

El Defensor del Pueblo y su responsabilidad, en Argentina

EVOLUCIÓN, INTRODUCCIÓN, FUNCIONES

La reforma constitucional del año 1994 introdujo, mediante el artículo 86, un órgano independiente, en el ámbito del Congreso, cuya actividad se centra en la defensa y protección del derecho ambiental, el derecho consumidor, entre otros, y las garantías y derechos tutelados por la Constitución y leyes ante la actividad de la Administración cuando ésta lesiona los intereses de los ciudadanos, como así también ejerce el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Es de considerar que si bien dicho funcionario ya existía por ley, la jerarquización del órgano con rango constitucional se plasma por su inserción en la ley fundamental.

Su institucionalización en la República Argentina reconoce antecedentes en la Provincia de San Juan, en la cual en el año 1986, por una reforma constitucional fue introducido el órgano; con posterioridad adoptaron la institución las provincias de La Rioja, Córdoba, San Luis, Río Negro, Chaco y Buenos Aires.

Otras provincias como Santa Fe, Tierra del Fuego y Tucumán crearon el órgano mediante la sanción de leyes, sin otorgarle rango constitucional.

Asimismo, en el orden comunal, diversos municipios implementaron la figura del Defensor del Pueblo, destacando entre ellas La Plata, Posadas y Capital Federal, recibiendo en algunos casos, como en Buenos Aires, la denominación de controlador general-comunal.

El primer antecedente parlamentario data de 1973, mediante la elaboración de un proyecto por el cual se instituye la creación de la Oficina del Comisionado del Congreso correspondiendo su autoría a CARLOS AUYERO.

A partir del año 1983 se elaboraron varios proyectos presentados por diversos partidos propiciando algunos la figura del Ombudsman, con competencia funcional, política, administrativa y financiera, por entender que debe contar con amplias facultades para solicitar los elementos que crea necesarios a los efectos de realizar la fiscalización que se le adjudica; no debe ser un órgano de gobierno en ejercicio, sino que debe ser independiente del mismo, contando con autonomía para nombrar a su personal que lo asistirá en sus funciones y ejercer las mismas conforme sus convicciones contando para ello con la asignación de recursos adecuados, los cuales estarán facultados para disponer libremente de ellos.

Estos proyectos se fundamentaron en la institución del órgano, conforme evolucionó en Suecia, país en el cual fue consagrado en la Constitución del año 1809, pero donde recién adquirió eficacia después de finalizada la segunda Guerra Mundial.

La introducción del Ombudsman en los alcances adjudicados en el artículo 83 C.N. responde a la necesidad de contar con una pieza de control del régimen administrador, para lo cual es previo diferenciar aquellos países que cuentan con un sistema de gobierno ya establecido, definido e históricamente construido, de otros particularizados por ser inestables y alternantes entre sistemas despóticos, tiranías o golpes de estado, que por lo general demuestran una administración confusa sin lineamiento y sin desarrollo organizado.

En la República Argentina, en el año 1993, se creó el órgano en el ámbito federal por decisión presidencial, mediante el Decreto 1.786 por el cual funcionaba en la esfera del Poder Ejecutivo Nacional quien lo designaba.

Con posterioridad el Congreso sancionó la Ley 24.284, la cual fue promulgada el 2 de diciembre de 2003 por el Poder Ejecutivo Nacional, quien la refrendó por el Decreto 2.469/94 primado por el entonces ministro de Justicia JORGE MAIORANO, quien a la postre fue elegido para ocupar el cargo.

La ley de mención, en razón de la reforma constitucional, fue modificada por la Ley 24.379, la cual creó la Defensoría del Pueblo en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación.

Cabe preguntarse si es posible contar con la figura del Defensor del Pueblo en democracias jóvenes como la nuestra. Entendemos que sí, toda vez que la figura del Defensor del Pueblo es una novedosa conformación de las organizaciones del Estado.

Es de señalar que el Defensor del Pueblo se integra a los cuerpos existentes de control, y que con su participación provoca que el ciudadano acceda a novedosas vías de información, generando la participación del mismo, proporcionándole una defensa idónea y original frente a los órganos estatales y la posibilidad de sentirse partícipe de la solución de controversias, que en diversas oportunidades lesionan sus intereses.

Constituye una respuesta eficaz y concreta para sostener el equilibrio necesario que debe existir entre el Estado y el ciudadano, resultando absolutamente necesario para su vigencia la internalización de la figura en el ideario social.

NATURALEZA JURÍDICA

Es un órgano independiente y en términos generales puede definirse como una institución unipersonal, cuyo titular es elegido por los representantes del pueblo para prevenir, controlar, mediar, proteger y defender al ciudadano del ejercicio del poder arbitrario, ilegal o injusto al que se lo puede someter desde el Estado o desde las entidades que cumplen funciones públicas dentro de un ámbito general o especial, razón por la cual es imprescindible que conserve independencia funcional y política de quien lo nombra y frente a quien controla.

Es un instrumento con jerarquía constitucional que vigila a la administración ante las quejas del público contra las injusticias y errores administrativos.

Es de resaltar que no se trata de un órgano jurisdiccional: tiene la facultad de investigar, criticar y publicitar las acciones administrativas que violen los intereses de los ciudadanos, pero no el poder de revocarlas.

Su actividad constituye un factor determinante en el control del Estado al equilibrar el peso de los poderes, al fiscalizar la legalidad de la administración, habitualmente superdimensionada por múltiples funciones.

El Estado, a través del órgano en análisis, refuerza las garantías de tutela de los derechos humanos, posibilitando que el Defensor del Pueblo asuma la defensa procesal del interés lesionado adquiriendo legitimación propia.

En síntesis, la independencia de su función se resguarda por la autonomía que conserva respecto del poder que lo designa y no depende, más allá del informe anual que obligatoriamente presenta, con rendición de su gestión. El informe citado constituye un elemento de contundencia crítica con miras a obtener del funcionario cuestionado una revisión de sus actos, a fin de adecuarlos a los intereses del ciudadano.

¿Constituye la voz del pueblo?

Para responder a este interrogante es necesario que cuente con independencia: 1) *Funcional*: para solicitar los elementos necesarios a efectos de fiscalizar sin interferencias de ninguna especie, es decir, debe gozar de los enunciados propios de los parlamentarios. 2) *Política*: para lograr los objetivos de función es necesario que no revista el carácter de órgano del gobierno de turno, ni símbolo de un partido político, ni condescendencia con el poder. 3) *Administrativa y financiera*: es necesario que cuente con la facultad de elegir a sus colaboradores y que sus decisiones las ejerza tomando en cuenta sus convicciones, creencias personales y que cuente con recursos necesarios para cumplimentar sus tareas en un marco de libertad en relación a su función.

A fin de concretar sus objetivos debe ser designado por los representantes parlamen-

tarios elegidos democráticamente, recordando que esta elección constituye la esencia de su independencia, que redundará en su libertad frente a quien lo nombra y a quien contrata, lo que implica la absoluta autonomía de sus decisiones, contando además con el acceso irrestricto a los medios de comunicación masiva.

En su elección el artículo 86 de la CN determina que es seleccionado por el Parlamento: el Congreso lo designa y remueve con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, procediendo a elegir un candidato de una terna propuesta por la Comisión Bicameral Permanente, por un mandato de cinco años renovable por una sola vez, exigiendo como condiciones para su postulación ser de nacionalidad argentina o nativo por opción, 30 años edad y tratarse de una persona ínculta, es decir, que debe gozar de un amplio prestigio e ilustración en la esfera nacional.

Asimismo no se requiere que posea conocimientos de derecho, pero conforme al organigrama del Órgano, para el nombramiento de los dos adjuntos con los que debe contar, quienes son nombrados por la Comisión Bicameral a propuesta del Defensor, deben ser abogados con reconocida versación en derecho público.

Por las características del cargo, el mismo es incompatible con toda actividad pública, comercial, profesional o política partidaria, pudiendo excepcionalmente realizar tareas de docencia.

Su actividad no se interrumpe en la época de recesos parlamentarios, en períodos de estado de emergencia o situaciones de transición o estado de sitio.

La ley que rige el funcionamiento del órgano plasma el mentado principio de independencia al garantizar al Defensor del Pueblo el ejercicio de sus funciones sin recibir instrucciones de ninguna autoridad,

en mérito a su autonomía funcional, otorgándole además inmunidades y privilegios semejantes a la de los legisladores.

COMPETENCIA

La Ley 24.284, modificada por la Ley 24.379, prevé el objeto y el ámbito de su aplicación, destacando que persigue la protección de los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública.

Su competencia se extiende a toda la administración pública nacional (administración centralizada y descentralizada, entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado, de economía mixta, con participación estatal mayoritaria, empresas privadas prestadoras de servicios públicos, etc.).

Atribuyéndosele asimismo por el artículo 86 de la Constitución Nacional la defensa y protección de los derechos humanos, y demás daños, garantías e instituciones tutelados por la Constitución y las leyes.

Sabido es que los tres poderes del Estado, aparte de sus funciones propias, ejercen otras funciones similares a todos los poderes, circunstancia que implica preguntarse si también ello abarca las funciones administrativas de los otros poderes del Estado; este interrogante encuentra respuesta en lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 24.284, el cual determina que se encuentran exceptuados, como así también el gobierno de la ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad.

En lo concerniente al Poder Judicial, tenemos que su función específica (jurisdiccional de administrar justicia) converge con el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales como servicio público. En

países como Suecia y España, el Defensor del Pueblo se encuentra legitimado para intervenir en este contexto.

En nuestro país han existido reclamos ante el Defensor por la desidia y burocratización judicial. Llamado a intervenir, algunos Tribunales le respondieron, brindándole información acerca del estado de tramitación de la causas que le fueron requeridas.

Así, a la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social se le pidió que enviara a la A.N.Se.S. un expediente por el que se tramitaba el reajuste de un haber jubilatorio.

También la Cámara Nacional Electoral fue invitada a instar a los Juzgados Federales con competencia electoral de los distintos distritos del país para que verificaran el cumplimiento de los porcentajes del cupo femenino en las listas de candidatos presentadas para su registro por los partidos políticos.

Pero la Corte Suprema Nacional no actuó de igual manera ante un reclamo del Defensor por el que pidió que se arbitraran los medios conducentes para el dictado de una sentencia; en este caso la Corte resolvió que el Defensor del Pueblo carece de competencia para formular exhortaciones al tribunal sobre las causas en trámite, resolviendo desestimar la presentación.

WALTER CARNOTA expresa que hay que tener en cuenta que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina a partir del precedente *Frías Molina*¹ ha negado sistemáticamente la legitimación activa para iniciar acciones judiciales, por entender que interfiere en contiendas judiciales concretas en curso recién mejorándose hacia el año 2005 en “preformarse” ante el más Alto Tribunal².

Respecto al alcance de la competencia del Defensor del Pueblo en el orden na-

cional, en cuanto si ésta alcanza a las administraciones provinciales o incluso a las comunales, entendemos, que no, dado su carácter de órgano perteneciente a la estructura orgánica federal.

Pero en razón de que las cuestiones a considerar se relacionen con violaciones a derechos fundamentales (los contenidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional) cometidos por autoridades locales, puede intervenir para efectivizar el principio de supremacía constitucional.

Es así como sin hesitación alguna puede afirmarse que el campo espacial de este actor institucional engloba a todo el territorio nacional.

Es de considerar la eventual y posible presencia de inconvenientes prácticos que ello puede conllevar atento a tratarse de un órgano personalizado con asiento físico en la capital federal; esta circunstancia implica las consiguientes dificultades para materializar el contacto directo con los problemas a resolver.

Una posible solución sería establecer delegaciones provinciales que permitirían obviar los mismos.

RESPONSABILIDAD

El nacimiento del constitucionalismo a fines del siglo XVIII, que reconoce en la eclosión histórica que implicaron la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre una relación diferente entre el Estado y los habitantes, al establecer limitaciones en el ejercicio del poder, reconociendo la existencia de derechos inalienables que deben ser respetados y no pueden desconocerse por resultar superiores y preexistentes, prestar sustento al Estado de derecho, que impli-

ca responsabilizar al Estado por sus acciones y/u omisiones.

Es de resaltar que no existe función pública sin responsabilidad del agente; esta regla es de aplicación al Defensor del Pueblo, a quien se le atribuye responsabilidad institucional y social.

El reproche de la responsabilidad institucional trae como consecuencia su remoción; la social, el repudio de los ciudadanos en razón de que ésta se sustenta en la aprobación de sus actos.

Desde otro orden, a fin de determinar su responsabilidad institucional, es necesario evaluar el marco de competencia adjudicado al órgano, es decir, la misma se sustenta en la función investigativa, mediadora, innovadora y garantista en defensa de la Constitución.

Asimismo responde, por la teoría general de responsabilidad civil, por los daños que cause a terceros, lo que implica su obligación de reparación y su responsabilidad penal, y para analizar su conducta se compruebe la concurrencia de todos los requisitos exigidos por la doctrina para el nacimiento de la misma, los cuales se traducen en el daño causado, la relación causal, la antijuricidad y el factor de atribución de responsabilidad.

Específicamente, la actividad de este actor institucional debe analizarse dentro del juego armónico de los artículos 1.109 y 1.112 del Código Civil, los cuales son conducentes para determinar que el factor de atribución de su responsabilidad por los hechos u omisiones en el ejercicio de sus funciones es subjetivo por tratarse de un hecho que le es propio e imputable por dolo o culpa, para lo cual es necesario comprobar que es el actor del perjuicio causado (*imputatio facti*) y además es culpable material del mismo (*imputatio iuris*).

La responsabilidad institucional es am-

plia en razón de la infinidad de las funciones que se le asignan por la Constitución y que se encuentran consignadas en la normativa de aplicación, cuyo cumplimiento resulta ilusorio habida cuenta la falta de infraestructura necesaria para lograr los objetivos propuestos, influyendo además la situación económica reinante en el país, es decir, que atento la realidad circundante siempre existirá en el cumplimiento del conjunto de deberes y obligaciones a su cargo un amplio espectro de omisiones por las cuales no debe responder.

En razón de las afirmaciones precedentes es de entender que la negligencia que se le imputa en el ejercicio de su función debe ser notoria y estar referida al incumplimiento de las obligaciones expresas y concretas que la norma le impone en su carácter de agente administrativo.

La normativa de aplicación dispone que su responsabilidad surge de las causales enumeradas en el artículo 10,° incisos d) y e) de la normativa vigente destacando, además, que para lo previsto en el inciso a) (renuncia), si abandona el cargo sin que la misma le fuere aceptada y esta actitud daña el servicio que debe prestar, incurre en el delito previsto en el artículo 252 del C. P.

El análisis de lo dispuesto en el artículo 10.° permite aseverar que, para determinar su responsabilidad por sus actos u omisiones, no basta con probar la simple omisión en sus funciones institucionales, sino que no se desempeñe conformes las disposiciones contenidas en el artículo 512 del C. C.

Para el caso de reproche por notorias negligencias en los deberes del cargo, según el contenido del inciso e) primera parte del artículo citado, el reproche por notoria negligencia en los deberes del cargo requiere que para incurrir en responsabilidad su actitud debe ser notoria, es decir, conocida por todos, y en términos jurídicos debe

categorizarse de grave, manifiesta e indubitante.

En relación a los daños a terceros que causare en el ejercicio de sus funciones, su responsabilidad emerge conforme lo dispuesto por el artículo 1.112 del C. C. que nos remite a las normas generales de responsabilidad aplicándose además lo dispuesto por el artículo 902 del citado código, que dispone una mayor obligación de obrar con prudencia y pleno conocimiento de los casos.

La responsabilidad funcional se fundamenta sustancialmente en la notoria negligencia con la cual implementa su conducta, la cual puede enunciarse en los siguientes presupuestos:

- a) Negarse a recibir una queja.
- b) No tramitar una queja recibida en tiempo y forma.
- c) No derivar la queja a la autoridad competente, cuando no recaiga dentro del ámbito de su competencia o se formule fuera del término establecido.
- d) Cuando diera curso a las quejas que expresamente debe rechazar por mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial, o porque respecto de la cuestión planteada se encuentre pendiente resolución administrativa o judicial (Conf. art. 21, Ley 24.284).
- e) Cuando rechazara quejas sin fundamento (puede rechazarlas cuando su tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona).
- f) Cuando no interrumpiera el curso de la queja, suspendiendo su intervención, al tomar conocimiento de la iniciación de recurso administrativo o acción judicial por parte de la persona interesada.
- g) Cuando no comunicara al interesado el resultado de sus investigaciones y gestiones, así como la respuesta que hubiese

dado al organismo o funcionario implicados, excepto que éstas sean consideradas de carácter reservado o declaradas secretas.

h) No poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos que corresponda, los resultados de sus investigaciones sobre los organismos sometidos a su control.

i) No promover la investigación sumaria a que diera origen la queja, absteniéndose de solicitar los informes y de realizar las inspecciones y verificaciones que correspondieran.

j) No dar traslado al Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de las acciones penales correspondientes, de los antecedentes de quien impida u obstaculice las investigaciones a su cargo.

k) No comunicar de inmediato al procurador general de la Nación, los hechos presumiblemente delictivos de acción pública de los cuales tome conocimiento.

l) Emitir resoluciones modificando, sustituyendo o dejando sin efecto decisiones administrativas o de cualquier otro ente que estuviera alcanzado por la órbita de su competencia.

m) No presentar su informe anual, antes del 31 de mayo de cada año.

n) No incluir en el informe anual a los funcionarios o entidades que, sin emitir una justificación adecuada, no hicieron lugar a las recomendaciones formuladas por el defensor.-

ñ) No dar cuenta en el informe 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 su resultado.

o) Hacer constar en el informe los datos personales que permitan la pública identificación de los interesados en el procedimiento de investigación.

p) No incluir en el informe la rendición de cuentas del presupuesto de la institución en el período que corresponda.

En cuanto a la responsabilidad social, la misma por la naturaleza de sus funciones es más amplia que la de otros funcionarios y se sustenta en la vinculación directa de la actividad que desarrolla con la protección y defensa de los derechos e intereses del pueblo.

CONCLUSIONES

En razón de la implicancia de la institución, concluimos que recae sobre el Defensor del Pueblo la obligación de defender e internalizar los beneficios del órgano que ejerce en el ámbito social, a fin de optimizar su funcionamiento implementando para dicha tarea la utilización de los medios de comunicación masiva para que todos los ciudadanos accedan al instituto.

Asimismo debe propender a su inserción en el ámbito educativo, implementando que en los programas de enseñanza de nivel primario y secundario se introduzcan referencias concretas a su actividad y beneficios de la misma.

También deberá a los fines de una mayor evolución de su institución relacionarse con instituciones afines y participar en conferencias y congresos, etc., para facilitar el intercambio de experiencias en beneficio de una mejor funcionalidad.

Consideramos que el éxito de este nuevo actor institucional depende de los caracteres que implemente en su actividad. Es decir, debe ser un medio idóneo para brindar una inteligente respuesta a las necesidades del ámbito local, para lo cual deberá constar con una adecuada instrumentación de los operadores del sistema democrático.

La tarea será exitosa en la medida que se le asignen a la institución los recursos económicos necesarios y del reconocimiento que se le adjudique como colaborador de la administración.

Es necesario que el Defensor del Pueblo actúe con transparencia, utilice la persuasión y mediación en su gestión funcional, la cual debe desarrollar desprovista de todo ritualismo y basada en su carácter de conocedor acabado de las necesidades sociales, brindando respuestas que generen confianza a los ciudadanos, proporcionándoles un marco adecuado de contención por las decisiones de la administración que cercenen sus derechos y garantías constitucionales.

PROPUESTAS

1. Propiciamos que para la designación del Defensor del Pueblo, a efectos de lograr una mayor transparencia e independencia, se adapte a un sistema más riguroso implementando para su elección un mecanismo similar al dispuesto para la elección de los Jueces (Decreto 222/03). Descartamos la elección popular por tratarse en la especie de un mandato quinquenal que no es coincidente con los mandatos del Poder Ejecutivo ni del Poder Legislativo e implicaría agregar una fecha al calendario electoral, con consecuencias económicas considerables.

2. En razón de la multiplicidad de funciones y su amplia competencia territorial, proponemos la creación de delegaciones locales en los ámbitos provinciales que carezcan del órgano y en los alcances establecidos en la normativa vigente.

3. Propiciamos la ampliación de la estructura del órgano, dotándolo al menos de

cuatro defensores adjuntos, quienes deberán poseer los conocimientos específicos para las diversas materias que son motivo de reclamo.

4. Dado que una de sus funciones primordiales es la mediación, a fin de brindar una respuesta rápida y eficaz a quienes requieren su intermediación, proponemos implementar un procedimiento que contemple dos estadios: uno previo al reclamo específico, a fin de la comparencia de los involucrados en el conflicto con el objeto de obtener un resultado mediato.

PATRICIO ALEJANDRO MARANIELLO
Profesor de Grado, Posgrado y Doctorado
Universidad de Buenos Aires

1. CSJN. Sentencia del 21 de marzo de 1995. Fallos 318: 384.

2. CSJN. *In re: Defensor del Pueblo c/ Energas*.

BIBLIOGRAFÍA

- CARNOTA, WALTER. “Instituciones de Derecho Público”, *La Ley*, 2005.
- CARTANÁ. “El Defensor del Pueblo: La experiencia en la Ciudad de Buenos Aires”, *El Defensor del Pueblo en la República Argentina* (agosto 1991).
- GONZAINI, OSVALDO ALFREDO. “Técnica y contenido del Defensor del Pueblo (Ombudsman)”, *La Ley*, 1988, ed. 851.
- MAIORANA, JORGE. *El Ombudsman –Defensor del Pueblo y de las Instituciones Republicanas–*. Buenos Aires, Edit. Machi, 1987.
- PADILLA, MIGUEL. “La constitucionalidad del Ombudsman”, *E. D. T.* 109.
- QUIROGA LAVIÉ BENEDETTI. *Derecho Constitucional Argentino*. Cénica Celaya.
- VANOSSI. “Reflexiones sobre el Ombudsman”, *El Defensor del Pueblo en la República Argentina* (agosto 1991).