

por **CARLOS R. CONSTENLA**. *Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo. Abogado por la UBA. Fue Defensor del Pueblo de Vicente López entre 1999 y 2009 y dos veces presidente de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina. Ex profesor en la UBA*





LAS DEFENSORÍAS SURGIERON A FINES DEL SIGLO XX CON EL OBJETO DE PALIAR ALGUNAS DE LAS INCONSISTENCIAS DEL SISTEMA INSTITUCIONAL EN CUANTO A LA REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS CIUDADANO. CON TODO, SUBSISTEN DIVERSOS PROBLEMAS –ENTRE ELLOS, LA INTROMISIÓN DE LAS PUJAS PARTIDARIAS, LAS DESIDIAS A LA HORA DE NOMBRAR DEFENSORES O LOS EQUÍVOCOS AL INTERPRETAR SUS RESPONSABILIDADES– QUE, CON FRECUENCIA, APARTAN A ESTA INSTITUCIÓN DE SU ROL PRINCIPAL: MONITOREAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS.

**LAS
INSTITUCIONES
DE DEFENSORÍA
DEL PUEBLO.
PASADO,
PRESENTE Y
FUTURO**

Introducción

Las defensorías del pueblo fueron establecidas a partir del último cuarto del siglo pasado como un instrumento de garantías para proteger los derechos humanos. Esa fue, al menos, la declarada intención de las fuentes referenciales de este instituto, consagrada en las constituciones portuguesa de 1976 y española de 1978.

Lo que en apariencia resulta sencillo comprender, a poco que se profundice en el estudio de esta institución –no por afán académico, sino para definir sus alcances y competencias– va perdiendo claridad, dificulta su comprensión y da paso a un “maltrato institucional” que, en la práctica, la disminuye.

El problema reside, de una parte, en la filiación que se le imputa y, de otra, en que las defensorías del pueblo suelen ser concebidas como órganos de control para evitar transgresiones legales. Las elaboraciones hechas tanto en la doctrina como por la jurisprudencia –escasas, por cierto– no han hecho sino abonar estas posiciones.

La conclusión de un mandato, una renuncia anticipada o cualquier otra contingencia que genere una vacancia en el instituto pueden llevar a una verdadera crisis de supervivencia institucional, según lo patentiza el caso de la Defensoría del Pueblo de la Nación, vacante desde el año 2009.

Sobre una precaria filiación

Prescindiendo de la circunstancia histórica en que las defensorías del pueblo aparecieron, para facilitar su instalación con el prestigio de un antecedente probado se dijo que la defensoría del pueblo era el *ombudsman*, institución establecida en Suecia en 1809 para controlar los cuadros de la administración y cuyo titular era designado por el Parlamento. La idea no debe haber llamado mucho la atención, porque durante un siglo y medio solo fue copiada dos veces: Finlandia en 1919 y Dinamarca en 1954. No se paró en mientes que en los modelos ibéricos de los años '70 no solo se puso énfasis en la protección de los derechos humanos, sino que además se le dio a este funcionario la inédita posibilidad de promover acciones tendientes a abrogar mediante acciones judiciales precisas, reglamentos, actos administrativos, decretos y leyes. No sorprendió que en Portugal y España la institución fuera incorporada en la parte declarativa de la Constitución, es decir, en el cuadro de la libertad y no en la parte orgánica, que es la del poder.

Es verdad que, al adoptarse algunas características del *ombudsman* escandinavo al rango de principios (autonomía administrativa y funcional, informalidad, confidencialidad, neutralidad política y elección por fuera de la decisión del poder administrador), se establecía una relación tangencial entre ambas, pero forzar su naturaleza al punto de afirmarse que es un "comisionado parlamentario" o que, como dice la Constitución argentina, está "...instituido en el ámbito del Congreso", distorsiona su naturaleza.

Las defensorías del pueblo y el sistema constitucional

El advenimiento de las defensorías del pueblo debe interpretarse como una reacción crítica del sistema constitucional, cuya legitimidad política se sustenta en la llamada "democracia representativa" y en la "división de poderes". La firme adscripción del constitucionalismo contemporáneo al sistema liberal diseñado por una corriente de la Ilustración y la Revolución Francesa, y a su vez por la Constitución de los Estados Unidos, consagró aquellos dogmas al punto de identificarlos con las cualidades democráticas de un Estado. Sin embargo, la realidad demostró lo contrario. El pasado siglo XX reveló las inconsistencias del sistema institucional, a tal punto que, más allá de los severos cuestionamientos de los que fueron objeto por parte de la ciencia jurídica a través de autores de insospechada heterodoxia ideológica (Kelsen, Loewenstein, García Pelayo entre otros [ese paradigma, aún nonato, había sido enjuiciado en el siglo XVIII por Rousseau]), fue también objeto de reformas legislativas que de a poco regresaron a formas de democracia directa.

Las razones que develan esta crisis del modelo que parecía incommovible no pueden formar parte de este trabajo. El hecho se consigna, porque las defensorías del pueblo son también producto de la misma crisis. La creciente certeza de que el sistema judicial es muchas veces inoperante a la hora de proteger derechos, del mismo modo que la caída en la credibilidad en las instituciones políticas y en quienes tienen la responsabilidad de legislar y gobernar hizo que tomara forma un sistema alternativo, no jurisdiccional, para garantizar la efectiva vigencia del derecho, a la vez que, pasando por sobre las formalidades de estilo, pudiese cuestionar, criticar y, llegado el caso, dar cauce institucional a la participación de las personas individual o colectivamente consideradas, a pesar de que el artículo 22 de nuestra Constitución proclame que "el pueblo no gobierna ni delibera sino a través de sus representantes".

América latina tomó el modelo ibérico y, al calor de una realidad social y económica siempre acuciante, tuvo un desarrollo significativo que, más allá de cualquier circunstancia subjetiva, permitió verificar su importancia y utilidad. Sin embargo, una interpretación del instituto derivada de su visión parlamentaria hizo que, con frecuencia, y más que por cualquier condicionante político, se desempeñara en un marco apocado.

Las defensorías del pueblo hoy

Al día de hoy en la Argentina hay alrededor de sesenta defensorías del pueblo, contando a la nacional, a las provinciales y municipales donde existen, y a las especializadas. Es un número considerable, si se tiene en cuenta que no existen normas constitucionales que la impongan a nivel municipal, como sucede en Colombia, y que no está prevista en la escala provincial en todas sus constituciones. Su *performance* ha sido razonablemente eficaz, y pudo superar airoosamente las crisis que se vivieron en nuestro país. Generó la confianza y credibilidad que perdió la política, y esto va más allá del juicio de valor que algunas veces puedan merecer sus titulares. De esta función se sale siempre mejor que como se entra. La realidad social, por su mismo rigor, exige del defensor o defensora del pueblo una actitud proactiva y muchas veces lo empodera políticamente, más allá de lo que el mismo defensor o defensora quisiera. Eso determina que, a diferencia de otros países, la institución crezca, mayores sean sus incumbencias y hasta se animen, a partir de una afinada interpretación del artículo 43 de la Constitución, a promover la acción de amparo contra el poder político.

De todos modos, en cada escala registra una excesiva intromisión de lo que genéricamente se denomina política, sobre todo al momento de resolverse la designación de su titular. El “acuerdo político” parece haberse convertido en el principio y el fin de esta institución. La elección de un defensor o defensora del pueblo se ha convertido en un problema de “difícil solución” por la falta de “acuerdos políticos”. La conclusión de un mandato, una renuncia anticipada o cualquier otra contingencia que genere una vacancia en el instituto pueden llevar a una verdadera crisis de supervivencia institucional, según lo patentiza el caso de la Defensoría del Pueblo de la Nación, vacante desde el año 2009. En ese aspecto la Argentina ofrece un ejemplo lamentable de falta de respeto a la legalidad y de incomprensión de lo que es una defensoría del pueblo. Y esta grave falencia es atribuible fundamentalmente a las representaciones parlamentarias que, por mezquindad política o incomprensión, confunden una magistratura concebida para defender los derechos de los habitantes del país con un “botín” (difícil denominarlo de otro modo en este contexto) político.





Qué se puede esperar de esta institución de cara al futuro

1) Sobre los roles de esta institución en relación con la gestión pública.

La primera de las tareas asignada a las defensorías del pueblo es la atención de las personas, individual o colectivamente, frente a posibles arbitrariedades o abusos cometidos por la administración por acción u omisión. La queja es la vía más frecuente para llegar al problema, aunque nada impide que, de oficio, el defensor o defensora del pueblo actúe. La queja no solo es la entrada principal para su intervención: es también la fórmula básica para canalizar la participación del pueblo e incidir en las políticas públicas, porque del tratamiento de una queja puede derivar una nueva normativa o la modificación de la ya existente.

Sin embargo, la queja, quintaesencia de las razones de las defensorías del pueblo, las somete a la dinámica de los hechos cotidianos, al rol de un bombero que corre a sofocar un incendio. Si bien es ponderable que obre de ese modo porque para eso fue concebido, de ninguna manera puede ir en desmedro de lo que es tal vez su principal cometido: monitorear el cumplimiento de las políticas públicas desde una perspectiva de derechos.

No conozco una norma que imponga esta obligación en ningún ordenamiento, salvo en alguna defensoría de objetivos especializados; sin embargo, está en su naturaleza hacerlo, porque su misión trascendente no es la de corregir errores, reparar injusticias o enderezar entuertos, sino que esos errores, injusticias o entuertos no se produzcan.

Sigo a Leticia Delgado Godoy para afirmar que las políticas públicas son un conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que, en un momento dado, los ciudadanos, y el propio gobierno, consideren prioritarios.

Las políticas públicas tienen un proceso que va desde la identificación de la cuestión que se quiere encarar hasta la definitiva aplicación de la alternativa seleccionada. Ese proceso, sin embargo, tiene un “punto nodal” que es el de la evaluación, elemento central para la calificación de una política y de una gestión pública. La evaluación es técnica a la vez que política y, en cierto modo, es una de las más exigentes demandas para juzgar a un régimen como democrático o no.

Los gobiernos harán esa evaluación en la forma de una rendición de cuentas, pero el defensor o la defensora del pueblo deben también considerar el curso, la ejecución y el resultado de aquellas políticas. La previsión temprana de los alcances y efectos de una política pública podrá prevenir la violación de derechos fundamentales.

El monitoreo de las políticas públicas por parte de las defensorías del pueblo requiere considerar estos aspectos:

a) Anticipación y alerta. Se trata de la evaluación previa de la política que se intenta desarrollar, considerando su circunstancia política, social y económica, y el estudio del tema que hay que encarar. Por ejemplo, el anuncio de una modificación de tarifas en los servicios públicos debe generar una alerta y actuar en forma preventiva desde una perspectiva de derechos, es decir, desde una perspectiva no política, porque eso sería desvirtuar los fines de la institución.

b) Conocimiento. El defensor o defensora del pueblo deben saber de qué se trata la cuestión. Estudiará por lo tanto el tema, se informará e intercambiará opiniones y experiencias, fundamentalmente con sus colegas de otros lugares y escalas, y con las organizaciones de la sociedad civil involucradas. Después de haber agotado todas estas instancias, deberá fijar su posición y obrar.

c) Procesos de ejecución. La socialdemocracia se forjó a principios del siglo XX, a partir de la formulación de que “el fin no es nada, el camino es todo”. Pagaba el precio de dejar en cierto modo abierto el futuro, a cambio de asegurar que el desarrollo de la acción se hiciera plural y democráticamente. Es primordial que el defensor o defensora del pueblo observen puntillosamente el proceso de ejecución de las políticas públicas porque los proyectos pueden estar empedrados, como el camino del infierno, de buenas intenciones. Por ejemplo, una política de seguridad puede hacer tabla rasa con los derechos humanos.

d) Seguimiento de los programas. El seguimiento de los programas de las políticas tiene dos sentidos. De una parte, ir verificando si se están cumpliendo los objetivos propuestos. De otra, visualizar posibles variaciones, tanto en la naturaleza del objeto de la política pública como de eventuales desviaciones respecto del plan inicial establecido. Implica la definición de objetivos de logro, e indicadores que se aplicarán sistemáticamente mientras se desarrolla el proceso.

e) Verificación de su cumplimiento y ponderación de los efectos. Verificar el cumplimiento de las políticas públicas implica no sólo considerar si se cumplió con el compromiso político sino también –y en el mismo grado– si se produjeron los efectos esperados por todos los actores que intervinieron en el proceso.

No se circunscribe a una fase concreta del proceso de la política, sino que considera a este en su conjunto e intenta mostrar las conexiones entre sus distintos elementos y la satisfacción de expectativas de los usuarios y beneficiarios de la política pública.

2) Sobre los alcances de sus responsabilidades.

Una de las mayores deformaciones que plantea interpretar a la institución defensoría del pueblo es la de considerarla como un gendarme de la ley. Algo así como un custodio de la legalidad. No descubrimos nada (Agustín Gordillo lo dijo mucho antes) al sostener que la del defensor o defensora del pueblo no es una función cuya guía de acción esté escrita en la ley, porque de ser así, podría adscribirse al Ministerio Público, como acontece en Brasil.

Tres son los aspectos que deben puntualizarse en torno a esta cuestión:

a) Determinación de sus competencias. Todas las normas orgánicas de las defensorías del pueblo establecen el alcance de sus competencias. Esto es qué puede hacer y qué no debe hacer el defensor o la defensora del pueblo. Esos textos revelan que, sobre una institución innovadora, se legisla desde una posición conservadora. Si la misión de una magistratura, sin proponérselo, pone en tela de juicio la eficacia y, con ello, la intangibilidad de los principios de la democracia representativa y de la división de poderes, mal puede, desde esos mismos casales, determinar las competencias de esta institución. Qué debe hacer una defensoría

Qué debe hacer una defensoría del pueblo lo determina la misma sociedad con sus demandas.



del pueblo lo determina la misma sociedad con sus demandas. Cuando fui defensor del pueblo, atendí a vecinos de otros partidos bonaerenses que tenían problemas con administraciones de otras escalas (provincial o nacional) y jamás, en once años, salvo una excepción (la ANSeS manifestó que el defensor del pueblo local no tenía atribuciones como para dirigirse a un organismo nacional, pero que igual iba a atender la recomendación porque señalaba una omisión verificable), nadie objetó nuestra competencia para actuar. Diariamente, decenas de defensorías del pueblo en nuestro país realizan mediaciones por sí o por intermedio de centros de mediación comunitaria en conflictos entre particulares y homologan convenios que son tenidos en cuenta por la Justicia. Y nada de eso, como de tantas otras cosas, está previsto en las normas orgánicas de su funcionamiento.

b) La “reacción legal” contra la ley. Muchas de las normas que establecieron a las defensorías del pueblo consignaron que esta institución contaría con “legitimación procesal”, esto es, se les reconoció aptitud para intervenir en un proceso judicial en calidad de parte, en nombre de un interés de incidencia colectiva, llamado así porque comprende a un número indeterminado de personas. Hay algunos casos en los que les está expresamente vedado, como en la provincia de Córdoba. Pese a ello, según hemos demostrado teórica y prácticamente, cuando la Constitución nacional, por vía del art. 43, habilita a promover la acción de amparo al defensor del pueblo, lo formula en términos genéricos, de lo cual cabe deducir que se refiere a todos los defensores del pueblo del país, aunque una norma específica, pero obviamente de menor jerarquía, disponga lo contrario.

c) Las gestiones activas para defender los derechos humanos. No es el momento para discurrir entre las disociaciones que se suelen producir entre la ley y el derecho, pero lo cierto es que un defensor o defensora del pueblo las sufre como el que más. A ningún otro funcionario estatal se le presenta el caso de tener que defender a una persona o a un grupo de personas ante una inobjetable –técnicamente hablando– aplicación de la ley. No hablamos de la posibilidad de poder interponer una acción contra la inconstitucionalidad de una norma, reglamento o acto administrativo, sino simple y llanamente de la aplicación de una resolución judicial administrativa arreglada a la ley pero que puede significar una vulneración a los derechos fundamentales de una persona. El ejemplo típico se da en ciertos desalojos que implican dejar a personas sin lugar para albergarse. El defensor o la defensora del pueblo no podrán anular una resolución en ese sentido, pero deberán intervenir y pedir todas las medidas necesarias para poner en salvaguarda los derechos de esas personas.



3) Sobre su elección.

La elección del titular de la defensoría del pueblo es, sin dudas, uno de los temas instrumentales que mayores dificultades le genera a esta institución. Concurren a que así suceda dos motivos: a) *El método de elección*. Este primer aspecto está relacionado con la legitimidad política de la defensoría del pueblo. Si se asume como presupuesto de este instituto su independencia funcional y administrativa, y su neutralidad política, debe quedar descartada la posibilidad de que lo nombre el órgano que estará sometido a la vigilancia de la institución.

Ya que, como es generalmente admitido, la defensoría del pueblo es un organismo de protección de los derechos humanos, es conveniente aplicar al caso los llamados Principios de París, aprobados por Naciones Unidas, que prescriben la representación pluralista de la sociedad civil en la elección de los organismos estatales de derechos humanos. De este modo quedan en pie dos sistemas: i) elección popular; y ii) designación por el cuerpo legislativo. Ambas modalidades tienen sus problemas. La primera, porque requiere una campaña electoral, lo que no parece recomendable para la elección de un defensor o una defensora de los derechos humanos, por todo lo que ello implica. Además, pondría prácticamente fuera de toda posibilidad a quien no tuviera una afiliación política. Lo segundo, porque es depositar en un poder cuya legitimidad política, a pesar de ser producto de una elección popular, es fuertemente cuestionada. Pareciera, sin embargo, que a partir de alguno de ellos, o de la combinación de ambos, se podría acercar más una solución, estableciéndose un mayor involucramiento de la sociedad civil en la propuesta a su designación, con una rigurosa prueba de idoneidad y antecedentes ante tribunales académicos y organizaciones de derechos humanos. Establecer de alguna forma, que no es la de la política, el mejor almácigo para germinar a un defensor o defensora del pueblo. Escuché decir alguna vez que los defensores y defensoras del pueblo “no nacen de un repollo”, sino que son personas directamente comprometidas con una militancia y trayectoria política. Esto no es verdad; nada invalida que vengan de la política, pero no es necesario que así sea. Los candidatos deben ser reclutados dentro de la sociedad por razones diferentes a la de la acción o trayectoria política. Esto no me impide reconocer que conocí muchos defensores y defensoras

Al día de hoy en la Argentina hay alrededor de sesenta defensorías del pueblo, contando a la nacional, a las provinciales y municipales donde existen, y a las especializadas. Es un número considerable, si se tiene en cuenta que no existen normas constitucionales que la impongan a nivel municipal, como sucede en Colombia, y que no está prevista en la escala provincial en todas sus constituciones.

del pueblo cuyas trayectorias solo se desarrollaban en el terreno de la política partidaria y que hicieron honor a su responsabilidad. Pero esto no puede ser la norma.

b) La oportunidad de la elección. Esta es la palmaria demostración de lo que venimos afirmando. En la Argentina, hace mucho que la Defensoría del Pueblo de la Nación está vacante: siete años; un récord. No es nuestro único caso; en la provincia de San Luis está vacante hace 12 años, y en Florencio Varela, 14.

Es evidente que el constituyente o el legislador no previeron esta incuria institucional. De todos modos, sería aconsejable explorar procedimientos que eviten estas graves demoras en cumplir el mandato legal, a través de normativas reglamentarias que establezcan la necesidad de hacer propuestas y consultas a la población sobre esta situación, bajo apercibimiento, en caso de no hacerlo, de incurrir en incumplimiento de sus obligaciones.

Conclusión

La defensoría del pueblo no es una institución que puede existir o no, al gusto de una mayoría política. Así como Cicerón decía que sin tribuno de la plebe no hay república, se puede afirmar que sin defensoría del pueblo no hay democracia. Cuidar su vitalidad, su prestigio y su eficacia es tanto como cuidar de la vida misma de la democracia.