

CREACION DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO EN MENDOZA

(Reflexiones a partir de un proyecto de ley)

Javier Urrutigoity
Universidad de Mendoza

I. INTRODUCCION

La lectura de un proyecto de ley presentado recientemente por el senador provincial Luciano Sisti ante la Honorable Cámara que integra, ha provocado en mí una serie de reflexiones, planteos e, incluso, dudas, cuyo conjunto constituyen esta ponencia. Me ha parecido que su presentación, en esta ocasión, puede significar una magnífica oportunidad para compartir aquellas reflexiones con amigos y compañeros de ya varias jornadas, así como para recibir las valiosas observaciones y aportes del tan calificado auditorio que, habitualmente, suele congregarse este tipo de citas.

Bueno es, antes que todo, comenzar por precisar que el proyecto de ley procura institucionalizar en la Provincia de Mendoza la figura del Defensor del Pueblo u Ombudsman. Como ocurriera en otras muchas partes del mundo, se intenta, con ello, crear una magistratura independiente, que actuando como delegada o representante de la legislatura provincial, se constituya en una instancia complementaria, más accesible, rápida, informal y efectiva, que los medios tradicionales de defensa de los intereses y derechos individuales y colectivos, ante los avances, atropellos, disfuncionalidades u omisiones de las administraciones públicas.

Es la finalidad última de la iniciativa mejorar el funcionamiento del aparato del Estado a través de las demandas de los propios gobernados, o las actuaciones oficiosas de la defensoría, que, como aquéllas, se orienten a garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos¹.

La abundancia de material doctrinario existente sobre este tema del ombudsman, defensor del pueblo, mediador o comisionado

parlamentario, me releva de la necesidad de detenerme en el estudio del pasado, presente y futuro de esta institución; las diferencias notorias que la misma ha tenido en los distintos países que la han adoptado (de tipos parlamentario, ejecutivo o autónomo); sus clases (de nivel regional, provincial o municipal, especializados o sectoriales, etc.); sus misiones, funciones, competencias, requisitos de elegibilidad, de durabilidad, incompatibilidades, etc.². Solamente habré de hacer referencia a

² Para estas cuestiones puede consultarse: SOTO KLOSS, Eduardo: "El Ombudsman Nórdico Sajón", R.A.D.A. Nº 1, julio 1971, pp. 37 y ss.; MAIORANO, Jorge L.: "El Ombudsman sueco", Rev. de Der. Público Nº 35-36, ene.-dic. 1984, pp. 115 y ss.; del mismo autor, "Alternativas para el establecimiento del ombudsman en América Latina", L.L. 1990-C-1015 y ss.; BARRA, Rodolfo C.: "Incorporación de la institución del defensor del pueblo en nuestro derecho público", L.L. 1983-C-843 y ss.; BADENI, Gregorio: "Presidencialismo, Parlamentarismo y la 'Ombudsmanía'", E.D. 108-984 y ss.; PADILLA, Miguel M.: "El 'ombudsman' y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas: dos instituciones diferentes", L.L. 1983-D-835 y ss.; del mismo autor, "El defensor del pueblo en las constituciones provinciales de la República Argentina", Bol. E.D. del 20/1/88, pp. 1 y 2; del mismo autor, "La Constitución y el 'ombudsman'", E.D. 109-967 y ss.; Informe Anual 1988-1989 de la Controladuría General Comunal de la Municipalidad de la Ciudad de Bs. As., pp. 7 y ss.; GOZANI, Osvaldo A.: "Técnicas y contenido del defensor del pueblo (Ombudsman)", L.L. 1988-E-851 y ss.; LUNA, Eduardo F.: "El defensor del pueblo", en "Derecho Público Provincial", i. III, AAVV, Mendoza, 1993, pp. 293 y ss.; JIMÉNEZ, Eduardo, y VICENTE, Daniel E.: "La creación del defensor del pueblo comunal en Mar del Plata", E.E. 146-908 y ss.

¹ Así lo sostiene el propio autor del proyecto en sus fundamentos.

estas cuestiones incidentalmente, en la medida en que sea necesario para poder abordar los temas concretos que hoy nos ocupan.

II. OPORTUNIDAD DE LA CREACION DE UNA DEFENSORIA DEL PUEBLO

Ha sido un prestigioso constitucionalista mendocino quien ha puesto en duda, recientemente, la conveniencia de seguir incorporando la figura del ombudsman al Derecho Público provincial e, incluso, de hacerlo al nacional³.

Las instituciones no pueden ser concebidos —ni suelen funcionar bien— sino dentro del contexto histórico que las explica y justifica. Sin embargo, la historia de esta magistratura especial de control es un caso paradigmático, donde se muestra que aquéllas pueden, en algunos casos, adaptarse a distintas circunstancias históricas, llegando a sobrevivir a las concretas exigencias que les dieron origen, en la medida que logren responder y servir a propósitos, incluso llegado el caso, bastantes diferentes de aquellos que justificaron su nacimiento. En efecto, sabido es que los antecedentes del ombudsman se remontan al año 1713, cuando en Suecia el rey Carlos XII —que había permanecido fuera del país durante doce

años, a raíz de la guerra que sostenía con Pedro I de Rusia— nombró un Procurador Supremo para asegurar la fidelidad de los servidores de la Corona. Luego, este funcionario pasó a llamarse Canciller de Justicia, hasta que en 1809 la nueva Constitución, nacida al amparo de la lucha entre el Parlamento y el Monarca, crea a su lado un representante del primero, encargado de velar por el cumplimiento de las leyes⁴.

Pero, tal como lo señalara Soto Kloss, “sólo después de la Segunda Guerra Mundial ha adquirido difusión amplia y un real interés en el Derecho Administrativo comparado esta institución nórdica...”, debido a la “...conciencia cada vez más acentuada en los hombres de nuestro tiempo de su propia dignidad como persona y del respeto debido a su propia individualidad...”, lo cual “...ha llevado en el campo del Derecho Público, y especialmente en cuanto concierne al Poder Administrador, a la creación de una serie de mecanismos jurídicos que permitiendo la consecución de una sociedad más igualitaria en oportunidades para todos sus miembros (el Welfare State), no signifique al mismo tiempo un avasallamiento de los derechos inherentes del hombre, en tanto ser racional y libre”⁵.

³ “Sin embargo, nos asaltan serias dudas pensando que la expansión que en el mundo ha tenido la figura del defensor del pueblo se debió, fundamentalmente, a consecuencia del cúmulo de actividades que ha venido cumpliendo el Estado benefactor y proteccionista, que ha dirigido la economía y la libertad de las personas. Hoy, agotado como modelo, comienza a desprenderse de muchas funciones dentro de un proceso de desregulación y privatizaciones, por lo que los focos de conflictos disminuyen —o disminuirán— en la misma medida en que se achique el Estado, de tal modo que las herramientas de control pensadas para esa realidad tenderán a desaparecer, cobrando real dimensión los resortes institucionales de control que ejercen los órganos legislativo y judicial.

“Por estas razones es que pensamos que, aquietadas las ansias reformistas que se extendieron a lo largo y ancho de nuestro país en estos últimos años y dieron doce nuevas constituciones provinciales, resulta prudente esperar que los tiempos nos marquen definitivamente la conveniencia o no de seguir incorporando el ombudsman al sistema constitucional provincial e, incluso, nacional” (LUNA, *op. cit.*, en nota 2, pp. 313 y 314).

⁴ Conf. MAIORANO, “El ombudsman sueco”, p. 117 y GOZAINI, “Técnica y contenido...”, p. 852, obras cit. en nota 2 (en adelante, nos referiremos a las obras citadas en dicha nota, a menos que indiquemos lo contrario).

⁵ *Op. cit.*, pp. 37 y 39. En el mismo sentido, afirma GOZAINI que “La difusión obtenida por este mecanismo de control se extendió de la península escandinava hacia Europa occidental. La Segunda Guerra Mundial había dejado tras de sí todo un continente en reconstrucción. La edificación debía construirse no sólo en bases materiales, sino también éticas y morales” (*op. cit.*, p. 855). MAIORANO sostiene que “La gran conquista de la Humanidad, después de la Segunda Guerra Mundial, se resume en la toma de conciencia de sus derechos fundamentales. La exigencia de que su dignidad no sea solamente proclamada en forma abstracta, sino reconocida eficazmente y garantizada por una serie de instrumentos idóneos, ha llevado a rodear ese tesoro inapreciable de las tablas de derechos con una innumerable comitiva de guardianes y vigilantes que impidan una flagrante y descarada violación de los mismos... Esta sublime misión de defender las libertades de los administrados frente a los atropellos estatales, es la que la mayoría de los regímenes políticos modernos han encomendado al ombudsman” (“Alternati-

Es cierto que, en los últimos veinte años, se ha producido una crisis profunda del Estado de bienestar, sobre todo en lo que se ha denominado el Estado productor y prestador de bienes y servicios. Pero ello, lejos de importar una vuelta al modelo manchesteriano de Estado abstencionista, potencia las funciones estatales de regulación —lo cual supone el control—, de modo de asegurar la prestación eficaz y eficiente, no únicamente de las actividades que seguirán siendo gestionadas por el sector público (piénsese, por ejemplo, en las clásicas funciones públicas), sino también de los servicios públicos y de las actividades privadas reglamentadas. En otros términos, la función de protección de los ciudadanos contra las omisiones, abusos, irregularidades, negligencias, etc., de las administraciones o, también, de los particulares que prestan por autorización o concesión estatal, dichas actividades estatales o fuertemente reguladas, pensamos, habrá de seguir siendo, aunque quizás con otras modalidades, de vital importancia y actualidad, tanto para el propio Estado como para los ciudadanos⁶.

vas para...”, *op. cit.*, pp. 1015 y 1016). Conf. BARRA, *op. cit.*, pp. 842 y ss.; LUNA: “El defensor...”, *op. cit.*, pp. 293 y ss.

⁶ Un excelente estudio de los cambios operados en el Estado, realizado por una administrativista, puede verse en ARIÑO, Gaspar: “Economía y Estado. El Estado productor: De las nacionalizaciones a las privatizaciones. El Estado regulador: Del monopolio a la competencia”, Bs. As., 1993. Este autor ha destacado la importancia de la regulación como medio de control de la actividad económica del Estado: “La reducción del papel del Estado productor y del Estado financiador ha de compensarse con un aumento, nuevo sentido y mayor eficacia de la función reguladora del Estado en la actividad económica... La tendencia a la provisión de servicios públicos en régimen de competencia... exige la regulación de los sectores privatizados, con objeto de asegurar la calidad del servicio, proteger al usuario y defender la competencia (siempre que esto sea posible). No irá mal recordar aquí, en medio de esta fiebre privatizadora que se extiende por todo el mundo, que la privatización no es tampoco una panacea —un monopolio privado puede ser tan ineficiente como un monopolio público— y que el grande garante de la eficiencia económica es la competencia, acompañada por la dosis adecuada de regulación” (*op. cit.*, pp. 54 y 55). Pues bien, la función de un defensor del pueblo podría ser muy interesante para canalizar y orientar las quejas y reclamos

Con esto no quiero decir que la cuestión de la oportunidad o conveniencia de la institucionalización del ombudsman, en nuestro Derecho Público provincial, deba, sin más, ser respondida afirmativamente. Comparto, en

de los usuarios de servicios públicos o actividades privadas reguladas hacia las autoridades administrativas de control, contribuyendo a que éstas presten la debida atención a los problemas concretos de los usuarios y cumpliendo un rol mediador y atemperador de los conflictos sociales, muchos de los cuales seguirán siendo de difícil y costosa atención y resolución por los medios parlamentarios, judiciales y administrativos tradicionales.

Ello estaría en la línea de los procesos de modernización que se han vivido en los países desarrollados, donde el servicio a, y la satisfacción de los ciudadanos —incluso llegándose a considerar como “clientes” de las organizaciones públicas— vuelve a ser la preocupación central de la administración. Sin duda, una idea que recuerda mucho el carácter servicial o ministerial del Estado, en una visión cristiana del mismo, que lo legitima por la consecución *hic et nunc* del bien común temporal (su causa final). Como explica Massini, “todas los demás principios políticos —ya lo dijimos— tienen su fundamento en la necesaria ordenación de la sociedad al bien común; si hacemos referencia a los principios que enumera Sánchez Agesta veremos que el principio de subsidiariedad y el de justicia social se refieren a la forma de participación de los ciudadanos en el bien común; el principio de la naturalidad del poder se funda en la necesidad de un órgano que se encargue específicamente de la gestión del bien común, y el principio del desenvolvimiento de la persona en la vida social no es sino una consideración del bien común, pero desde el punto de vista de sus beneficiarios” (MASSINI, Carlos I.: “Política-Derecho-Equidad. Una concepción realista de la política y del derecho”, Ed. Jur. de Chile, Santiago, 1980, pp. 19 y 20).

De las características y las causas de los procesos de modernización de los Estados europeos me he ocupado en un anterior trabajo compartido (LINARES, Martha y URRUTIGOITY, Javier: “Sobre la modernización administrativa”, trabajo presentado en el Segundo Curso de Postgrado sobre Administración Pública, Madrid, 1992-93).

Debemos señalar, en apoyo de la postura sostenida en el texto, que el Decreto del P.E.N. N° 1.786/93, de fecha 26/8, mediante el cual se instituyó el Defensor del Pueblo, en el orden federal, expresa al respecto en su ter-

este aspecto, la preocupación de Badeni⁷, quien advierte sobre la necesidad de realizar estudios serios para investigar, previamente y de acuerdo a los modernos requerimientos de las disciplinas científicas implicadas en la adopción de políticas públicas, la viabilidad política, administrativa, sociológica y jurídica de implantar la institución en trato en nuestro medio, y su adecuación a la idiosincrasia local.

Tal exigencia de rigurosidad y seriedad metodológica en la elaboración de proyectos legislativos y, en general, de todas las políticas públicas, debiera ser una preocupación constante de quienes tienen la responsabilidad de gobernar. Se hace necesario abandonar las improvisaciones que caracterizan nuestras iniciativas públicas. Hoy los cuerpos parlamentarios no pueden seguir funcionando con estilo y prácticas dieciochescas, como si todavía creyéramos que son la encarnación iluminada (cuasiomnisciente) de una voluntad general omnipotente y, consecuentemente, capaces de moldear la realidad social por la sola acción abstracta y general de leyes concebidas en los estrechos límites de un despacho y, en el mejor de los casos, analizadas y discutidas en comisiones y sesiones parlamentarias.

Es necesario, entonces, advertir que, hoy en día, las iniciativas públicas deben estar precedidas de los estudios multidisciplinarios que sean necesarios o convenientes para verificar su viabilidad política, jurídica, económica, sociológica, etc. Es esta una forma de evitar las fantasías políticas que, con toda razón, preocuparon a José Manuel Estrada.

III. ORGANIZACION DE LA DEFENSORIA

En cuanto a las características organizacionales de la defensoría, surge del proyecto

cer considerando: "...Que si bien es verdad que la declinación del anterior intervencionismo estatal trajo aparejada una disminución en la frecuencia de interferencias estatales en la vida diaria de las personas y de las entidades, no lo es menos que las mencionadas alteraciones en el ejercicio de cometidos estatales continúan generando situaciones de conflicto entre individuo y Estado en áreas donde de antaño eran desconocidos".

⁷ *Op. cit.*, pp. 985, 986, 990 y 991. Este autor hace suyas las palabras de José Manuel Estrada: "Las fantasías políticas son pecados que no purgan los teorizadores sino los pueblos".

(ver, entre otros, los artículos 1, 3, 6 y 14) que se adopta el sistema parlamentario⁸.

Sobre esta cuestión, las opiniones de los doctrinarios argentinos se encuentran divididas:

a) Hay quien prefiere su configuración en un organismo autónomo⁹, aunque advirtiendo que ello sólo puede ser hecho directamente por la Constitución y nunca por una ley¹⁰.

⁸ Tres son los sistemas que se conocen en el derecho comparado: a) *El ombudsman parlamentario*, que es un representante o delegado, aunque no sujeto a instrucciones en el ejercicio de sus funciones de control, del órgano deliberativo. Tal es el sistema escandinavo, aunque hoy se encuentra extendido en muchos otros países (v. gr., Suecia, 1809; Finlandia, 1919; Dinamarca, 1953; Noruega, 1962; Gran Bretaña y Guyana, 1967; Israel, 1971; Portugal, 1974; Australia y Liechtenstein, 1976; Austria, 1977; España, 1978, y Holanda, 1982. En nuestro Derecho Público local, por ejemplo, ha sido adoptado este sistema por las provincias de La Rioja, Salta, Córdoba y San Luis). b) *El ombudsman ejecutivo*, en la órbita de este poder, o con su intervención al momento de la designación, con menor independencia funcional, que es el sistema anglosajón (V. gr., Nueva Zelanda, 1962; Tanzania, 1966; Gran Bretaña, 1967; Francia y Filipinas, 1973; Papúa-Nueva Guinea, 1975). c) Por último, *el ombudsman autónomo*, es independiente de los tres poderes clásicos, y es el sistema seguido por algunas provincias como la de San Juan (Cfr.: LUNA, *op. cit.*, pp. 300, 301, 309 y 310; SOTO KLOSS, *op. cit.*, p. 41, nota 7; MAIORANO, *op. cit.*, "Alternativas...", p. 1019; GOZAINI, *op. cit.*, pp. 855 y ss.; BADENI, *op. cit.*, p. 986; "Informe Anual...", *op. cit.*, p. 9).

El Presidente de la Nación —por cierto que en el orden federal—, mediante el ya mentado Dec. 1.786/93, ha creado un defensor de tipo ejecutivo, que está dentro del ámbito de ese poder (art. 1º), que es quien lo designa, en acuerdo general de ministros (art. 4º).

⁹ LUNA, *op. cit.*, p. 301).

¹⁰ *Op. cit.*, p. 300. Creo que este criterio exige ser matizado. Si bien es cierto que únicamente la norma constitucional puede crear un organismo extrapoder, independiente frente a la tríada clásica, bien puede la ley, tal como señalaré luego, reglamentar las funciones de control que la Constitución haya atribuido a un organismo de tales características, para declarar que entra dentro de sus competencias razonablemente implícitas las de defensor del pueblo. Y tampoco veo inconveniente consti-

b) La mayoría, sin embargo, propicia el sistema parlamentario¹¹.

c) Por último, no falta quien haya criticado la propuesta de institucionalización por vía legislativa de un ombudsman parlamentario, entre otras razones, por considerarlo extraño a nuestro presidencialismo¹².

Sobre este particular, me he formado la siguiente opinión:

1. No se puede sostener que resulte inconstitucional la creación por ley de un defensor del pueblo de tipo parlamentario. Las objeciones de esta índole formuladas por Badeni, pienso, han sido rebatidas con solvencia por el profesor Padilla¹³.

En efecto, hay acuerdo entre los autores en que el Poder Legislativo tiene atribuidas facultades de control de la administración, tanto en forma expresa¹⁴ como implícita¹⁵.

tucional para que se delege o desconcentre, si se prefiere, en un órgano independiente creado por la Constitución, funciones administrativas de control que entran dentro de las competencias expresas o implícitas de los otros poderes. En este supuesto, si bien los arts. 14 a 16 de la Ley 3.909 darían pie a pensar que existiría jerarquía con relación a esas funciones administrativas delegadas o desconcentradas, pienso que cabe distinguir: existirá jerarquía administrativa del órgano titular de la competencia (por el juego de los arts. mentados); pero el deber de obediencia, por tratarse de función administrativa de control, se vería limitado en cuanto a estas atribuciones (art. 18. Cfr., MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Bs. As., 1977, T.I., N° 202, p. 599).

¹¹ BARRA, *op. cit.*, p. 845; GOZAINI, *op. cit.*, p. 861; MAIORANO: "Alternativas...", *op. cit.*, p. 1019; PADILLA: "La Constitución...", *op. cit.*, p. 969.

¹² BADENI, *op. cit.*, pp. 984 y ss.

¹³ "La Constitución...", *op. cit.*, Cfr.: LUNA, *op. cit.*, pp. 299 y 300; MAIORANO, "Alternativas...", pp. 1018 y 1019.

¹⁴ V. gr., mediante el juicio político (arts. 45 y 51 CN), la autorización de la declaración del estado de sitio en caso de ataque exterior (art. 53), la facultad de interpelación (art. 63), aprobar o desechar la cuenta de inversión (art. 67 inc. 7), admitir o desechar los motivos de dimisión del Presidente y Vicepresidente y hacer el escrutinio y rectificación de la nueva elección (art. 67 inc. 18), aprobación o no de tratados internacionales (art. 67 inc. 19), autorización al P.E. para declarar la guerra o hacer la paz (art. 67 inc. 21), autorizar la reunión de milicias provinciales (art. 67 inc. 24), permitir la entrada y salida de tropas (art. 67 inc. 25).

Partiendo, además, del concepto residual de función administrativa —esto es, toda actividad infraconstitucional que no es función legislativa ni judicial—, quedaría incluido en tal función el control que se encomienda al defensor del pueblo¹⁶. En consecuencia, es perfectamente constitucional su delegación —en el sentido administrativo del término—, desconcentración o descentralización¹⁷. Estos institu-

¹⁵ Ver art. 27 inc. 28 CN. Cfr., para el orden federal, PADILLA, "La Constitución...", *op. cit.*, p. 968; MAIORANO, "Alternativas..." *op. cit.*, pp. 1018 y 1019; BADENI, *op. cit.*, p. 989.

Las competencias *expresas* de control parlamentario en la C. Mza., por ejemplo, aparecen en: el art. 93, examen del estado del tesoro y pedidos de informe para el mejor desempeño de sus atribuciones a los jefes de la administración; art. 94, interpelación de ministros o pedidos de informes al P.E. o P.J.; art. 99 inc. 1, aprobación de tratados interprovinciales; art. 99 inc. 10, admisión de renuncias del gobernador y vice y declaración sobre los casos de inhabilidad física o moral en que pudieren incurrir; art. 99 inc. 11, dictado de leyes para hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios; art. 99 inc. 14, autorización para la movilización de milicias provinciales; art. 99 inc. 19, autorizar el establecimiento de bancos de conformidad a la legislación nacional; y art. 99 inc. 20, facultar al P.E. para que contraiga empréstitos o emita fondos públicos.

La cláusula que da sustento a las facultades de control *implícitas* es el art. 99 inc. 22: "Dictar todas las leyes y reglamentos necesarios para poner en ejercicio los poderes y autoridades que establece esta Constitución, así como las conducentes al mejor desempeño de las anteriores atribuciones y para todo asunto de interés público y general de la Provincia que por su naturaleza y objeto, no corresponda privativamente a los otros poderes provinciales o a los nacionales".

¹⁶ En el Derecho argentino las funciones de control no son catalogadas como una cuarta categoría paralela a las legislativas, judiciales y administrativas, tal como ocurre, v.gr., en el Derecho chileno.

¹⁷ No puedo, ahora, detenerme en estas nociones básicas, pero aclaro que la significación que doy a estos términos ha quedado precisada en SARMIENTO GARCÍA, Jorge, y URRUTIGOITY, Javier: "La competencia administrativa de los órganos judiciales", J.A. 1992-III-924, no siendo sino la que surge de la bibliografía y legislación —provincial— que allí se cita.

tos nada tienen que ver con la delegación que la Constitución veda¹⁸.

2. Pero pienso que son atendibles algunas de las razones que el Dr. Badeni opone a esa solución. En particular, su adaptabilidad a nuestra idiosincrasia, a nuestras instituciones históricas (piénsese en la superposición con magistraturas de tan profundo arraigo como lo es Fiscalía de Estado) y al fuerte sistema presidencialista que adoptan nuestras constituciones nacional y provinciales¹⁹. Otro tanto cabe decir en relación a la superposición de estructuras burocráticas con funciones de control cuyas diferencias son perceptibles sólo para los especialistas²⁰. Para la Provincia de

Mendoza —y dejando de lado la discusión suscitada en el orden federal—, estimo que se debería analizar la conveniencia política y administrativa, así como la posibilidad constitucional de atribuir las funciones de ombudsman a Fiscalía de Estado. De la segunda cuestión —la viabilidad constitucional— me ocuparé más adelante. En el apartado que sigue voy a analizar una serie de aspectos puntuales del proyecto, tal como ha sido concebido (es decir, con un defensor de tipo parlamentario). Obvio resulta que, de optarse por la alternativa de atribuir las funciones de ombudsman al fiscal de Estado, todo el proyecto, y no sólo estos aspectos, deberían ser reconsiderados.

IV. OTROS ASPECTOS OBSERVABLES DEL PROYECTO

Para empezar, debo señalar que resulta de muy dudosa constitucionalidad el Art. 8, última parte, en cuanto expresa:

“...Gozará de inmunidad. No podrá ser detenido, procesado, sumariado, perseguido o juzgado en razón de las opiniones que formule o de los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo”.

Es que el legislador no puede crear, ni extender a otros órganos que los constitucionalmente previstos, las inmunidades o privilegios de que éstos gozan²¹.

¹⁸ Esto es, aquella otra “delegación” que refieren algunas normas constitucionales (v. gr., art. 29 CN y art. 12 C. Mza.), y que la Corte nacional ha precisado que se da cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona *descargándolo sobre ella* (Cfr., Fallos 148-434, causa “Delfino” y muchos otros).

Nuestra Constitución local no prescribe normas que rijan la delegación, tal como las que Bianchi comenta, de las Constituciones de Santiago del Estero y San Juan, en su trabajo “La delegación de funciones legislativas en el derecho constitucional de las provincias”, E.D. 130-830 y ss. Sin embargo, bueno es recordar que este autor ha dicho: “Quiere ello decir que el panorama de la delegación en el derecho constitucional de las provincias no es demasiado diferente del que presenta el derecho federal, ya que si bien existe aparentemente una prohibición muy precisa en algunas constituciones, en definitiva se trata de la misma prohibición que la Corte Suprema desde ‘Delfino’ ha establecido por vía jurisprudencial...” (p. 835).

En cambio, la delegación administrativa sí ha sido reglamentada por vía legislativa, v. gr., en la Ley 3.909 de procedimiento administrativo de la Provincia de Mendoza, arts. 7 a 13. Otro tanto cabe decir en relación a la desconcentración y la descentralización, institutos que, tal como surge del trabajo citado en nota 17, no resultan únicamente aplicables a la función administrativa del P.J.

¹⁹ PÉREZ GULHOU, Dardo: “El Ejecutivo en las constituciones provinciales”, AAVV, “Derecho Público Provincial”, t. II, Mendoza, 1991, pp. 213 y ss.

²⁰ Padilla ha puesto de relieve las diferencias de naturaleza, fines y estructura entre la Fiscalía Nacional de Investigaciones Adminis-

trativa, en el orden federal, y el Defensor del Pueblo (“El ‘ombudsman’...”, *op. cit.*).

²¹ Cfr., BIDART CAMPOS, Germán J.: “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Bs. As., 1988, t. II, N° 44, p. 103; SAGÜES, Néstor P.: “Elementos de derecho constitucional”, Bs. As., 1993, t. I, N° 473, p. 383.

Nuestra Corte ha tenido oportunidad de resolver un caso donde se discutía la constitucionalidad del art. 96 de la L. 1.079 —orgánica de municipalidades—. Si bien el voto mayoritario no abordó expresamente el punto, consideró que no se trataba de una verdadera extensión legislativa de inmunidades, sino de un obstáculo de procedibilidad que encontraba fundamento constitucional en el art. 203 inc. 3° y último párrafo. El voto ampliatorio de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, que aludió a la cuestión, consideró que la misma era ajena a nuestro Derecho Público provincial, en la medida que existía norma expresa de ese rango que daba fundamento al privilegio. En cam-

En otro orden de ideas, cabe señalar que el proyecto se ocupa, en su capítulo III, art. 9, de las incompatibilidades. Allí se menciona como única excepción, a la de ejercer cualquier actividad pública o privada y/o profesional, la actividad docente. Comparto la opinión de Jiménez y Vicente en el sentido de que únicamente habría que exceptuar la docencia universitaria²².

También en relación a este capítulo, dado que el control que se encomienda al Defensor del Pueblo es, como he dicho, función de índole administrativa (no judicial ni legislativa), bien podría suprimirse la remisión al Código Procesal en lo Civil —o, si se insistiera en la posibilidad de recusar con expresión de causa, limitar el artículo a consagrar dicha facultad), con lo cual la materia de la excusación y recusación quedaría regida por el art. 116 de la Ley 3.909 de procedimiento administrativo.

No debe olvidarse, en este tema, que las funciones del ombudsman no son nunca la de resolver litigios, sino que actúa como moderador, mediador o arbitrador, su rol es docente y convincente más que represivo, carece de "potestas", no puede revocar, modificar, enmendar o anular los actos de la administración. Su eficacia se apoya en la "autoritas", que emana de la fuerza moral de su persona y el cargo que ocupa; así como de la presión que sus informes ejerzan sobre los funcionarios, a raíz del prestigio que su autor tenga ante la opinión pública, la Legislatura o el mismo Poder Ejecutivo²³.

bio, el voto disidente del Dr. Sarmiento García, que consideró que sí existía una verdadera extensión al intendente de las inmunidades que el art. 120 de la Constitución concede a los concejales, señaló su inconstitucionalidad, por tratarse de privilegios por sobre el común de los habitantes que deben ser otorgados por el Constituyente y no por el Legislador (Expte. N° 46.959, "G.H. c/S.J.R. p/Injurias s/Inconst.", 2/3/90, Jur. de Mza., segunda serie, N° 39, pp. 79 y ss.).

²² *Op. cit.*, p. 910. Así lo hace el art. 8° del Dec. 1.786/93, cuando expresa: "Incompatibilidades. El desempeño de la función de Defensor del Pueblo será incompatible con cualquier otra actuación pública o actividad privada rentada o no, excepto la docencia universitaria. En particular, deberá llevar a cabo sus funciones con total prescindencia de militancias o adhesiones políticas".

²³ Sobre esto, la opinión de los estudiosos de la institución en trato es uniforme (Cfr., los trabajos citados en nota 2).

En cuanto al art. 18, estimo que no resulta justificada la prohibición de la actividad de gestores e intermediarios. Bastaría con que la norma dijera, como lo hace, por ejemplo, el art. 16 del Dec. 1.786/93, que todas las actuaciones ante el defensor del pueblo serán gratuitas y no resultará necesario el patrocinio letrado²⁴.

En relación al art. 24, creo que el mismo podría ser suprimido, dejando librado al juego de los principios y normas que rigen la responsabilidad del Estado por actividad administrativa lícita los presupuestos, requisitos y extensión de las indemnizaciones a que pudiere dar lugar la actuación del defensor del pueblo.

El art. 34, en su última parte, expresa que, para cubrir los cargos de funcionarios y empleados de la defensoría, deberá proponerse "...personal que necesariamente deberá revisitar con anterioridad en la Planta permanente o temporaria de cualquiera de las Cámaras de la Legislatura". No alcanzo a descubrir cuál pueda ser la razón que justifique (es decir, que la haga razonable, en los términos del art. 28 de la C.N.) esta restricción del principio de idoneidad e igualdad de acceso a los cargos públicos (art. 30 C. Mza.).

V. ATRIBUCION DE LAS FUNCIONES DE OMBUDSMAN AL FISCAL DE ESTADO

No podemos en esta oportunidad entrar en el tema de la conveniencia política y administrativa de residenciar las funciones que el proyecto quiere encomendar a la Defensoría del Pueblo en la Fiscalía de Estado. Ello es una cuestión de política legislativa y, en forma auxiliar, para iluminar, mas no para sustituir ese juicio último prudencial, del dominio de otras especialidades dentro de la ciencia de la administración. Bástenos, en esta consideración jurídica del tema, con llamar la atención sobre la siguiente cuestión: la objeción consis-

²⁴ Rige en esta materia, como en todo procedimiento administrativo, el principio de gratuidad, una de cuyas consecuencias es la ausencia de costas (Cfr., DROMI, José R.: "El procedimiento administrativo", Madrid, 1986, pp. 76 y 123 y ss.). La posibilidad de hacerse representar por mandatarios, o de actuar con patrocinio letrado, son derechos subjetivos del administrado que la ley no debiera coartar, aunque los mismos pudieran importar gastos de honorarios para quien solicita esos servicios.

rente en el trasplante acrítico de una institución extraña a nuestras tradiciones e instituciones quedaría relativizada si se decidiera encomendar esas funciones de control a una oficina o departamento especializado dentro de Fiscalía de Estado.

Por cierto que ello exigiría que se dote a este órgano constitucional extrapoderes de los medios normativos, materiales, técnicos y humanos necesarios para que pueda cumplir su misión con autonomía e independencia frente a los demás poderes del Estado²⁵.

Sea que se considere que la ley no hace más que reglamentar competencias que, conforme a una interpretación constitucional dinámica, encuentran cobertura en el art. 177 de la Carta Magna; sea que se trate de delegar o desconcentrar funciones implícitas en el art. 99 inc. 22, no vemos inconvenientes para que aquélla pueda operar esa atribución o reglamentación de competencias en cabeza del Fiscal de Estado.

Por lo pronto, tenemos que destacar que algunas de las funciones que el proyecto encomienda al futuro defensor del pueblo ya han sido atribuidas al Fiscal de Estado. En efecto, la Ley 5.961 de Defensa del Medio Ambiente, en su art. 20, expresa:

"Las autoridades provinciales o municipales, en especial el fiscal de Estado, y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos, con una antigüedad no menor de un (1) año y adecuadamente representativas del grupo o categoría de interesados, están legitimados indistinta y conjuntamente para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley".

²⁵ Esos medios, de todas formas, habría que concederlos al defensor y sus dos adjuntos proyectados. La ventaja que esta alternativa presenta es que, por fin, se podría subsanar las acostumbradas postergaciones presupuestarias a que se ha visto condenada Fiscalía de Estado. Bueno es recordar, llegados a este punto, que la carencia de los recursos adecuados para que pueda cumplir con las funciones de contralor de legalidad (Ministerio Público), de defensa del interés fiscal (Ministerio Fiscal), y de investigación administrativa de la conducta de los agentes estatales, que la Constitución y las leyes le atribuyen, ha sido, con razón, criticada entre nosotros (Cfr., RAUEK DE YANZÓN, Inés B.: "La fiscalía de Estado en las constituciones provinciales argentinas", en AAVV, "Derecho Público Provincial", t. III, *op. cit.*, pp. 277 y 278).

El art. 23 complementa la anterior atribución sosteniendo:

"Las personas físicas podrán denunciar los hechos, actos u omisiones que lesionen su derecho a la preservación del ambiente por ante Fiscalía de Estado, la cual solicitará al Ministerio de Medio Ambiente, Urbanismo y Vivienda que, en el plazo de tres (3) días, produzca un informe circunstanciado de las actividades denunciadas y la evaluación del impacto ambiental que pueda producir".

Por último, dice el art. 24:

"La Fiscalía de Estado interpondrá las acciones pertinentes, si correspondieren, dentro de los diez (10) días de realizada la denuncia"²⁶.

Esta cuestión de si Fiscalía de Estado podía ser considerada como un verdadero ombudsman ambiental había sido debatida por cierta doctrina, siendo mayoritaria la opinión de quienes le reconocían tal competencia²⁷.

²⁶ El propio fiscal de Estado, en la Resolución N° 1/91, había considerado que la protección de los intereses colectivos o difusos estaba comprendida en las atribuciones de Ministerio Público que la Constitución (art. 177) y las leyes 728 y 4.418 le atribuyen.

²⁷ Sobre la institución y las funciones de fiscalía ver RAUEK DE YANZÓN, *op. cit.*, pp. 276 y 277; KRAUSE, Bernardo R.: "El fiscal de Estado y el patrimonio ambiental", J.A. 1988-I-786 y ss.; MARAFUSCHI, Miguel A.: "Competencia del fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires", L.L. 1989-E-509; VALLEPIN, Carlos: "La legitimación procesal y las situaciones jurídicas subjetivas. Un perfil olvidado, el Estado como demandante", J.A. 1987-III-641; ACCIARI, Hugo A.: "Acercas del tratamiento jurídico de los daños al medio ambiente", L.L. 1987-E-1105; TRIBIÑO, Carlos R.: "El fiscal de Estado (antecedentes de la institución y su régimen jurídico en la provincia de Buenos Aires)", E.D. 110-871; QUEVEDO MENDOZA, Efraín: "Tutela fiscal del ambiente en América Latina", trabajo presentado en las II Jornadas Internacionales Multidisciplinarias sobre Medio Ambiente, Mendoza, 1991, v. 2, pp. 255 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge y URRUTIGOTY, Javier: "Litisconsorcio e intervención adhesiva en el proceso administrativo", Rev. del Foro de Cuyo, N° 6, 1992, pp. 497 y ss., punto IV.

VI. AMBITO DEL CONTROL

El proyecto limita el ámbito de control del ombudsman a la administración centralizada y descentralizada, entes desconcentrados, entidades autárquicas, empresas y sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas, corporaciones, cooperativas y consorcios públicos con participación estatal, personas públicas no estatales, personas jurídicas privadas que ejercen función administrativa por autorización, concesión o delegación estatal y todo otro ente del Estado Provincial y de las Municipalidades, cualquiera fuese su naturaleza jurídica, denominación o ley especial que pudiere regirlo (art. 11).

Dos son las cuestiones que puedo observar en este punto:

1. Se excluye la función judicial del Estado, con lo cual nos apartamos del modelo escandinavo original. Pienso que la exclusión es acertada, a fin de no hacer peligrar la integridad e independencia de la actividad judicial²⁸. También queda excluida la función legislativa. En relación a esto, compartimos el criterio de Maiorano, en el sentido que ello se encuentra justificado por la especificidad de dicha función, que hace que no entre en conflicto directo con los particulares²⁹.

2. No se justifica, en cambio, la exclusión de las funciones administrativas de los Poderes Legislativos y Judicial. Su régimen jurídico es el mismo que el de la función administrativa a cargo del P.E. No vislumbro, en consecuencia, los motivos por los cuales se quiera crear bolsones de esa función exentos del control del ombudsman.

VII. CONCLUSION

En resumen, entiendo que se trata de una iniciativa loable, en cuanto está en la línea de establecer un mecanismo de control de la actividad administrativa, en beneficio común del Estado y de los derechos y garantías individuales y colectivos.

Sin embargo, como en todas las iniciativas públicas, la decisión prudencial definitiva sobre la conveniencia de su implementación y sus modalidades organizativas debiera estar precedida de los pertinentes estudios económicos, administrativos, sociológicos y jurídicos.

No encontramos obstáculos constitucionales a la instauración por vía legal de un ombudsman parlamentario; pero, salvo que los estudios antes mencionados señalaran su inconveniencia, preferiríamos que tales funciones de control administrativo fueran confiadas a un organismo especial dentro de Fiscalía de Estado. Para ello sería necesario conferirle los medios procedimentales, económicos, técnicos, humanos y materiales acordes con las características de las funciones y los cometidos a su cargo.

De esta forma se aprovecharía una institución con profundo arraigo en el Derecho Público provincial.

Aparte de ello, el proyecto es observable en otras de sus previsiones particulares, tales como incompatibilidad, inmunidades, actuación de gestores o mandatarios e igualdad de acceso a los cargos públicos.

En cuanto al ámbito de control, debiera incluirse toda la función administrativa del Estado, sin que se dejen bolsones de función administrativa exentos de la fiscalización que el proyecto crea.

²⁸ SOTO KLOSS, *op. cit.*, p. 42; MAIORANO: "Alternativas...", *op. cit.*, p. 1022. En un trabajo anteriormente citado, al analizar las potestades disciplinarias sobre los órganos judiciales, se recordó algo que resulta igualmente aplicable a cualquier tipo de control extraprocésal de la actividad judicial: el peligro de interferencia en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales, en la independencia de los tribunales. Debe evitarse cualquier injerencia en la justicia o injusticia, adecuación o inadecuación de las resoluciones judiciales. Debe evitarse que el control de la función judicial, mediante los recursos procesales predispuestos, sea reemplazada por otros tipos de mecanismos de control (Cfr., autor citado en SARMIENTO GARCÍA y otros: "La competencia administrativa de...", *op. cit.*, en nota 17, p. 938, nota 48).

²⁹ SOTO KLOSS y MAIORANO: Obras y lugares citados en nota anterior.