

La vacancia del Defensor del Pueblo de la Nación

por PABLO LUIS MANILI^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. ANTECEDENTES EN LA ARGENTINA. A) A NIVEL NACIONAL. B) A NIVEL LOCAL. – III. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. A) AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA. B) FUNCIONES. C) REQUISITOS Y DESIGNACIÓN. D) DURACIÓN Y CESE. E) INMUNIDADES. F) ORGANIZACIÓN. – IV. RELACIONES CON EL CONGRESO. – V. LA VERGONZOSA VACANCIA DE ESTE ÓRGANO.

I. Introducción

Como es sabido, la reforma de 1994 persiguió como objetivos principales los siguientes: la atenuación del presidencialismo, el fortalecimiento de los controles sobre el Poder Ejecutivo, el enriquecimiento del sistema de derechos y garantías y el reforzamiento del federalismo. Hubo otros objetivos secundarios: evitar la constitucionalización del liberalismo económico⁽¹⁾, la modernización y el fortalecimiento del Congreso, la profundización de la independencia del Poder Judicial y el afianzamiento del proceso de integración –tanto nacional como supranacional–.

El órgano al que dedicamos este artículo fue incorporado en la Reforma Constitucional de 1994 con el propósito de cumplir con los dos primeros objetivos señalados más arriba.

El Defensor del Pueblo de la Nación (en adelante “DP”) no integraba el núcleo de coincidencias básicas, sino que aparecía en la ley n° 24.309 como uno de los temas habilitados para ser incluidos en la Constitución pero sin directiva alguna en cuanto a su perfil.

El DP u “Ombudsman” puede ser definido como un órgano de control independiente, unipersonal o colegiado, dedicado a recibir e investigar reclamos de los administrados fundados en omisiones, demoras o injusticias de la administración pública. Ese sería el núcleo duro de la definición del instituto porque el resto de su caracterización dependerá de cómo esté regulado en cada sistema jurídico, dado que hay elementos que son variables: (i) la mayoría son designados por el Poder Legislativo (en adelante “PL”) pero en algunos países lo hace el PE en conjunto con el PL; (ii) hay algunos que solo pueden proponer a la administración una solución del caso, pero sin efecto obligatorio, mientras que otros tienen legitimación procesal para actuar en juicio, en defensa del administrado; (iii) algunos tienen competencia para la defensa de los derechos humanos en general y otros solo la tienen en la relación administrado-Estado.

Según Quiroga Lavié, un “defensor social” es un tramitador de los asuntos públicos: carece de jurisdicción, pero investiga, critica, hace públicas sus opiniones, recibe denuncias y las traslada al Congreso y a la opinión pública. No revoca ningún acto administrativo, pero con su tarea

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El defensor del pueblo*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, ED, 170-987; *Potestades de control y de amparo público del Defensor del Pueblo en la Constitución Nacional*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, ED, 178-1036; *La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo*, por GERÓNIMO ROCHA PEREYRA, EDA, 2004-404; *La Corte Suprema de Justicia de la Nación camino al reconocimiento pleno de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación, a la luz del fallo “D. P. N. c. E. N. - P. E. N. - M° E. - Dto. 1738/92 y otro s/proceso de conocimiento”*, por MARIANA GARCÍA TORRES y LAURA YUSSEN, EDA, 2005-236; *Necesidad y conveniencia de una reglamentación que garantice los fines constitucionales de la función que ha de ejercer el defensor del pueblo. Las reformas incompletas y la importancia de salvar los defectos de las leyes vigentes 24.284 y 24.379. Reconocimiento de la competencia y legitimación ampliada que surgen de dicha constitucionalización*, por PABLO KAUFER BARBE y ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2014-483; *Limitar los “superpoderes”: una buena iniciativa para una mejor democracia*, por FRANCISCO JAVIER FUNES y FERNANDO RIVAS, EDCO, 2017-344; *¡La emergencia de la emergencia! Al rescate del Defensor del Pueblo y de la Comisión Bicameral Permanente*, por ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, EDCO, febrero de 2020, n° 1/2; *La legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación*, por PABLO LUIS MANILI, *El Derecho Constitucional*, abril de 2021, n° 4; *Acerca de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo*, por MIRIAM M. IVANECA, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor y posdoctor en Derecho. Profesor titular de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. www.pablomanili.com.ar

(1) Puede verse el desarrollo de este tema en nuestro *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo I, pág. 466.

es un eficaz supervisor de la administración pública, colaborando en que esta cumpla con su cometido. Es un eficaz poder de control informativo⁽²⁾.

Hay autores que lo han definido como el abogado de la sociedad⁽³⁾. La International Bar Association lo caracteriza como “una institución incluida en la constitución creada a través de un acto de la legislatura o parlamento, y encabezada por un alto funcionario público, independiente, responsable ante la legislatura o la administración pública, sus funcionarios y empleados, que actúa de acuerdo a su propia decisión y que tiene el poder de investigar, recomendar acciones correctivas y emitir informes”. El Simposio Latinoamericano del Ombudsman lo definió como “una magistratura de persuasión, compatible con los organismos y formas tradicionales de control del poder público”⁽⁴⁾.

En la página web oficial de la Defensoría del Pueblo de la Nación⁽⁵⁾, la institución, con criterio docente, se define a sí misma de este modo: “no es un órgano del gobierno de turno, apéndice de algún partido político ni amortiguador de disputas políticas; es, sin lugar a duda, una institución de la República; no es una figura cosmética o estética sino, por el contrario, una figura seria y objetiva; no se arroga la pretensión de sustituir a los órganos y procedimientos de control existentes, sino que los complementa; su perfil es el de colaborador crítico de la administración; no su contradictor efectista; a esos fines, y siempre que las circunstancias lo permitan, agota sus esfuerzos para perseverar en una gestión mediadora entre la Administración y el ciudadano; ayuda a la solución de los problemas particulares planteados por los quejosos, sin olvidar, en ningún momento, que esos problemas son síntoma u efecto de causas, seguramente más profundas, las cuales tiende a superar; es un instrumento de diálogo, honda comunicación y profunda solidaridad entre los hombres; se caracteriza por su prudencia, lo cual no ha de ser entendido como sinónimo de complacencia con el poder”.

II. Antecedentes en la Argentina

a) A nivel nacional

Hubo varios proyectos de ley, el primero de ellos en 1975⁽⁶⁾, y luego varios a partir de la recuperación de la democracia en 1983⁽⁷⁾.

En enero de 1984, apenas recuperada la democracia, la Secretaría de la Función Pública preparó un anteproyecto para la creación de una oficina del Ombudsman, delineado sobre el modelo español, dándole el nombre de Defensor del Pueblo.

Por decreto n° 1786/93 (BO: 30/8/93), se creó la figura del Defensor del Pueblo en el ámbito del PE, que tenía por función proteger los derechos e intereses de los individuos contra actos u omisiones de la Administración Pública Nacional.

Finalmente, cuando ya estaba en ciernes la reforma constitucional, se sancionó la ley n° 24.284 (con fecha 1 de diciembre de 1993) y pocos días más tarde se sancionaba la ley n° 24.309, que habilitó la reforma constitucional y su inclusión en la Constitución, como ya adelantamos.

b) A nivel local

En la Capital Federal existía un ombudsman creado por la ordenanza n° 40831 de 1985, con el título de “Controladuría General Comunal”⁽⁸⁾. La mayoría de las cons-

(2) Quiroga Lavié, Humberto, “Nuevos órganos de control en la Constitución: El defensor del pueblo y el Ministerio Público”, en AA. VV., *La Reforma de la Constitución*, Rubinzal Culzoni, 1995, pág. 79 y ss.

(3) Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución reformada (comentada, interpretada y concordada)*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pág. 300 y ss.

(4) Conf. Plenario del II Simposio Latinoamericano del Ombudsman reunido en la ciudad de Curitiba, durante los días 9 al 12 de agosto de 1987.

(5) Disponible en www.dpn.gob.ar

(6) Presentado por el Dip. Carlos Auyero.

(7) Senadores Eduardo Menem y Libardo Sánchez, diputados Jorge R. Vanossi y Ricardo Cornaglia, etc.

(8) Cartañá, Antonio, *El Defensor del Pueblo: La experiencia en la Ciudad de Buenos Aires*, Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 1989, pág. 10 y ss., citado por Barraza, J., cit.

tuciones provinciales que fueron reformadas a partir de 1983 incorporaron este instituto. Las que antecedieron a la reforma nacional de 1994 fueron las siguientes: Córdoba (reformada en 1987, art. 124), La Rioja (en 1986, art. 144), San Luis (modificada en 1987, art. 235), Salta (reformada en 1986, art. 124), San Juan (en 1986, art. 150), Santiago del Estero (modificada en 1986, art. 155).

III. El régimen constitucional y legal del Defensor del Pueblo

Al igual que con la AGN, la Constitución delegó la organización y el funcionamiento de esta institución en una ley especial. En este caso, no se previeron mayorías especiales para su dictado, sino que se trata de una ley común.

Como ya mencionamos, poco antes de la reforma constitucional ya se había sancionado la ley n° 24.284, creadora de este órgano; la misma fue modificada poco después de la reforma por la ley n° 24.379, con el fin de adaptarla a las previsiones constitucionales.

a) Autonomía e independencia

Según el art. 86 de la CN, al igual que la AGN, se trata de un órgano **“independiente** instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena **autonomía funcional**, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad” (énfasis agregado). Estas premisas de independencia y autonomía son fundamentales porque el verdadero control es el que se realiza desde fuera del poder controlado; es decir, el control *interpoderes* y no el intrapoder.

Podría interpretarse que hay una contradicción entre esas dos premisas (independencia y autonomía), por un lado y el hecho de que esté instituido en el ámbito del Congreso, por el otro. Pero no hay tal contradicción. El Congreso solo debe intervenir en la etapa de regulación legal del instituto (para la sanción de la ley que lo organiza) y en el momento del nombramiento del funcionario que desempeñará el cargo, pero no en el ejercicio de su función cotidiana, para lo cual no recibe instrucciones de nadie.

b) Funciones

La norma constitucional establece que “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”. Ello genera la inconstitucionalidad sobreviniente de la ley sancionada antes de la reforma, que en su art. 1 limitaba las funciones del DP a “proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional”. Es decir que, frente a la visión “administrativista” de la ley n° 24.284, la Constitución confirió a este órgano una función mucho más amplia: defender todos los derechos humanos.

Como afirmamos anteriormente, el DP es el abogado del pueblo y, por lo tanto, tutela los derechos fundamentales de las personas. En la norma falta mencionar a los derechos tutelados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero también deben considerarse incluidos a esos derechos por ser parte del bloque de constitucionalidad argentino.

La Corte ha sostenido “... Cuando el Defensor del Pueblo actúa ante los tribunales de justicia cumple una función social que le ha sido encomendada por expreso mandato constitucional y tal intervención no encuentra sustento en un poder individual otorgado por los integrantes de un grupo determinado sino que tiene su origen en la Constitución Nacional que le impone el deber de accionar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva en ella consagrados y, en definitiva, en beneficio de la comunidad en su conjunto...”⁽⁹⁾.

En la causa ambiental “Mendoza, Beatriz”⁽¹⁰⁾ –referida al derecho al medioambiente sano–, dado lo atípico del proceso, la multiplicidad de partes y la necesidad de coordinación de la participación popular en la causa, la Corte le asignó una importante tarea: “...Es relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el

trámite adecuado, debiendo recaer tal designación en el Defensor del Pueblo, en orden a la plena autonomía funcional que se le reconoce al no recibir instrucciones de ningún otro poder del Estado...”. En general, en las causas ambientales, la Corte siempre fue proclive a aceptar la participación de este órgano⁽¹¹⁾.

c) Requisitos y designación

Si bien el DP cuenta con una estructura de colaboradores, el cargo es unipersonal. Según el art. 86 de la CN, ese funcionario será “designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras”. La ley n° 24.284 establecía los siguientes requisitos para acceder al cargo: (i) Ser argentino nativo o por opción; (ii) Tener 30 años de edad como mínimo (art. 4). La misma ley creaba el siguiente mecanismo de designación en su art. 2: “a) Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una comisión bicameral permanente, integrada por siete senadores y siete diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo; b) En un plazo no mayor de treinta 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 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”.

En cuanto a su nombramiento, una vez elegido, el art. 5 establece que “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”.

El cargo es rentado (art. 6) y pesan sobre él las siguientes incompatibilidades: “desempeño de cualquier otra actividad pública, comercial o profesional, a excepción de la docencia, estándole vedada asimismo la actividad política partidaria. 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” (art. 7).

d) Duración y cese

La norma constitucional establece que el funcionario “Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”. Los arts. 10 y 11 de la ley regulan las causales y el mecanismo a seguir para su cese: 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, y f) por muerte. 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 el caso del inciso c), la incapacidad sobreviniente deberá acreditarse de modo fehaciente. En los supuestos previstos por el inciso e) del mismo artículo, el cese se decidirá por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de ambas cámaras, previo debate y audiencia del interesado. En caso de muerte del DP, se procederá a su reemplazo, promoviéndose en el más breve plazo la designación del titular en la forma prevista en el artículo 2°.

e) Inmunidades

El art. 86 de la CN también establece que, para el desempeño de su función, el DP “goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores”. Esta es una previsión

(9) Fallos: 339:464.

(10) Fallos: 331:1622.

(11) “Asociación de Superficiales de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/daño ambiental” de 2004, Fallos: 327:2967.

importante que facilita su tarea. El art. 12 de la ley agrega que “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 deberá 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”.

f) Organización

La ley reglamentaria prevé el nombramiento de dos defensores adjuntos, para lo cual el DP debe proponerlos a la Comisión Bicameral (art. 13). Su función es la de auxiliar 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.

Los requisitos son los mismos que para ser DP, pero se agregan dos: (i) 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; (ii) tener acreditada reconocida versación en derecho público. Con estos requisitos, la ley persigue que el perfil de los adjuntos sea más técnico que el del DP.

A propuesta del DP, la Comisión Bicameral designará a uno de los adjuntos como Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores, que tendrá por misión exclusiva la defensa de los intereses de los consumidores y las empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas que puedan lesionar sus derechos y bienestar.

Además de los adjuntos, la oficina del DP está organizada por grupos de trabajo de acuerdo al tipo de derechos que cada uno defiende: grupos vulnerables, seguridad social, salud y educación, medioambiente, servicios públicos, etc.

IV. Relaciones con el Congreso

Siendo un órgano independiente y autónomo, pero que funciona en la órbita del PL, sus relaciones con este son estrechas, a fin de colaborar con el Congreso en la importante tarea de control que ambos deben ejercer. La ley reglamentaria prevé los siguientes vínculos entre ambos entes:

a) El DP debe poner en conocimiento de la AGN los resultados de sus investigaciones en los organismos cometidos a su control (art. 29). Este vínculo es importante puesto que: (i) ambos son órganos de control; (ii) ambos funcionan en la órbita del PL; (iii) ambos dirigen sus actos hacia el PE para mejorar la gestión de este, y (iv) porque los actos y omisiones de la administración que perjudican derechos del administrado o del pueblo pueden estar precedidos o sucedidos por situaciones que caigan en la órbita de competencia de la AGN en su carácter de ente controlante de posibles hechos de corrupción o malversación de fondos públicos.

b) El DP puede sugerir cambios normativos, tanto de leyes como de reglamentos generales, dado que según el art. 27 de la ley n° 24.284: “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”.

c) Las relaciones con el Congreso se articulan a través de la Comisión Bicameral (art. 30), a la cual el DP dará cuenta anualmente a las Cámaras de la labor realizada en un informe que les presentará antes del 31 de mayo de cada año. Esos informes anuales serán publicados en el Boletín Oficial y en los Diarios de Sesiones de ambas cámaras, y la copia de los informes mencionados será enviada para su conocimiento al PE (art. 31). En ese informe, el DP dará 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 su resultado (art. 32).

V. La vergonzosa vacancia de este órgano

Lamentablemente, desde el año 2009 hasta el 2023, el Congreso no ha cumplido con su obligación de censurar la designación de un DP y el cargo se encuentra vacante. En 2009, venció el mandato del último DP designado y, en 2013, el de su adjunto, por lo cual el órgano se halla acéfalo. Ello se debe a la falta de acuerdo entre los distintos bloques del Congreso, que no consiguen los dos tercios requeridos, y a una falta de compromiso republicano de sus integrantes y de los oficialismos de turno desde 2009 en adelante.

La Corte Suprema llamó la atención del Congreso respecto de esta omisión inconstitucional y dictó una sentencia exhortativa en autos “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad”⁽¹²⁾ de 2016, donde sostuvo: “... El cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios, por lo que, habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos del Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el art. 86 citado...”. Incluso varias ONG han hecho peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, orientadas a que esta exhorte al Estado Argentino a sanear esta falencia. El tiempo sigue transcurriendo y el cargo sigue vacante.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - LEGITIMACIÓN PROCESAL - SERVICIOS PÚBLICOS - RECURSO EXTRAORDINARIO - SENTENCIA - ARBITRIARIEDAD - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - DIVISIÓN DE PODERES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - PODER JUDICIAL - DEFENSOR DEL PUEBLO

(12) Fallos: 339:1077.