

EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION: UNA NUEVA INSTITUCION DE CONTROL Y TUTELA

Dr. Jorge Luis Maiorano

Defensor del Pueblo de la Nación
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidades de Belgrano y del Salvador
Vicepresidente del Instituto
Internacional del Ombudsman

I. INTRODUCCION

1. Constituye para mí un verdadero honor disertar ante ustedes en el marco de estas "Jornadas sobre los Controles Institucionales", organizadas por la Universidad de Mendoza. Debo felicitar a las autoridades de esta alta Casa de Estudios por esta brillante iniciativa que nos permite coincidir en un evento académico a los titulares de diversos órganos de control del ejercicio del poder público. Alguno de ellos -la Procuración del Tesoro de la Nación- con una señera trayectoria que se remonta al siglo pasado; otros, como el Ministerio Público, la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo con una novísima recepción constitucional.

Ejerciendo la difícil tarea de fundar esta nueva institución de la República, me referiré a sus principales características y al perfil que debe asumir en su doble función de control y tutela.

Cuando publiqué en 1987 mi tesis doctoral, titulada precisamente "EL OMBUDSMAN: Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas"¹, sostuve que esa obra perseguía dos objetivos primordiales: el primero, informar al lector sobre los presentes de otros países que habían adoptado la institución a fin de abreviar en sus fuentes; el segundo, contribuir a formar opinión acerca de la necesidad de instituir en nuestro país la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo. Aspiraba a poner de manifiesto y fundamentar sólidamente las razo-

¹ Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas, pag. 3.
Buenos Aires. 1987.

nes que, a mi juicio, avalaban en la Argentina y por extensión, en muchos países de América Latina la necesidad -y no simple conveniencia- de adoptar la institución del Ombudsman o Defensor del pueblo.

En esa oportunidad señalé que "la cuestión de la implementación de esta figura no debe abordarse exclusivamente desde una perspectiva jurídica; por el contrario, junto a esta consideración, será conveniente no olvidar la importante función que este organismo podría cumplir en los planos social y político. Ello a tenor de las siguientes argumentaciones que constituyen en la práctica, obvios corolarios de su institucionalización: 1) el Ombudsman o Defensor del Pueblo aumentará el control sobre la Administración Pública en áreas que escapan, generalmente, a los órganos y procedimientos tradicionales; 2) como inmediata secuela de ello, aumentará la esfera de protección y tutela jurídica de los ciudadanos, propendiendo así a una más integral defensa de las libertades y derechos fundamentales, no sólo los de carácter cívico, sino también los de índole económica, social y cultural, así como aquellos pertenecientes a la tercera generación, es decir, los de solidaridad social; 3) permitirá, asimismo, implementar un importante instrumento que estimulará la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos; 4) mediante su inserción en el seno del Poder Legislativo -que actuará como su mandante e insoslayable respaldo a sus recomendaciones y sugerencias- contribuirá al indispensable proceso de fortalecimiento del Parlamento en el contexto institucional y social; 5) como última consecuencia fundamental de su creación -y resultado del fortalecimiento del Poder Legislativo- se logrará una mayor consolidación del sistema republicano, donde la democracia constituya, no solo un sistema político, sino, principalmente un sistema de vida". Concluía esas reflexiones iniciales destacando que "la institución que auspicio constituye una magistratura de sólida base moral y ética que goza de profundo prestigio y autoridad cívica en los países donde ha sido creada; que ejerce una influencia fundamentalmente docente sobre la Administración; no a través de la confrontación sino de la colaboración crítica, y que erige a la opinión pública en auténtica sombra ética del poder, a fin de que él se comporte bajo el imperio de la moral..."²

Hoy, cuando en la Argentina la institución del Defensor del Pueblo de la Nación tiene sustento constitucional y reglamentación legal; cuando asumo el alto honor de constituirme en el primer Ombudsman

2 Ob. citada, pág. 4

nacional argentino, tengo también la alta responsabilidad de volcar la experiencia recogida en diversos países y aplicar los principios defendidos dogmáticamente para erigir a esta Institución en un modelo de organización, puesta al servicio del pueblo y respetuosa del prestigio con que ha llegado a estas tierras.

Tal como lo he afirmado al presentar el Primer Informe Anual al Congreso de la Nación, “así como el tradicional proverbio latino reza veritas filii temporis (la verdad es hija del tiempo). Dios quiera que el tiempo de mi mandato me permita demostrar que el Defensor del Pueblo de la Nación, hoy en su etapa fundacional y de rodaje inicial, se ha convertido en una Institución, no sólo conocida, sino también prestigiada como un pilar fundamental de la República”.³

II. MARCO NORMATIVO DE SU INSTITUCIONALIZACION

2. Una de las particularidades que ofrece la institucionalización del Defensor del Pueblo de la Nación u Ombudsman nacional argentino es que él ha sido fruto de una rara conjunción: por una parte, Argentina fue uno de los países de Latinoamérica donde más proliferaron tanto los estudios doctrinarios como las iniciativas legislativas⁴; sin embargo, fueron los ámbitos locales y municipales donde se utilizó inicialmente esta institución la cual, luego de diez años de la presentación del primer proyecto de ley, fue incorporada al sistema jurídico nacional.

En un comienzo la figura fue reglamentada por el legislador y, luego, elevada a nivel constitucional. En efecto, el día 01 de diciembre de 1993 fue sancionada la Ley N° 24.284 que reglamentó la organización y el funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. Antes que asumiera quien escribe estas líneas como su primer titular (17-10-94), fue sancionada y puesta en vigencia la nueva Constitución Argentina (23-08-94), la cual contiene profundas innovaciones con relación a la histórica, sancionada en 1853.

Entre esas modificaciones, en su Segunda Parte -Autoridades de la Nación, del Poder Legislativo- se encuentra el artículo 86 que reza así: "El Defensor del Pueblo es un órgano independiente institui-

3 Defensor del Pueblo de la Nación. Primer Informe Anual. 1994/1995. Tomo I, pág. 20. Buenos Aires. 1995.

4 VENEGAS ALVAREZ, Sonia. Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?, pág. 98. México, 1988.

do 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 funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”.

Del citado artículo 86 de la Constitución Nacional y de la reglamentación prevista por la ley 24.284 surge el régimen jurídico al cual está sujeta esta figura. En ese sentido y como idea inicial, cabe destacar que el Defensor del Pueblo argentino ha sido diseñado sobre la base del tradicional Ombudsman, de origen parlamentario, con el clásico carácter no vinculatorio o coactivo de sus resoluciones que lo perfila fundamentalmente, aunque no de manera excluyente, como una magistratura de persuasión. Las notas peculiares con relación al modelo clásico de origen escandinavo, consisten en que se lo ha comprometido con la defensa y protección de los derechos humanos y que se le ha otorgado una legitimación judicial amplia.

Así, el artículo 43 de la Constitución contempla un supuesto particular de ejercicio de esa legitimación judicial. Dicho artículo prevé que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al 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, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”...

III. SUS PRINCIPALES CARACTERISTICAS

3. De los citados artículos 86 y 43 de la Constitución Nacional y de la Ley 24.284, con las modificaciones introducidas por Ley 24.379. surge el plexo normativo que regula la organización y funcionamiento de esta figura. Sus principales notas características son:

a) el constituyente argentino ha adoptado el Ombudsman tradicional de corte parlamentario al que denominó con la terminología que ya es clásica en Iberoamérica: Defensor del Pueblo;

b) está configurado como una institución de naturaleza constitucional; como tal no reviste la condición de órgano de un gobierno determinado, sino de autoridad de la Nación o institución de la República. De esta forma, se le ha asignado a esta figura el mayor respaldo jurídico posible, aquel que lo pone a buen resguardo de los intereses políticos del momento. La Constitución, en ese sentido, tiene la sabiduría de prever las condiciones mínimas, pero suficientes, para asignarle un determinado perfil al Defensor y deriva al legislador la misión de reglamentar su organización y funcionamiento; esta misión, no obstante, debe hacerse en el marco previamente establecido por el constituyente;

c) su misión es la defensa y protección de los derechos humanos, con especial referencia a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos de incidencia colectiva, también llamados intereses difusos o supraindividuales. El Defensor del Pueblo argentino se inscribe así en la línea inaugurada por el constituyente español de 1978 (art. 54) cuando se comprometió a esta figura en la defensa de los derechos fundamentales;

d) junto a la defensa de los derechos humanos o fundamentales, también tiene el Defensor del Pueblo la potestad de controlar a la Administración (en sentido funcional u objetivo), incluyendo el ejercicio de las funciones administrativas públicas (art. 86 C.N.). De tal forma, el artículo 17 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo prescribe que “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”.

e) desarrolla sus funciones con absoluta independencia funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Si bien la Constitución prevé que actúa en “el ámbito del Congreso de la Nación” y que es designado y removido por él, ha tomado la precaución de ase-

gurar que es un órgano independiente; a esos efectos, la ley reglamentaria dispone que cuenta con servicio administrativo y financiero propio, encontrándose facultado para administrar su presupuesto y designar y remover su personal;

f) como un ejemplo más de la clásica "magistratura de persuasión", la cual se expresa con que "el Ombudsman no vence sino convence", resulta natural que se le hayan otorgado a su titular las mismas inmunidades que a los legisladores; una de ellas, resulta esencial: la inmunidad de opinión ya que es esta opinión, manifestada a través de las recomendaciones, sugerencias y advertencias, la manifestación concreta de su poder moral;

g) la tarea de investigación y control que ejerce el Defensor del Pueblo se puede promover por la presentación de un interesado en su condición de persona física o jurídica, individual o colectiva o. de oficio mediante una decisión adoptada por el titular del Organismo. En el caso que la actuación se origine en una queja, cabe destacar que no se exige a quienes peticionan su intervención, la acreditación de ninguna de las tradicionales facultades jurídicas, es decir, derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple o los modernos intereses difusos o supraindividuales. Sólo se requiere que tenga algún tipo de vinculación con la cuestión planteada. De esta forma, se expresa una de las ideas básicas de la institución de Ombudsman. cual es su fácil accesibilidad;

h) quien presenta una queja ante el Defensor del Pueblo sólo tiene que cumplir los recaudos mínimos de hacerlo por escrito, con su firma y con indicación de sus datos personales: nombre, apellido y domicilio. No se requiere patrocinio letrado ni el pago de tasa alguna de justicia;

i) teniendo en cuenta que una de las características peculiares de esta institución es la celeridad con que debe dar respuesta a los problemas planteados, el método de trabajo para el estudio y tramitación de las actuaciones no es rígido, ni está sujeto a los recaudos tradicionales en materia de procedimiento administrativo o proceso judicial; a esos efectos, la tramitación es sumaria correspondiendo exclusivamente al Defensor la instrucción de las actuaciones;

j) en consonancia con la premisa de que el Defensor del Pueblo no debe colisionar ni competir con los órganos y procedimientos tradicionales de control, la ley prevé que no se puede dar curso a una queja cuando, respecto de la cuestión planteada, se encuentra pendiente resolución administrativa o judicial. Igualmente, si una vez iniciada la actuación, se promoviere por el sujeto interesado algún recurso

administrativo o una acción judicial, debe suspender su investigación. Sin embargo, en ambos supuestos, nada impide que aborde la investigación de los problemas generales planteados;

k) tiene facultades para requerir informes escritos a los organismos, empresas y funcionarios investigados, los cuales están obligados a responder en el plazo que les fije el Defensor y que no puede exceder los 30 días hábiles administrativos. También está facultado para requerir expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil a los efectos de su fiscalización;

l) todo aquel que impida la efectivización de una denuncia ante el Defensor del Pueblo u obstaculice las investigaciones que lleva a cabo, mediante la negativa al envío de los informes necesarios para el curso de la investigación, incurre en el delito de desobediencia previsto en el Código Penal. Si la actitud de entorpecimiento resulta persistente, puede dar cuenta de ello al Congreso de la Nación en un informe especial, además de destacarlo en su informe anual;

11) siguiendo el modelo clásico del Ombudsman tradicional, la competencia del Defensor del Pueblo Nacional comprende medios no tradicionales como la advertencia, la recomendación, el recordatorio de los deberes legales y funcionales y, además, la potestad de proponer la adopción de nuevas medidas, ya sean particulares o generales, reglamentarias o legislativas;

m) carece, en cambio, de competencia para modificar actos administrativos, sustituirlos o dejarlos sin efecto. Ello implica que no posee la clásica coacción jurídica y que, además, no puede crear, modificar o sustituir relaciones o situaciones jurídicas; sólo actúa desde el plano del reproche, revistiendo así la condición de magistratura de persuasión;

n) está obligado a presentar al Congreso de la Nación, una vez al año, un informe en el que debe dar cuenta del número y tipo de las actuaciones que tramitó, de las que fueron rechazadas y sus causas, así como de las* que fueron objeto de investigación y el resultado de las mismas.

De lo expuesto, surge que el Defensor del Pueblo de la Nación es una institución constitucional, diseñada sobre la base del tradicional Ombudsman, con funciones de control sobre la Administración y de protección de los derechos humanos, tanto los clásicos de la primera generación, como los económicos y sociales y aún, los de tercera generación, llamados por la Constitución “derechos de incidencia colectiva”. A esos efectos, cuenta con poderes atípicos y procedimien-

tos distintos y distantes de los que se aplican en los tradicionales órganos de control, tanto administrativos como judiciales.

IV. PERFIL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

4. Teniendo en cuenta la particular circunstancia de que quien escribe estas líneas, ha defendido durante muchos años desde la cátedra y a través de numerosas publicaciones y conferencias, las bondades de la figura del Ombudsman y que ahora debe asumir la responsabilidad de ser el primer Defensor del Pueblo argentino, cabe preguntarse cómo aplicar, en la praxis, aquellos principios predicados desde el dogma.

En el Primer Informe Anual, a modo de declaración de principios, sostuve que la figura del Defensor del Pueblo "ha de asentarse sobre ciertos principios esenciales, tales como... 1. no debe ser un órgano del gobierno de turno, apéndice de algún partido político ni amortiguador de disputas políticas; es, sin lugar a dudas, una Institución de la República; 2. no debe ser una figura cosmética o estética, sino por el contrario, una figura seria y objetiva; 3. debe caracterizarse por su prudencia, lo cual no ha de ser entendido como sinónimo de complacencia con el poder; 4. no puede arrogarse la pretensión de sustituir a los órganos y procedimientos tradicionales de control; sólo en términos de complementariedad se justifica el Ombudsman o Defensor de Pueblo; 5. su perfil adecuado ha de ser el de colaborador crítico de la Administración, no su contradictor efectista; 6. a esos fines, y siempre que las circunstancias lo permitan, agotará sus esfuerzos para perseverar en una gestión mediadora entre la Administración y el ciudadano; 7. debe ayudar a la solución de los problemas particulares planteados por los quejosos, sin olvidar, en ningún momento, que esos problemas son síntoma o efecto de causas, seguramente más profundas, las cuales debe tender a superar...."⁵

Los primeros años de ejercicio efectivo de la función me han permitido, a su vez, llegar a formular estas consideraciones:

a) quienes acuden al Defensor del Pueblo, ilusionados por la expectativa que despierta su nombre, lo hacen con la esperanza de ser escuchados, de ser atendidos y que su reclamo pueda ser superado. Por eso se privilegia en nuestra Institución el trato personal que ha quedado manifestado con nuestro lema "no tratamos con expedientes, sino con seres humanos", con esos seres humanos que tienen la obli-

⁵ Obra Citada en N° 3. pág. 18.

gación del voto, pero que cuando necesitan ser escuchados advierten que no tienen voz;

b) si bien el trabajo cotidiano se realiza sobre la base de las quejas presentadas por particulares, el Defensor del Pueblo asigna singular importancia a las actuaciones de oficio, ello teniendo en cuenta que existen determinados colectivos de personas (recluidos en cárceles, internados en hospitales neuropsiquiátricos, ancianos alojados en institutos de la tercera edad, etc.) que no pueden transmitir sus inquietudes a la Institución. En estos casos, el Defensor debe buscar las quejas, no debiendo adoptar la cómoda actitud de esperar que ellas sean presentadas;

c) resulta prioritario que la labor del Defensor no se fundamente, excluyentemente, en las respuestas de los organismos involucrados. A esos efectos, la Defensoría del Pueblo lleva adelante investigaciones paralelas por sus propios medios para cotejar si las respuestas del organismo o funcionario son correctas;

d) en la etapa fundacional o de rodaje inicial, como la que ha transcurrido en los primeros doce meses de existencia, la institución ha ido ganando credibilidad en el entramado social, no a partir de predicados dogmáticos sino, por el contrario, a través de su actuación cotidiana, legitimando día a día sus funciones. Por esa razón, la difusión de la figura se ha efectuado a partir de los éxitos logrados en temas de interés colectivo, tales como la tutela de los derechos de usuarios y consumidores en cuestiones vinculadas a las tarifas de los servicios públicos monopólicos. la defensa del medio ambiente, la intervención en defensa de los derechos humanos de pacientes internados en hospitales neuropsiquiátricos. la presentación de una acción judicial -acogida favorablemente- en defensa de los derechos humanos de quienes se encuentran recluidos en una cárcel provincial, etc.;

e) partiendo de la base que el Ombudsman no vence, sino convence, se ha considerado prioritario que la Administración lo considere como una figura a la que debe respetar y no temer. A esos efectos se han establecido, en algunos casos, relaciones directas de la Institución con diversos organismos a efectos de acelerar las gestiones en supuestos de grave amenaza a los derechos humanos, tales como asistencia médica o beneficios previsionales;

f) en ningún momento, el Defensor debe trasuntar la imagen de que es un émulo del Rey Midas o un salvador de la Patria, pues ello, a la postre, implicaría la frustración de las expectativas generadas en la sociedad. Sabe que no cuenta con el poder de la coacción jurídica.

sabe que no puede aplicar sanciones coercitivas, pero también sabe que su autoridad se basa en el poder moral y que, en la medida que se justifique cotidianamente, contará con el respaldo incondicional de la sociedad;

g) nuestra experiencia, también ha puesto de manifiesto la importancia que tiene para la Institución su relación con los medios de comunicación. Es que esos medios de comunicación -que muchas veces asumen oficiosamente la función de defensores de pueblo- deben ver en esta Institución, no un competidor sino una figura con la que actuarán de consumo. Así, por ejemplo, la mayor parte de las actuaciones de oficio que hemos iniciado lo han sido a partir de noticias o cartas publicadas en los periódicos; al mismo tiempo, cuando el Defensor del Pueblo da a conocer alguna recomendación dirigida a un funcionario, empresa u organismo se apoya en la difusión que puedan darle los comunicadores sociales. Esta estrecha relación resulta saludable ya que estimula el control público y convierte a la opinión pública en caja de resonancia de su actuación.

V. CONCLUSION

5. Hoy, el Defensor del Pueblo de la Nación ya no es una utopía dogmática; es una realidad constitucional que ha presentado dos informes anuales al Congreso de la Nación; que, sin vacilaciones, demanda al Estado nacional cuando debe cumplir sus funciones tutelares; que ha contribuido a la solución de miles de casos individuales y que, al mismo tiempo, ha asumido un rol crítico en numerosos supuestos de abusos por el poder político o el poder económico.

Es una Institución que puede mostrar con legítimo orgullo cuánto ha contribuido a la defensa de los derechos ciudadanos; que puede poner en evidencia que no ha sido amortiguador de disputas políticas; que se ha caracterizado por su prudencia y firmeza al mismo tiempo, sin caer en la complacencia o connivencia con el poder; que acceden a ella ciudadanos de todo el país, de manera cada vez más creciente; en idéntico sentido, requieren su intervención legisladores de todo el país, organizaciones no gubernamentales, concejos deliberantes y hasta el Poder Ejecutivo de una Provincia.

El Defensor del Pueblo abre espacios en la sociedad democrática generando una forma novedosa de control social del poder público. El derecho administrativo clásico giró durante centurias en derredor del control individual; sólo podía excitar la intervención de la Justicia quien era titular de un derecho subjetivo. Hoy, junto al reconocimien-

lo de los derechos de incidencia colectiva, aparece una nueva figura, el Defensor del Pueblo como un agente estatal calificado para asumir la defensa de esos derechos ante la Administración y la Justicia.

El Defensor del Pueblo no es un producto de ocasión ni debe ser lomado como una oferta de temporada; es una Institución fundamental de la Nación que debe basar su credibilidad en una tarea fecunda y sostenida de defensa de los derechos ciudadanos manteniendo, a esos electos, una permanente relación con la sociedad, con los medios de comunicación y con el Poder Legislativo a quien aspira en ilustrar y sensibilizar acerca de cuáles son las dolencias, carencias o insatisfacciones que lesionan el tejido social de nuestro país.

Estoy absolutamente persuadido que, sobre la base de los principios que enunciara, puede contribuir a terminar con la indefensión crónica que ha sufrido la sociedad en el pasado. Este es, en última instancia, mi profundo compromiso persona! al ejercer tan delicadas funciones.