribunal, volvamos a preguntarnos cuáles

---

<sup>40</sup> Práctica por cierto no infrecuente con los postulados de la reforma constitucional, que luego aparecieron licuados o diluidos por el Congreso de la Nación, a veces con los mismos protagonistas humanos.



son las funciones del Defensor del Pueblo, y para qué tiene legitimación procesal; correspondería una reformulación de la ley 24379 en donde se consigne con claridad cuáles son las aptitudes competenciales de aquel de cara al siglo XXI, que necesariamente exorbitan la concepción que de él se tenía en el parlamentarismo sueco, allá por los inicios del siglo XIX.

Carlos Daniel Luque\*

## En busca de un rol más comprometido con la sociedad argentina

### 1. Introducción. Antecedentes

Trataremos de ver aquí algunos aspectos de la conocida institución del Defensor del Pueblo, y en el intento mismo, dar cuenta de que hoy en día hasta las propias barreras normativas que ella tiene, desde el punto de vista de poseer algún tipo real de poder coercitivo, van cediendo por la multiplicidad de problemas que resuelve en su calidad de *letal consejero*.

Y esto mismo se debe a dos cuestiones claves; en primer lugar, a que El Defensor del Pueblo de la Nación es una de las instituciones con más credibilidad en la sociedad argentina y el ejemplo está dado en que el ciudadano ante el más mínimo problema (a veces) hace su reclamo ante quien se supone lo está perjudicando pero acto seguido e inmediatamente se presenta ante las oficinas del Defensor del Pueblo para activar su queja.

En segundo lugar, y esto también tiene gran relevancia, es que la impronta total de la institución la da su titular, o sea, cuanto más ejecutivo es, más ejecutiva es la impronta, o cuando actúa más tuitivamente en materia de derechos humanos, más protegidos se sienten los denunciantes.

---

\* Universidad Nacional del Nordeste. Asesor legal en el Área de Medio Ambiente del Defensor del Pueblo de la Nación.

Si a estas dos situaciones relatadas le agregamos el mencionado «bozal» normativo que tiene el novel organismo constitucional, desde siempre, la famosa denominación de magistratura de persuasión viene de allí, tenemos para nosotros que su actuación sería gratamente bienvenida si tuviese la libertad que en un país como el nuestro se debe dar a este tipo de instituciones republicanas, dedicadas diariamente a tratar de encontrarle soluciones a los problemas de la gente.

Ahora creemos no equivocarnos en absoluto al mencionar que ningún comentario o análisis sobre la figura en cuestión pecaría de liviano si no se mencionara, mínima y brevemente, el origen formal de esta.

Sabemos que fue en Suecia, en 1809 (aunque en rigor de verdad habría rasgos desde 1713) y en el marco de una controversia entre el Parlamento y el monarca, que apareció la institución y se constitucionalizó la figura del denominado Ombudsman como un instrumento de control de aquella administración monárquica, sus funcionarios y sus jueces.

En las aplicaciones sucesivas de la figura se fueron perfilando verdaderos signos de identidad que la han caracterizado. Quizá el principal de ellos, tal vez el más significativo, es su vinculación con el Poder Legislativo, del que se constituye en una verdadera prolongación. En el caso argentino es lejos la figura más efectiva para controlar los excesos de la administración pública nacional.

No había en aquel surgimiento escandinavo un procedimiento riguroso para la presentación de las quejas por los interesados (tampoco existe hoy en la Argentina), el trámite era gratuito y las autoridades administrativas estaban obligadas a responder al *Justitieombudsman* sueco, bajo el apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

## 2. El rol normativo asignado a la institución

Ha sostenido con acierto y premura Humberto Quiroga Lavié que:

El Defensor del Pueblo de la Nación integra el sistema de órganos extrapoder creados por el constituyente nacional en 1994, en forma conjunta con el Ministerio Público, La Auditoría General de la Nación y las ONG [en este último caso nos permitimos disentir parcial pero decididamente con el maestro de La Plata, aunque aquí no son tema de discusión las organizaciones no gubernamentales], con el objetivo de controlar al aparato del poder del Estado, con la certeza de que si no se institucionalizan controles externos al aparato estatal que ejerce el poder público, este termina corporativizando dicho poder y paralizando el dinamismo que tiene que tener toda sociedad organizada bajo los postulados del liberalismo (político).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Humberto Quiroga Lavié: «El Defensor del Pueblo ante los estrados de la justicia», en *La Ley*, 1995-D, p. 1058.

Con la reforma de 1994 y como artículo 86 se incorpora a la expresividad de nuestra Constitución nacional el Defensor del Pueblo de la Nación, en estos términos:

El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión 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 Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

Se destacan por entre los deberes legales de esta institución introducida con acierto pero con mesura por el constituyente de 1994, los siguientes:

- La función tutelar de los derechos humanos, los derechos de incidencia colectiva y contra todo tipo de discriminación.
- Para ejercer estos cometidos debe también controlar las funciones administrativas públicas, todo dentro del régimen de competencia que le asigna su ley de creación n.º 24284 en sus artículos 16 y 17.

Es indispensable tener en cuenta que no sustituye las responsabilidades de las respectivas autoridades competentes sino que las controla, les dice qué están haciendo mal y cómo deberían cumplir sus deberes y obligaciones constitucionales y legales.

Para que se entienda, este organismo no puede brindar lo que denominaríamos auxilio directo: no puede proveer una vivienda, no puede dar trabajo a un desempleado y no puede dar de comer ni sacar de la pobreza a los desposeídos; pero debería lograr —en eso estamos todos los días— que a quien le competen estas cuestiones directamente atiendan los mencionados reclamos, que cumplan con la ley (¿no será demasiado pedir?) que dejen de disolver, día a día, la República.

En cuanto a la parte realmente triste de la historia de esta institución, ella es la mordaza legal que le impone su ley nombrada de creación y de la que mencionaremos algunos de sus mandatos para no parecer demasiado injustos con los representantes del pueblo.

El Defensor del Pueblo de la Nación carece de facultades para revocar actos, modificarlos o sustituirlos (administrativos, judiciales, etcétera), opera en el plano del mero reproche moral cuando, como dijimos, recuerda el incumplimiento de los deberes legales de los funcionarios.

Su poder más notorio se estaría dando cuando los obligados a responder los requerimientos en un plazo máximo de 30 días hábiles (fijados por la ley 24284) no lo

hacen bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia que en su artículo 239 prevé el Código Penal.

Finalmente, su relación con el Congreso nacional, que es el poder que lo designa y si se diesen las condiciones lo destituiría, se manifiesta en el deber de presentar anualmente un informe ante este, antes del 31 de mayo, donde se da cuenta de lo actuado y del resultado de ello.

### **3. Una motivación distinta para la actuación del Defensor del Pueblo de la Nación en defensa de los derechos humanos**

Se considera como factor indispensable para un diálogo productivo en un medio interpersonal o, como en este caso, interórganos, que un coordinador o un mediador fortalezca relaciones.

Las partes intervinientes necesitan tener incentivos para resolver o controlar el conflicto y si carecen de incentivos adecuados no habrá reciprocidad para arribar a una solución a los problemas. En este caso es que aparece la figura del Defensor del Pueblo de la Nación como figura coordinadora y a la vez incentivo para las partes en conflicto, para resolver sus problemas. Denominamos a esto la mutua motivación positiva.

La paridad de poder en un diálogo contribuye en sumo grado al éxito, en tanto la desigualdad mina la confianza, inhibe el diálogo y disminuye la probabilidad de un resultado constructivo. Vemos aquí el necesario equilibrio de poder en la situación que se puede dar exclusivamente en el ámbito de la coordinación y no en el de la subordinación.

Las iniciativas de confrontación por uno de los protagonistas deben sincronizarse con la disponibilidad del otro para el diálogo.

Sin una adecuada coordinación como la que puede brindar el Defensor del Pueblo de la Nación, las partes pueden experimentar dificultades para sincronizar sus iniciativas, ya que un protagonista puede elegir un momento y un lugar que no convienen al otro, y viceversa, y esto conlleva en general a más evasivas, ofensas y agravios.

Las iniciativas conciliadoras como las que pregonan el Defensor del Pueblo de la Nación contribuirán mejor a una solución si están sincronizadas en la disposición del otro a interpretarlas correctamente o a corresponder a ellas.

En un diálogo efectivo propio de un conflicto pueden distinguirse al menos dos fases: una fase de diferenciación y otra de integración. Durante la primera fase, las partes describen el problema desde su punto de vista; durante la segunda fase, el coordinador le imprime importancia a las semejanzas existentes y reconoce las metas comunes de aquellas.

La importancia fundamental de la presencia del Defensor del Pueblo es indispensable para evitar el fracaso de los diálogos porque los intervinientes no sienten que puedan ser francos uno con el otro acerca de sus opiniones y observaciones, a

veces omitiendo datos esenciales para la real comprensión y consecuente solución del problema.

La conversación entre las partes no progresará en forma productiva si cada uno de los protagonistas no entiende lo que el otro está diciendo; por eso, la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación aportará fidelidad hasta en la comunicación de las partes.

Es necesario que cada una de las partes tenga la comprensión real sobre cómo piensa la otra, porque las partes deben creer, además, que el otro también tiene anhelos de llegar a una solución justa.

Efectivamente creemos que las estrategias emprendidas por las instituciones nacionales, en este caso las que tienen como misión esencial proteger y promover la defensa de los derechos humanos, son indispensables.

En cuanto a los métodos de trabajo del Defensor del Pueblo de la Argentina, creemos que el tratamiento temprano y eficaz de la denuncia, por ejemplo, puede conseguir una adecuada protección de un derecho humano.

La investigación sistémica puede llevar a resolver o encontrar soluciones valiosas pero también tiene en contra lo que la burocracia administrativa tiene de normal: el paso del tiempo sin llegar a concretar respuesta alguna.

Las recomendaciones son un mecanismo legislativo que tiene el Defensor del Pueblo de la Nación para expedirse. Mencionemos, por ejemplo, y siguiendo este estilo informativo que llevamos, que también se realizan inspecciones a centros de detención donde, en general, no existe derecho humano alguno y es muy difícil decir que estos se pueden promover en esos lugares.

Vimos aquí una razón, motivación, punto de vista o simplemente una forma diferente de ver cómo el Ombudsman nacional debe o debería encarar los problemas, es decir, ajustar tal vez la impronta y arremeter contra todos los obstáculos que diariamente pone el poder de turno para encontrar soluciones equitativas para cada uno de los problemas que se le plantean.

Creemos que estamos ante la institución adecuada, sabemos y somos conscientes de que algunos retoques normativos le darían un aire fresco que sería positivo desde el lugar que se lo mire.

#### 4. Conclusiones

Más que conclusiones son opiniones conclusivas, y breves, porque el grueso de lo que se quería decir se dijo, aunque con alguna liviandad en términos de tratar de mantenerse en un plano objetivo de corrección político-jurídica y, además y sobre todo, para no corroer algunas sensibilidades académicas.

El Defensor del Pueblo de la Nación Argentina ha implicado, sí o sí, un enriquecimiento en la institucionalidad democrática y constitucional de nuestro país, aunque no sea ninguna panacea.

Y todo esto porque permite darle a nuestra averiada, lastimada y deslegitimada democracia, por lo menos, la sensación de que todavía se puede salir del fondo del precipicio; lo bueno sería que este correcto letal consejero (como llamamos a esta institución constitucional) pudiese ser más letal y no tan consejero. En este caso, los representantes del pueblo de la Nación argentina tienen y tendrán la última palabra.