



**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera de Abogacía**

**“La Función del Defensor del Pueblo en la Defensa de los  
Derechos de Tercera Generación”**

**Tutor:** Dr. Osvaldo Facciano

**Alumno:** Julieta Dellepiane

**Título al que aspira:** Abogado

**Fecha de presentación:** Mayo, 2011.



## **Resumen**

El tema planteado “La función del Defensor del Pueblo en la Defensa de los derechos de Tercera Generación”, está enmarcado dentro del Derecho Constitucional. Se considera de relevancia el tema a desarrollar considerando que la figura del Defensor del Pueblo es una institución extraña a nuestro derecho, fue tomada del derecho anglosajón donde existe una fuerte presencia del parlamento, tratando de frenar los excesos del poder ejecutivo.

Para justificar la relevancia del tema podemos decir que la reforma de la Carta Magna ubicó sobre la escena institucional a una nueva autoridad de la Nación (título primero, “Gobierno Federal”, sección primera, “Del Poder Legislativo”, art. 86 y concs. CN. que denominó “defensor del pueblo”.

Al plantear el tema de investigación, posteriormente fue necesario el planteo de un problema de investigación que surgió del análisis de diferentes cuestiones generadoras sobre el tema planteado.

A partir de este problema de investigación se determinaron los objetivos de logro, tanto el objetivo general como los específicos, como así también se dejó claro la importancia temática, la cual radica en abordar asuntos de creciente interés en la situación coyuntural del país; considerando que el tema planteado va a generar nuevos conocimientos relativos a la realidad que se pretende investigar, teniendo en cuenta que

el mismo va a permitir una nueva interpretación de la realidad circunscripta al tema seleccionado, dando paso para continuas investigaciones sobre el tema, que beneficien a nuestra sociedad.

Así también fue imprescindible describir los puntos de tesis a demostrar y defender, los cuáles quedaron plasmados en el desarrollo de este trabajo.

Para realizar la estructura y redacción de los capítulos se recurrió al análisis de fuentes bibliográficas y jurisprudenciales referentes al tema.

La metodología utilizada es de tipo cualitativa e incluye el relevamiento, análisis e interpretación de bibliografía específica como así también jurisprudencia referida al tema.

## **2. Introducción.**

Dentro de las ramas del Derecho nos encontramos con el Derecho Constitucional, área a la que pertenece el trabajo que se desarrolla en la presente Tesis Final.

El tema planteado “La función del Defensor del Pueblo en la Defensa de los derechos de Tercera Generación”, está enmarcado dentro del Derecho Constitucional. Se considera de relevancia el tema a desarrollar considerando que la figura del Defensor del Pueblo es una institución extraña a nuestro derecho, fue tomada del derecho anglosajón donde existe una fuerte presencia del parlamento, tratando de frenar los excesos del poder ejecutivo.

El sistema constitucional de nuestro país quizás torne incompatible la función específica asignada al defensor del pueblo en el derecho comparado, de donde es originario.

Para justificar la relevancia del tema podemos decir que la reforma de la Carta Magna ubicó sobre la escena institucional a una nueva autoridad de la Nación (título primero, “Gobierno Federal”, sección primera, “Del Poder Legislativo”, art. 86 y cons. CN. que denominó “defensor del pueblo”.

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”

La institución del ombudsman (tal el nombre que prevalece con preferencia en los países que la han adoptado), o “defensor del pueblo”, como lo denomina la Constitución Nacional, refleja a una institución “exótica” proveniente del derecho de los países escandinavos.

Su perfil se respalda en el reconocimiento que el derecho comparado ha hecho de su valía como una técnica eficaz para limitar y controlar la “arbitrariedad de la actividad administrativa” o, simplemente, de “la mala administración”, sin importar que ella se refiera a la denominada “Administración”, en sentido amplio o restringido.

Su trascendencia y eficacia, radica en vigilar que no se altere el difícil equilibrio entre autoridad y libertad. Como inmediata repercusión de ello, aumentará la esfera de protección y tutela jurídica de los administrados, propendiendo así a una más integral defensa de las libertades y derechos fundamentales, no sólo los de carácter cívico sino también los de índole económica, social y cultural, así como los pertenecientes a la tercera generación de derechos, es decir, los de solidaridad social; los derechos del consumidor, protección del medio ambiente etc.

Cabe plantearse si nuestro sistema constitucional, le ha dado armas suficientes para cumplir con su cometido, o si por el contrario, sería útil dotarlo de más potestades

Nuestro país se caracteriza por el uso abusivo del poder, y la burocracia de los sistemas de control coadyuvan a que tal abuso se perpetúe en el tiempo sin una respuesta favorable para quienes son damnificados. Entonces es hora de plantearnos instituciones más ágiles, que permitan saltar toda esta burocracia cuando sea necesario y en honor de una más eficiente “tutela”.

Hoy el derecho procesal ha dejado aquella postura rígida, en la cual la trilogía (Juez y partes interesadas), debía ser perfecta. Las partes hoy se han liberado en cierta forma de ciertas estructuras en función de la celeridad y de la buena administración de justicia. Los nuevos reconocimientos de derechos y garantías han abierto estas puertas. Como podría sino accionarse para defender por ejemplo el medio ambiente, los intereses difusos o plantear amparos para que no se produzcan situaciones irreversibles que las otras vías tornarían inidóneas? Este relajamiento ha logrado entre otras cosas construir una figura como “el defensor del pueblo”, que no podría poseer nunca legitimidad procesal en las teorías clásicas, pero que pueden ser de gran valor hoy si trabaja con la eficiencia que se requiere.

Sintetizando, la importancia temática de la investigación radica en abordar asuntos de creciente interés en la situación coyuntural del país; considerando que el tema planteado va a generar nuevos conocimientos relativos a la realidad que se pretende investigar, teniendo en cuenta que el tema va a permitir una nueva interpretación de la realidad circunscripta al tema seleccionado, dando paso para continuas investigaciones sobre el tema, que beneficien a nuestra sociedad.

Es necesario recordar que entre las misiones que le ha otorgado la Constitución Nacional esta la defensa de los preceptos y garantías que en ella se enuncian. Que significa esta afirmación? ¿Como debe ejercer tal función? ¿Tiene las potestades suficientes para ejercer tal control? ¿Puede en aras de ese poder, plantear la inconstitucionalidad de una norma?, ¿Sería mejor efectivizar su labor o se descompensaría el delicado equilibrio de poder que debe existir en una verdadera forma republicana de gobierno?

Todos estos interrogantes fueron generadores del problema central de investigación, dónde se pretende indagar acerca de:

**¿Cuál es la función del Defensor del Pueblo en la Defensa de los derechos de Tercera Generación? ¿Nuestro sistema constitucional, le ha dado armas suficientes y su facultad es exclusiva, para cumplir con su cometido? ¿Ante un eventual conflicto de intereses en la defensa de intereses difusos quien prevalece?**

Frente a este problema de investigación propongo la siguiente hipótesis, que será aprobada o refutada al finalizar el trabajo:

**La función que la Constitución Nacional le atribuye al Defensor del Pueblo en la defensa de los intereses difusos a pesar de ser amplia y trascendente no resulta exclusiva.**



Atendiendo a lo anteriormente mencionado es necesario valorar distintos puntos de tesis que se demostrarán y defenderán tales como: Los derechos de Tercera Generación incorporados en la Constitución Nacional en 1994. La figura del defensor del pueblo es una institución como lo denomina la Constitución Nacional. 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

**Frente a la redacción del Problema a investigar** se considera necesario plantear **objetivos de logro**, es así como se determina como **Objetivo General: Conocer la función del Defensor del Pueblo en la Defensa de los derechos de Tercera Generación. Y como Objetivos específicos** se considera necesario: Indagar que son y como ingresan en nuestro derecho constitucional los derechos de tercera generación. Analizar la figura del Defensor del Pueblo, teniendo en cuenta su capacidad, funciones y su legitimación procesal. Definir si tiene la legitimación activa exclusiva, ante un eventual conflicto de intereses, para defender los intereses difusos.

Dentro de la Metodología que se utilizará en este trabajo se mencionan: El Análisis de textos legales doctrinarios y jurisprudenciales, la confección de fichas de contenido y bibliográficas y la interpretación de normativas municipales y provinciales.

Para esto se utilizará como Medios y recursos: Bibliografía especializada, acerca del tema. Bibliografía y Jurisprudencia extranjera. Artículos periodísticos y Páginas Web de organismos públicos y privados.

## **2.1. Estado del Arte.**

La reforma de la Carta Magna ubicó sobre la escena institucional a una nueva autoridad de la Nación (título primero, “Gobierno Federal”, sección primera, “Del Poder Legislativo”, art. 86 y concs. CN.), que denominó “defensor del pueblo”.(1)

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”. La institución del Ombudsman (tal el nombre que prevalece con preferencia en los países que la han adoptado), o “defensor del pueblo”, como lo denomina la Constitución Nacional, refleja a una institución “exótica” proveniente del derecho de los países escandinavos.(2) Su perfil se respalda en el reconocimiento que el derecho comparado ha hecho de su valía como una técnica eficaz para limitar y controlar la “arbitrariedad de la actividad administrativa” o, simplemente, de “la mala administración”, sin importar que ella se refiera a la denominada “Administración”, en sentido amplio o restringido. Su trascendencia y eficacia, radica en vigilar que no se altere el difícil equilibrio entre autoridad y libertad. Como inmediata repercusión de ello, aumentará la esfera de protección y tutela jurídica de los administrados, propendiendo así a una más integral defensa de las libertades y derechos fundamentales, no sólo los de carácter cívico sino también los de índole económica, social y cultural, así como los pertenecientes a la tercera generación de derechos, es decir, los de solidaridad social; los derechos del consumidor, protección del medio ambiente etc. Los caminos para efectuar tal fin son, recomendaciones, reproches, recordatorios, advertencias,

propuestas y, en algunos casos, legitimación procesal para acudir al Poder Judicial en el planteo de ciertas cuestiones.

## **2.2. Marco Teórico.**

Los derechos de los consumidores y usuarios forman parte de los derechos denominados “de tercera generación”.(3) Vienen a integrarse con los derechos humanos, individuales, que surgen con el constitucionalismo liberal clásico de fines del siglo XVIII y principios del XIX, básicamente políticos: igualdad y libertad, con los derechos sociales y económicos que afloran en el constitucionalismo de entreguerras, que encuentra en las Constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919 sus manifestaciones culminantes: derecho a un salario digno, a una vivienda, a sindicalizarse.

Entre sus características sobresalientes anotamos: a) No son, básicamente, derechos declarados “frente al Estado”, como conquistas logradas frente al Poder; b) son derechos que aparecen en las relaciones entre particulares, de particular a particular; en el caso que nos ocupa entre los personajes concurrentes al mercado, a los fines de la satisfacción de las necesidades de bienes y servicios; c) los valores que ponen de resalto no son ya la justicia, conmutativa o distributiva, sino otros, como la solidaridad y la cooperación; d) el interés jurídicamente protegido se relaciona con necesidades comunes a conjuntos indeterminados de individuos que sólo pueden ser satisfechas desde una óptica comunitaria; e) se trata, entonces, de “intereses difusos”, que reposan en circunstancias puramente fácticas, frecuentemente genéricas, contingentes y mutables; f) tienen que ver con la irrupción impactante en nuestro mundo, en buena medida como consecuencia paradójica de los últimos avances tecnológicos,

de graves amenazas dirigidas contra la existencia del ser humano, o bien contra la calidad de su vida; g) la preocupación por su defensa es compartida por los Derechos Público y Privado, lo cual da pie para hablar de una “publicización” del Derecho Privado o de una “privatización” del Derecho Público; h) estos derechos de la tercera generación no se satisfacen con declaraciones retóricas o meramente formales; han caído en la cuenta de que son “derechos” y de ahí que exijan un cauce de tutela que los proteja frente a cualquier violación, o aun amenaza de violación; i) finalmente, sus “enemigos” son, en muchas ocasiones, titulares de poderes aún más fuertes que los del mismo Estado; personas físicas o jurídicas que se encuentran en situación “de dominación” y de allí que se hable, con insistencia, “del peligro de desintegración radiactiva de los derechos fundamentales”.

## **Capítulo I**

### **La reforma Constitucional producida en Argentina en el año 1994**

**Sumario: 1.- Introducción.2- Los derechos de Primera Generación.3- Los derechos de Segunda Generación. 4- Los derechos de Tercera Generación.5- Los derechos de los usuarios y consumidores en la Constitución Nacional. 6- Distintos sistemas de control de constitucionalidad. 7- Control Difuso o Concentrado. 8 Control Preventivo, Reparador o Mixto.9- Control Abstracto o Concreto.10- Control Amplio o Restringido.11- Efecto Erga Omnes o con relación al Caso Concreto. 12- Efectos Retroactivos y Prospectivos.13- Comienza el Cambio. 14- La Causa Mill de Pereyra. 15 Consideraciones Finales.**

## **1- Introducción.**

La reforma constitucional producida en Argentina en el año 1994 fue vasta y profunda, y trajo grandes cambios en la concepción de la totalidad del ordenamiento jurídico hasta entonces vigente.

Dotada de un significativo consenso dentro de las fuerzas operantes en el arco político argentino de entonces, la revisión operada hace más de quince años implicó ni más ni menos que un replanteo de muchas cuestiones que, aunque con incipientes desarrollos en la legislación, la jurisprudencia o la doctrina, no llegaban aún a adquirir la centralidad en el discurso constitucional que adquirieron con posterioridad al acto reformista.

Una de las áreas que registró mayor movimiento en todos estos años ha sido la concerniente a los derechos y libertades fundamentales.

Este dato no deja de entrañar en sí mismo una paradoja. La ley 24.309 que activó el mecanismo de reforma constitucional preveía una suerte de “petrificación parcial” del texto de la Ley Fundamental destinada a los derechos, es decir los primeros treinta y cinco del articulado constitucional.

El constituyente revisor entendió que no podía introducir variaciones en ese campo. Empero agregó de todas maneras un capítulo adicional con el objeto de incentivar la participación ciudadana, de incorporar los apodados “derechos humanos de tercera generación” (protección del ambiente, del usuario y del consumidor) y de mejorar el marco garantístico debido (amparo colectivo y hábeas data).

Sin embargo no fue sólo con este incremento que cambió el horizonte constitucional argentino. No fue tampoco ni siquiera con más o nuevas sugerentes lecturas que pudieran efectuarse de las tradicionales libertades públicas, los llamados “derechos viejos con nuevos contenidos. (4)

La verdadera revolución de los derechos fue consumada por medio del famoso artículo 75, inc. 22 de la norma base.

Para realizar la estructura y redacción de este capítulo se recurrió al análisis de una amplia bibliografía sobre el tema. También se tuvo en cuenta al tema en el Derecho Comparado.

Los puntos de tesis que se demostrarán y defenderán tienen que ver con: Los derechos de Tercera Generación incorporados en la Constitución Nacional en 1994.

## **2. Los derechos de Primera Generación.**

Los derechos de primera generación son los que surgen con las declaraciones propias del constitucionalismo clásico –o liberal- hacia fines del siglo VXIII. (5)

Involucran lo que temáticamente se llamarían “derechos civiles y políticos”. Comprenden los derechos más eminentes de la persona: la vida, la libertad, la igualdad, la libertad de prensa, la libertad de cultos, la de reunión y asociación, la petición ante las autoridades, la propiedad privada, la libertad física o de locomoción, la irretroactividad penal, la no autoincriminación, el debido proceso, el comercio, la navegación.

Esta categoría de derechos se caracteriza en general por irrogar al estado obligaciones constitucionales de *no hacer*. El poder estatal en la concepción liberal a ultranza entonces imperante, debía primordialmente no turbar o alterar el goce o disfrute de los mismos, antes que realizar actividad positiva en orden a su concreción y promoción.

Cabe destacar que las añejas declaraciones de derechos del siglo XVIII difundieron y popularizaron estos derechos, a punto tal que casi no hay constitución que hoy en día –con muy diverso grado de vigencia sociológica- no los incluya.

Un caso muy interesante ocurrió en Francia con la famosa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano tantas veces referida.

Cuando en 1958 se dicta la constitución gaullista que fundó la V República, se incorporó un primer párrafo al preámbulo que reza: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946.



Es decir, un texto constitucional que en su articulado preceptivo no contenía una parte dogmática, reenviaba en su pósito a la histórica declaración y al preámbulo de la constitución que venía a reemplazar.

Pues bien, en una serie de decisiones, el Consejo Constitucional decidió rescatar “los principios fundamentales de la leyes de la República”. El primer gran paso se dio en la sentencia del 16 de julio de 1971, cuando el Consejo extrajo fundamentos al derecho de asociación.

Con más precisión, en los años subsiguientes y hasta la actualidad, el Consejo fue apoyando sus decisorios en derechos contenidos en los preceptos de la declaración de 1789 y del preámbulo de 1946, o en sus derivaciones aun sin un soporte textual concreto, amplificando de manera notable los contenidos constitucionales materiales. Se empezó así a hablar del “bloque de constitucionalidad”.

Es que puede ocurrir que la interpretación aplicativa de una constitución, sobre todo la que realiza una corte suprema o un tribunal constitucional en el ámbito de su respectiva competencia, pueda ensanchar el significado original de un derecho de primera generación. Así, en el famoso caso “Griswold v. Connecticut”, la Corte Suprema de los Estados Unidos derivó de varias enmiendas el derecho a la privacidad, de acuerdo al voto mayoritario del Juez William Douglas, quién señaló que “las garantías específicas de la Ley de Derechos tienen penumbras, formadas por emanaciones de esas garantías que contribuyen a infundirles vida y sustancia”.

De ese modo, y haciendo uso de cánones hermenéuticos extensivos, el máximo Tribunal norteamericano logró en muchas instancias y por vía pretoriana incrementar la declaración de derechos.

La “diversidad de lecturas” de derechos de la primera generación no sólo acontece por el camino judicial. Puede ocurrir, como con la reforma constitucional argentina de 1994, que la parte dogmática en sí misma no sea alterada, pero, al agregarse nuevos derechos en esa porción o en la orgánica, cambie la visión que se tenía de los primeros. Ejemplo: el concepto de igualdad, al incluirse la noción de igualdad real de oportunidades y de trato, y las medidas de acción positiva, no es ya más susceptible de un enfoque formalista.

### **3. Los derechos de Segunda Generación.**

Cuando ya en el siglo XX las declaraciones demo liberales sufren el embate de quienes las tildan de promesas vacías e inocuas –porque advierten que un mínimo de condiciones socioeconómicas es indispensable para tener acceso al disfrute de los derechos- aparece la línea tuitiva de los sectores humanos económicamente débiles u oprimidos con el *constitucionalismo social*, que propende a un estado de justicia

social o de bienestar, eficaz para subvenir a las necesidades vitales de los individuos, y para planificar, controlar y supervisar el proceso económico de producción y distribución de bienes y riquezas.

El agotamiento y la inserción de esta teleología en el constitucionalismo social son altamente valiosos, y de esa manera aparecen los apodados derechos de segunda generación: los económicos, sociales y culturales.

Como se sabe, las dos fechas claves a recordar aquí son 1917 (Constitución Mexicana) y 1919 (Constitución Alemana de Weimar), sin perjuicio del espectacular desarrollo que el constitucionalismo social adquiere luego de la Segunda Guerra Mundial.

El detallado catálogo de los derechos del trabajador que contiene el célebre artículo 123 mexicano, o la noción weimeriana de que “la propiedad obliga” (art. 153), por citar tan sólo dos ejemplos, tuvieron vasta ejemplaridad en el constitucionalismo posterior, en especial después de 1945.

La constitución de Weimar prescribía, además, que la vida económica debía organizarse sobre principios de justicia y asegurando a todos una existencia digna del ser humano (art. 151). Junto con el texto mexicano de 1917 y el de la República Española de 1931, el alemán compone la trilogía del constitucionalismo social anterior a la segunda guerra mundial. En el mismo ciclo, la constitución del Irlanda de 1937 se enrola en la doctrina social católica. Es también importante la de Brasil de 1946.

Todas ellas evidencian una inflación del listado de derechos, que de ahora en más en la mayoría de los casos va a contemplar los derechos del trabajador, de los gremios, de la familia, la regulación del orden económico, de la seguridad social, de la asistencia sanitaria, y más cercanamente en el tiempo, del patrimonio histórico y artístico.

Muchas veces el derecho comparado registra la discusión acerca de que los derechos contenidos en las cláusulas económico-sociales de las constituciones expresan más que nada un “catálogo de ilusiones”, o que son de “cumplimiento imposible”.

Los derechos propios del constitucionalismo irrogan por parte del estado obligaciones de dar: Por ejemplo: atención sanitaria. En estos casos, el estado de bienestar del constitucionalismo social tiene urgentemente que sacar esos derechos de su inscripción normativa -si es que existe en la constitución formal o en la legislación, y también en los tratados internacionales- para encarnarlos en la realidad de la vigencia sociológica.

Es aquí donde con mayor presencia se pone por delante el papel de promover (o mover en pro o hacia delante) los derechos, especialmente los imposibles, como un aspecto nuclear de la gestoría del bien común o bienestar general.

En el despuntar del siglo XXI se hace una retrogradación inverosímil e injusta de pensar que bastan los clásicos derechos civiles de la libertad e igualdad formales, porque las valoraciones actuales ya han dado curso a la pretensión de una igualdad real de oportunidades y de trato, que en el estado social y democrático de derecho requiere

pasar de la fórmula normativa a la vigencia sociológica. Sin la positividad coincidente con dicha vigencia se tipifica una depresión grave en el sistema de derechos, al que han de prestar insumos favorables todos los condicionamientos y factores posibles mediante múltiples políticas de bienestar.

El desvío entre el constitucionalismo social y el derecho constitucional de base marxista se opera cuando so pretexto de protección económica se yugula la libertad y se cercenan los derechos. De ahí en más se está fuera del constitucionalismo social –que deja de ser tal no bien se abdica de valorar al dignidad humana y de racionalizar el poder-. Al extraviar su soporte humanista, las revoluciones que ha proclamado su lucha por la liberación y la descolonización anticapitalista y antiimperialista también han incurrido en el vaciamiento de los derechos y en la atrofia de su verdadero sentido, colocándolos en servidumbre respecto de la estructura socialista. Ninguno de los totalitarismos de la órbita marxista resguardó los derechos individuales.

Las diversas constituciones que se dio la ex Unión Soviética (1918, 1924, 1936, 1977), las de las llamadas “democracias populares”, en Europa Central y Orienta mientras existieron, o las vigentes de Cuba y de China, no pertenecen al constitucionalismo social. La razón es muy sencilla: el constitucionalismo social agrega o añade al clásico, pero no reniega de él; por el contrario, el derecho constitucional marxista parte de premisas filosóficas completamente diversas, emparentadas con la lucha de clases y no con la cooperación entre ellas.

El marxismo achaca a las libertades demoliberales el vicio de ser puramente formales, pero él no concede ninguna en los regímenes a los cuales inspira. Tal vez, por el pretexto de que ellos están todavía en vías del tránsito hacia la sociedad comunista final, y de que la dictadura del proletariado no puede darse el lujo de ser dictadura.

No debe ilusionar en la evaluación de estos textos constitucionales la gran variedad y cantidad de derechos enunciados. Como bien decía Sánchez Agesta al estudiar el régimen soviético de la constitución de 1977(6) la cuestión central a dilucidar era si los proclamados objetivos de desenvolvimiento de las potencialidades del ser humano resultaba “compatible con un ordenamiento económico de planeamiento centralizado y con el monopolio político que se atribuye al partido comunista”.

A la postre, el derrumbe del comunismo en Europa Central y Oriental después de la caída del muro de Berlín ha desnudado a estos regímenes como lo que eran: verdaderos estados totalitarios, donde primaba la delación, la policía secreta y la persecución política.

#### **4. Los Derechos de Tercera Generación.**

Finalmente, irrumpen los denominados “derechos de tercera generación”. Estos son los más recientes e incipientes dentro de las formulaciones sobre derechos humanos, como ser el derecho al ambiente, los relativos a la protección de los usuarios y

consumidores, los atinentes a la paz, al desarrollo, a la información, a la autodeterminación de los pueblos.

Cabe mencionar que no todos ellos tienen el mismo grado de avance jurídico por igual: algunos aparecen más consolidados que otros. Por lo demás, estos derechos concitan por parte del estado una obligación de hacer, es decir, de crear un conjunto de condiciones favorables para su realización.

Posteriormente a la conferencia de Estocolmo, muchas constituciones insertaron en sus textos, con variada redacción, una cláusula ambiental.

En tal sentido, pueden consignarse el artículo 24 de la constitución griega de 1975, el artículo 66 de la constitución española de 1978 (“medio ambiente de vida humano, salubre y ecológicamente equilibrado”), el artículo 45 de la constitución española de 1978 (“medio ambiente adecuado”), el artículo 72 de la constitución de Mozambique de 1990 (medio ambiente “equilibrado”), el artículo 8 de la constitución eslovaca de 1992 (medio ambiente “favorable”), la reforma constitucional argentina de 1994 (artículo 41: “ambiente sano y equilibrado”), entre muchas otras.

Dentro de estas consideraciones, cabe destacar que el constitucionalismo de tercera generación valora sobremanera los factores multiétnicos y multiculturales. Así, las constituciones canadienses de 1982 y belga de 1994 representan un intento por acomodar los distintos grupos nacionales que habitan en los respectivos territorios.

Como consecuencia del principio personalista, y debido a la importancia que reviste hoy en día la dignidad de la persona, se pone especial énfasis en la identidad y la pluralidad culturales. Tal como lo expresa Rolla: “La codificación constitucional del derecho a la identidad cultural se encuentra presente de modo particular, por una parte en los ordenamientos constitucionales que han nacido de la crisis del colonialismo o que se encuentran expuestos a nuevas formas de colonialismo político y cultural, y por otra parte allí donde viven concretos grupos étnicos originales a los que la Constitución reconoce –por el respeto a su historia- un status particular”. En este sentido, el reconocimiento que de las comunidades de la Costa Atlántica formula la constitución de Paraguay de 1992 (artículo 62 y ss.) y la reforma constitucional argentina de 1994 (artículo 75 inc. 17), o la multiétnicidad que la constitución laosiana de 1991 insiste en su preámbulo y en sus artículos 1, 2 y 3, son prueba elocuente de esta relevancia.

Dentro del ámbito del derecho comparado surgen distintas obligaciones constitucionales, de las cuales la doctrina viene ocupándose hace algún tiempo

## **5. Los derechos de los usuarios y consumidores en la Constitución Nacional.**

Se pasa de la autonomía de la voluntad a la defensa de los consumidores, y por tanto se analizarán a continuación su regulación constitucional. (7)

Tal como una cuña en la ideología liberal de la Constitución histórica de 1853/60, los nuevos derechos y garantías que incorporó la reforma de 1994 –en



especial los derechos de los usuarios y consumidores- implican algo más que una mayor protección de facultades personales o colectivas. (8)

Esos derechos – o por lo menos el espacio subjetivo que construyen- encierran una idea diferente del hombre, de las corporaciones y de las relaciones entre todos ellos. (9)

En efecto, la concepción demoliberal de la Constitución histórica reconocía en el derecho personal de propiedad y en la libertad contractual, dos pilares fundamentales. Consagrada la primera expresamente en el texto constitucional e implícitamente la segunda –derivada de los derechos de comerciar, de ejercer industrias lícitas, de trabajar, de asociarse y de enseñar- los derechos contractuales tuvieron un formidable peso en la legislación común, especialmente en la regulación establecida en el Código Civil de 1869

En aquella concepción, correspondía al Estado garantizar a los habitantes el ejercicio del derecho de usar y disponer de su propiedad –removiendo los eventuales obstáculos generados por terceros- y otorgar reconocimiento jurídico a los acuerdos celebrados en los contratos. La autonomía de la voluntad –para contratar o no, para elegir con quién hacerlo, para fijar el contenido del contrato– cedía sólo ante el objeto ilícito o el daño a tercero. En estos casos cabía la intervención del Estado federal, reglamentando los derechos constitucionales por vía de los códigos sustantivos o de fondo o de la acción de las Provincias, en virtud del ejercicio del poder de policía de la salubridad, moralidad y seguridad.

Sin embargo, esa perspectiva civilista o privatista se atenuaba a tenor de lo dispuesto por el anterior artículo 67, inc. 16 (hoy art. 75 inc. 18) de la Constitución argentina, llamada cláusula para el *progreso* (1). Esta cláusula de la Constitución histórica –interpretada con amplitud, concedió suficiente cobertura jurídica al poder de policía de bienestar- instituía un equilibrio normativo entre las garantías contractuales y de la propiedad, por un lado, y el bienestar general que debía procurar el Estado, por el otro. Por cierto, la armonía dispositiva creada por la Constitución entre aquellos dos valores, no se tradujo en un efectivo balance de los intereses en juego.

A partir de 1957, en el diseño normativo de la Constitución confluyeron los principios del liberalismo y del Estado social de Derecho, en una difícil síntesis que no siempre se trasladó al ámbito de las conductas. En los hechos varias declaraciones del artículo 14 bis se transformaron en derechos programáticos sin vigencia alguna y las libertades económicas se desdibujaron por la intensa regulación estatal dictada hasta fines de la década del ochenta.

Así, la atribución legislativa de reglamentar los derechos constitucionales derivada del artículo 14 de la Constitución se convirtió en una verdadera regulación económica, impuesta por el Estado para resolver diversas crisis y emergencias sociales. Pero a partir de 1990 comenzó un proceso de desregulación y privatización de empresas estatales –operado no siempre desde la ortodoxia constitucional, por la utilización de los decretos de necesidad y urgencia- con sustento en los principios del liberalismo económico. En medio de ese impulso privatista, se produjo la reforma

constitucional de 1994 que incorporó algunos de los llamados derechos de tercera generación. (10)

En las enmiendas constitucionales producidas en 1994, un artículo, el 42, se refiere en especial a los usuarios y consumidores. Sin embargo, para comprender la extensión y límites de los derechos de los usuarios y consumidores, el citado artículo 42 debe interpretarse en conjunto con los artículos 43 y 75 inc. 19 de la constitución nacional referidos respectivamente, al alcance de la acción de amparo y ala atribución del Congreso de mantener el valor de la moneda. La mencionada norma –art. 42- reconoce antecedentes en el derecho comparado, específicamente en la constitución española. (11)

La Constitución Argentina al tratar el tema en el artículo 42, comienza declarando los derechos de usuarios y consumidores en la relación de consumo. Este resulta el primer borde dispuesto en la amplitud de los derechos reconocidos, en efecto esta expresión supone, en la relación de consumo, un convenio celebrado, del cual habrán de derivar los derechos protegidos y las responsabilidades consecuentes.

Ahora surge un interrogante ¿Cuál es la protección constitucional de consumidores y usuarios, compatible con los demás derechos declarados y con los principios ideológicos de la Constitución? Para analizar el tema conviene distinguir los objetivos constitucionales -declarados expresa o implícitamente en el texto constitucional- y los medios dispuestos para alcanzar esos fines.

En este sentido, la reforma sobre este punto, se propuso el logro de tres objetivos la protección del consumidor, las garantías a los competidores y la transparencia del mercado. Los medios habilitados por la Constitución para la salvaguarda de los usuarios y consumidores, de los competidores económicos y de la transparencia del mercado, comprenden las acciones privadas que tienen derecho a emprender las personas físicas y las personas jurídicas, y las acciones públicas a que están obligadas las autoridades.

#### **6. Distintos sistemas de control de constitucionalidad.**

Rodolfo Spisso (12) aclara que en los países de Europa nunca se ha interpretado y aplicado fielmente la división de los poderes del Estado, y tampoco se ha reconocido la existencia de un poder judicial, con jerarquía de poder público. En el pensamiento de Locke no aparece la existencia de un poder judicial independiente, y es recién con Montesquieu, con la denominación de “poder ejecutivo de las cosas atinentes al derecho civil”, que surge en el carácter de una jurisdicción independiente, mas no como un poder del Estado, sin facultades para ameritar el valor de la ley, y mucho menos su constitucionalidad.

En Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en su artículo 16, estableció que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. No obstante ello, los franceses se negaron a adoptar el sistema que los Estados Unidos habían organizado en su Constitución de 1787, y no tardaron en desnaturalizar sus

propios principios al redactar su primera Constitución de 1791, en la cual entregaron al Poder Legislativo el ejercicio del poder constituyente, prohibiéndoles a los tribunales suspender la ejecución o aplicación de las leyes.

El perecimiento de las ideas de la Francia revolucionaria se debe a la Restauración, que sigue a la aventura napoleónica, que lleva a la consagración del principio monárquico, que hace del monarca una fuente preconstitucional del poder y de la Constitución. Por otro lado, el largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema empujándolo hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, lo que implicaba la superioridad de la ley, inmune al control de los jueces, cuya formación conservadora y el carácter no electivo de sus designaciones alentaba los prejuicios contra el control de la voluntad de los representantes del pueblo.

Las sucesivas Constituciones nunca les reconocieron a los jueces la facultad del control de constitucionalidad de los actos administrativos o legislativos. A partir de la Constitución de 1946 se intentó atribuirle el control de constitucionalidad a un órgano de tipo político, el Comité Constitucional, que nada tiene que ver con los tribunales judiciales franceses, ni con el Poder Judicial, como está organizado en los Estados Unidos y en nuestro país donde se ha seguido el modelo norteamericano.

En Inglaterra, por su parte, que comenzó con su "Instrumento de Gobierno" del año 1653, la limitación constitucional del Poder Legislativo terminó medio siglo después por consagrar la soberanía del Parlamento, a quien se le atribuyó, además del Poder Legislativo, el Poder Constituyente.

En cambio, en los Estados Unidos, cuna del constitucionalismo moderno, el Poder Judicial tiene una jerarquía igual a la de los otros dos poderes públicos, e incluso mayor cuando se trata de asegurar la supremacía de la Constitución. En eso reposa el constitucionalismo. Cuando se dice que el Poder Judicial es el guardián de la Constitución, se dice también que es el encargado de cumplir la voluntad constituyente, materializada en las cláusulas de la Constitución, y, en tal carácter, asume una jerarquía de poder jurídico superior al Legislativo y al Ejecutivo, por la misma razón que la Constitución es superior a la ley y al decreto.

Sin un poder jurídico guardián de la Constitución y apto para imponer el respeto de ésta a los poderes políticos, el constitucionalismo pierde toda su eficacia. Por ello, enfáticamente se afirmaba que “el sistema creado por los Estados Unidos es, en principio, el único congruente con la república democrática constitucionalmente organizada”

El artículo III, secc. II, de la Constitución de los Estados Unidos, que le atribuye al Poder Judicial el conocimiento de todos los casos que se susciten según dicha Constitución y de las controversias en que sean parte los Estados Unidos, en conjunción con la cláusula 2ª del artículo VI, de la supremacía constitucional -similar a nuestro artículo 31, de la Constitución Nacional.-, son las que dan sustento a la revisión de los actos de los otros dos poderes por parte del Poder Judicial.

La primera decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la cual se ejercitó el control de constitucionalidad de las leyes fue dada en el año 1803, en

"Marbury vs. Madison", en la que su presidente Marshall tuvo oportunidad de expresar: "Así, pues, si una ley está en oposición con la Constitución; si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de modo que la Corte tiene que decidir ese caso, o bien de conformidad con la ley, haciendo caso omiso de la Constitución, o bien de conformidad con la Constitución, sin tener en cuenta la ley, la Corte tiene que determinar cuál de estas dos reglas antagónicas gobierna el caso". También, dicho precedente reconoce la facultad judicial de controlar la legitimidad de los actos de la Administración.

La decisiva influencia de la Constitución y de la jurisprudencia norteamericana se hizo sentir en Europa, que adoptó, tardíamente y con matices diferenciales, el principio de control judicial de las leyes. Ello se debió a la obra de Kelsen, inspirador de la Constitución austríaca del año 1920, reformada en el año 1929, en la cual se crea el Tribunal Constitucional.

El esquema kelseniano consagra un control de constitucionalidad concentrado, por oposición al difuso del constitucionalismo norteamericano, y abstracto, ya que el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica entre el contenido abstracto de una ley y la norma, también abstracta, de la Constitución. De ahí, que esta función sea vista por Kelsen no como una actividad jurisdiccional, sino de legislación negativa, en que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes*.

Este sistema se difundió en Europa con matices diferenciales entre los distintos Estados, lo que impone hacer referencia a los rasgos distintivos del control de constitucionalidad, según los diversos regímenes vigentes.

### **7. Control Difuso o Concentrado.**

Según sea el número de tribunales habilitados para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes habrá un sistema de control difuso o concentrado. En el primero, todos los magistrados se encuentran habilitados para decidir el planteo de constitucionalidad, sistema que adoptan, entre otros, los Estados Unidos y la Constitución de la República Argentina. (13)

En cambio, en el sistema de control concentrado se reduce el número de tribunales con facultades para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes, circunscribiéndolo, a veces, a un único tribunal, que, en algunos casos, se injerta fuera de los tribunales de justicia, como los Tribunales Constitucionales de Austria, Francia, Alemania, Italia, España, etc.

### **8. Control Preventivo, Reparador o Mixto.**

El control preventivo de las leyes tiende a impedir la promulgación de aquellas declaradas inconstitucionales. En Francia, las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias deben ser sometidos a la consideración del Consejo Constitucional antes de entrar en vigor. Las demás leyes pueden también remitirse a la consideración del referido Consejo antes de su promulgación por el presidente de la



República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado, sesenta diputados o senadores (artículos 61 y 62, Constitución de Francia).  
(14)

El artículo 95.2 de la Constitución española autoriza el control preventivo en materia de tratados internacionales.

El control reparador inaplica la ley al caso concreto o con efectos abrogatorios, después de su promulgación. Es el caso de la mayoría de los regímenes constitucionales, entre los que cabe mencionar los de los Estados Unidos, la Argentina, España, Alemania, Italia, Austria, etc.

El control mixto se presenta cuando el control de constitucionalidad puede ser ejercido antes o después de la promulgación de la ley. Se encuentra en la constitución de Irlanda del año 1937, en la cual el artículo 24 prevé la posibilidad de que el presidente de la República, previa consulta al Consejo de Estado, someta a consideración del Tribunal Supremo, con anterioridad a su promulgación, cualquier proyecto de ley, con excepción de los de carácter financiero, los que contengan una propuesta de enmienda a la Constitución, o los que revistan carácter de urgencia y necesidad inmediata para el mantenimiento del orden público. El control reparador surge de lo que dispone el art. 34 de la Constitución.

## **9. Control Abstracto o Concreto.**

En el control abstracto de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular, sino sólo la cuestión de compatibilidad lógica entre el contenido abstracto de una ley y el de la norma constitucional. De esta manera, se evita que el Tribunal entre en apreciaciones de hecho e intereses y en la valoración y en la pasión que son inescindibles del caso concreto, y, por ese camino, cuestionen por razones de oportunidad y conveniencia el juicio del legislador.(15)

Éste es el caso de la Constitución de Austria, del control preventivo de la Constitución de Francia, del control directo de la Constitución española.

En la organización institucional de Argentina en el orden federal, es inexistente un control abstracto o genérico. La jurisprudencia de la Corte Suprema, en tal sentido, es uniforme y reiterada respecto de que, en este sistema constitucional federal, no caben pronunciamientos judiciales que juzguen sobre la constitucionalidad de las leyes con carácter general o de un modo abstracto, o a raíz de una especulación académica o consultiva, ya que tales declaraciones sólo proceden en las "causas" en que se persigue, en concreto, la determinación de un derecho debatido entre partes adversas.

Ello no es óbice a la procedencia de la acción declarativa, en la medida en que no tenga carácter consultivo, ni importe una indagación meramente especulativa, sino que corresponda a un caso en que el titular de un bien jurídico persiga la cesación de un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica.

El control abstracto de constitucionalidad se encuentra en el ámbito de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es el caso de la acción popular de la Constitución de Salta (artículo 89) y de las acciones de inconstitucionalidad de leyes y decretos, tramitados por vía de acción, de las Constituciones de Santiago del Estero (artículo 176) del Chaco (artículo 170, punto 1, inc.a), de Tierra del Fuego (artículo 157, inc. 1), de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 113, 2º párr.) y de la Provincia de Buenos Aires (artículo 161, inc.1)

En el recurso indirecto de control de constitucionalidad, previsto en la Constitución española, el problema surge como cuestión incidental previa a la aplicación de la norma cuestionada para la resolución del proceso singular, por parte del tribunal interviniente, que debe remitir a consideración del Tribunal Constitucional la resolución de la cuestión constitucional planteada. Aquí se señala que la verificación de la constitucionalidad no es muy distinta de la que se opera en la técnica del recurso directo o control abstracto.

No obstante ello, en este recurso indirecto de control de constitucionalidad, si bien el conocimiento y la decisión del proceso singular no se remiten al Tribunal Constitucional, en el juzgamiento de la cuestión constitucional que éste realiza pesa, inevitablemente, la dialéctica del caso concreto, que entra dentro del característico cuadro mental de la justicia. De ahí que, en estos casos, que también se presentan en otras Constituciones que admiten el control incidental de constitucionalidad por parte de Tribunales Constitucionales, se afirme que no se trata de un control meramente abstracto, sino concreto.

## **10. Control Amplio o Restringido.**

Según los sujetos autorizados a impulsar el control de constitucionalidad, se puede encontrar ante un control restringido, en que sólo pueden impulsar los procedimientos ciertos órganos políticos, como en el caso del control preventivo de la Constitución de Francia (artículo 61).

En cambio, el control es amplio cuando cualquier titular de un bien jurídico lesionado por una norma que reputa inconstitucional puede poner en funcionamiento el control, o cuando en el control abstracto se atribuye a diversos órganos políticos o personas jurídicas la facultad de promoverlo.(16)

Finalmente, el control amplísimo se da cuando cualquier persona, aunque no estuviera lesionada por la norma que impugna, puede reclamar el control de constitucionalidad, en ejercicio de una acción popular.

## **11. Efectos “Erga Omnes” o con relación al Caso Concreto.**

La característica de la jurisdicción concentrada de control jurisdiccional es que la decisión de los tribunales constitucionales tiene efectos erga omnes, derogatorios de la norma reputada inconstitucional. En el caso de control preventivo vigente en Francia, la norma no puede ser promulgada (artículo 62, Constitución de Francia) (17)

Y, en el caso de control reparador, las Constituciones regulan los mecanismos tendientes a la derogación de la norma declarada inconstitucional.

En cambio, tanto en los Estados Unidos como en Argentina en el orden federal, en principio, el fallo definitivo sólo tiene alcances respecto del caso en que ha sido dictado, sin siquiera atar al tribunal que emitió la decisión respecto de otro supuesto similar. Sin perjuicio de ello, el valor moral de los fallos de la Corte Suprema de la Nación hace que se produzca, en muchos casos, una tácita derogación por desuetudo de la norma declarada inconstitucional. (18)

Esta tesis no es pacífica en la Doctrina, por ejemplo Bidart Campos (19) opina que en orden a admitir la eficacia erga omnes de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, cabe puntualizar que el principio de la división de poderes no constituye ningún óbice para ese reconocimiento.

No corresponde predicar, sobre la base de un rigorismo extremo, que el principio de la división de poderes impide al legislador atribuirle efectos erga omnes a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, pues, de ser así, las normas de las Constituciones provinciales que admiten esa eficacia serían notoriamente inconstitucionales por afectar la esencia del régimen republicano, adoptado por la Constitución nacional.

Si se reconoce que el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de leyes y reglamentos con relación a las partes que promueven el correspondiente litigio, y puede volver a hacerlo en todos los casos que le sean sometidos a su consideración,

resulta manifiesto que no existe diferencia alguna en permitirle que realice por un solo acto lo que se le exige que haga repetidamente en sucesivas oportunidades.

La Corte Suprema, al reclamar el respeto que sus fallos deben merecer por parte de los demás tribunales y órganos estatales, sostuvo que el leal acatamiento de sus sentencias es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones. Sin duda que a esos propósitos coadyuva el reconocimiento de la eficacia erga omnes de las sentencias que desaplican leyes o decretos por considerarlos contrarios a la Constitución.

La reforma constitucional de 1994 ha dado un decisivo impulso sobre el particular en la medida en que ha reconocido legitimidad al defensor del pueblo y a las asociaciones de defensa de intereses colectivos en orden a accionar contra cualquier acto u omisión lesiva de tales derechos. Cuando, verbigracia, el Colegio Público de Abogados o el defensor del pueblo plantearon la inconstitucionalidad de la ley 24977, que instituyó el denominado "régimen de monotributo", lo hicieron en defensa de aquellos profesionales perjudicados en sus derechos por una discriminación violatoria del derecho de igualdad. Por ende, la sentencia recaída en dicha acción necesariamente tiene eficacia erga omnes.

En el orden provincial, las Constituciones de Santiago del Estero (artículo 176), Río Negro ( artículo 208), Chaco (artículo 9)Tierra del Fuego (artículo 159) y la Ciudad de Buenos Aires ( artículo 113, punto 2) regulan el alcance erga omnes de las sentencias que declararan la inconstitucionalidad de normas locales, con efectos abrogatorios.

## **12. Efectos Retroactivos y Prospectivos.**

La sentencia que reputa a una ley contraria a la Constitución es considerada declarativa y produce efectos retroactivos (ex tunc). Ésta es la consecuencia que se deriva, en general, de los casos de jurisdicción concentrada o difusa, que -interesa puntualizar- no autoriza la revisión de los casos amparados por la cosa juzgada.

Los efectos prospectivos de la declaración de inconstitucionalidad se presentan en el esquema kelseniano de modo que el vicio de inconstitucionalidad de la ley no es propiamente un vicio que genere una nulidad de pleno derecho, sino constitutivo de una simple anulabilidad, que le otorga a la sentencia del Tribunal Constitucional que la hace valer, carácter de sentencia constitutiva, reduciendo sus efectos hacia el futuro (ex nunc).

Es el sistema de la Constitución de Austria, que dispone que la ley declarada inconstitucional se siga aplicando a las situaciones de hecho consumadas con anterioridad a su anulación (artículo 140.7, Constitución de Austria).

Se ha señalado que en el derecho fiscal comparado, especialmente en el caso alemán, el Tribunal Constitucional ha establecido la distinción entre las categorías de nulidad y de simple incompatibilidad con la Constitución, requiriendo del legislador, en este segundo caso, que subsane la situación.

En apoyo de esta orientación se puntualiza que esta solución conduce a resultados más positivos que la afirmación a ultranza de la nulidad absoluta de las normas declaradas inconstitucionales, en particular en materia financiera, donde las consecuencias de declarar inconstitucional una norma suelen ser gravosas para el Estado. Se sostiene también que en los casos en que se haya operado la traslación del gravamen, como en el caso del IVA, la repetición del tributo puede originar un enriquecimiento injustificado del sujeto pasivo.

Se ha expresado, asimismo, que este procedimiento que ha limitado los efectos ex tunc de las sentencias ha sido acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Al respecto, se afirma que la adopción por la Corte de los Estados Unidos de un criterio evolutivo de su jurisprudencia, especialmente en la Corte Warren, ha hecho relativizar la regla de la retroactividad de sus sentencias anulatorias, declarando la limitación de los efectos de la sentencia sólo para el futuro.(20)

No obstante ello, en materia penal se admiten excepciones a la no revisibilidad de las sentencias firmes. Así, la Corte Warren, al adoptar nuevos criterios en la interpretación de la IV y V Enmiendas de la Constitución, consideró viable, en determinados supuestos, la revisión de las causas penales falladas con anterioridad a la nueva jurisprudencia. Así, cuando la Corte decide que la Constitución garantiza el derecho al asesoramiento letrado en causa penal, llega a la conclusión de que la no aplicación del principio a aquellos condenados con anterioridad, que languidecen en las cárceles, a quienes se les negó el derecho, suscita graves interrogantes acerca de la exactitud de los veredictos de culpabilidad, y admite la revisión de los procesos.



Pero, simultáneamente, la Corte de los Estados Unidos se rehusó a admitir el mismo principio como propuesta general con respecto a los casos de la IV Enmienda y a las nuevas interpretaciones del privilegio de la V contra la autoincriminación forzada.(21)

Por ello, es manifiestamente erróneo e impropio decir que la Corte de los Estados Unidos admitió darles efectos prospectivos a sus sentencias en materia de interpretación de cláusulas constitucionales. Lo que hizo, sencillamente, es no admitir en materia penal la revisión de todos los casos fallados con anterioridad a la admisión de los nuevos criterios de interpretación constitucional que estableció. (22)

La recepción, por la doctrina europea, de los efectos prospectivos de las sentencias viene influida por el modelo kelseniano de la Constitución de Austria, a través del cual se introdujo en Europa la cuestión del control de las leyes.

Si bien tanto Alemania como Italia, Francia, España y otros países no adoptaron el modelo kelseniano del legislador negativo sino el norteamericano de supremacía constitucional, el sistema estructural de jurisdicción concentrada, la técnica de la acción directa de constitucionalidad, así como la legitimación para interponerla por parte de órganos políticos, y no necesariamente en sujetos personificados, fórmula desconocida en el sistema norteamericano, y fundamentalmente el efecto erga omnes de las sentencias anulatorias de las leyes, residuo de su concepción como decisión legislativa, les da a tales sistemas estrechas vinculaciones con el modelo kelseniano.

Es por ello que en la doctrina europea existe cierta inclinación, en materia tributaria, a la admisión de los efectos prospectivos de las sentencias anulatorias de leyes fiscales, que se funda en argumentos, a nuestro juicio, inconsistentes.

Sostener el criterio de que el efecto prospectivo de las sentencias, en materia tributaria, conduce a resultados más positivos que la admisión del efecto retroactivo de las sentencias, por las consecuencias económicas gravosas que le puede acarrear al Estado la devolución de los impuestos mal habidos, implica la creencia de que esa incidencia económica gravosa para el fisco constituye un hecho que condiciona psicológicamente al juzgador, inclinándolo hacia la no admisión de la trasgresión constitucional, que de no mediar esa circunstancia probablemente acogería.

En la organización Constitucional argentina, que ha seguido al modelo norteamericano, la recepción de tal doctrina no tiene cabida. Por otra parte, el carácter pragmático del criterio, propiciado por la doctrina europea en materia fiscal, de optar por el mal menor, nos parece éticamente reprochable.

El argumento basado en que la traslación del impuesto que se repite origina un enriquecimiento injustificado, que se trae en apoyo de las bondades del efecto prospectivo de las sentencias en materia tributaria, resulta también desacertado. Del mismo modo, se juzga que el criterio, seguido por algunas legislaciones que no admiten la acción de devolución respecto de impuestos incluidos en las facturas y percibido de los compradores o usuarios, conspira contra la plena defensa del orden jurídico.

Se entiende que a fin de satisfacer exigencias impuestas por la equidad, en esos casos resulta razonable que el legislador exija que la acción de devolución les sea notificada a los compradores o usuarios en forma individual, si fuera posible, de manera que éstos puedan adoptar las providencias del caso para una eventual acción de reintegro.

### **13. Comienza el Cambio.**

La Corte Suprema, en la causa "Costa, Héctor c/Crysf SA" contempló un problema muy sugestivo. Se trataba de un planteo de inconstitucionalidad promovido por una de las partes, pero no en el primer momento posible, sino en la expresión de agravios vertida en la alzada. En esa oportunidad, la Corte entendió que, pese a todo, correspondía estudiar dicho cuestionamiento de inconstitucionalidad, porque hacía a las atribuciones constitucionales -de la cámara en cuestión, pronunciarse sobre la validez constitucional del decreto objetado.

Con posterioridad, la Corte Suprema ha aflojado también su tesis negatoria al permitir la alegación por la actora de inconstitucionalidad de una ley no al iniciarse el pleito, sino en el alegato, dado que en el caso la propia demandada había introducido el tema en su escrito de respuesta, donde defendió la validez de la ley, y por lo demás, el contenido de ella era semejante al de un decreto cuya inconstitucionalidad se había planteado al demandar. Recientemente, en "Ricci", reiteró que era factible introducir el cuestionamiento de inconstitucionalidad en la expresión de agravios, atendiendo los derechos en juego en un proceso (integridad psicofísica de un trabajador).

Estos significativos recortes poco empalman con la doctrina negatoria que el alto tribunal siguió manteniendo habitualmente.

Debe destacarse, sin embargo, que en los autos "Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario", resueltos el 24/4/84, y pese a que la mayoría de la Corte Suprema afirmó la tesis tradicional de que los jueces no pueden declarar de oficio, sino a petición de parte la inconstitucionalidad de las leyes (criterio que, se dijo aquí, es aplicable aun al caso en que se trate de decidir cuestiones referentes a competencia), un significativo voto en disidencia de los doctores Belluscio y Fayt concluyó en la doctrina opuesta. En concreto, la minoría sostuvo que en la admisión de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de oficio no puede verse la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, puesto que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a esa atribución la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, pues dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior; y por último, no puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa, pues si así fuera debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes, so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso.

Otra alternativa muy sugestiva en esta materia, ha sido la admisión de planteos implícitos de inconstitucionalidad de normas, con lo cual disminuye la intensidad del requerimiento de cuestionamiento por las partes. Así, por ejemplo, en "Galassi", la

Corte Suprema adoptó el criterio del procurador fiscal, quien entendió que si la recurrente cuestionó en definitiva todo el sistema de fiscalización que lleva a cabo el Ministerio del Trabajo, aduciendo que una atribución de éste compete exclusivamente al orden local, es apropiado que el a quo, en ejercicio del principio iura novit curia, haya declarado la inconstitucionalidad de la prescripción pertinente de la ley nacional de ministerios, aunque no haya sido ésta expresamente atacada por la actora.

Otra interesante variante ha sido el caso "Fernández Valdez" donde la Corte Suprema ha dicho que si una Constitución provincial autoriza al juez local a declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma, hacerlo así no importa allí arbitrariedad alguna.

La reforma constitucional de 1994, a su turno, al posibilitar al juez de la acción de amparo, del habeas data y del hábeas corpus la declaración de inconstitucionalidad de las normas en que se funde el acto u omisión lesiva (art. 43), brinda también un sustancial apoyo a la tesis que citamos. Hay quienes entienden que la reciente regla constitucional rige para todos los procesos, y no solamente para el amparo. Sin embargo, se trata de un precepto específico para una acción constitucional igualmente concreta. No obstante, hemos sostenido que basta el viejo pero vigente art. 31 de la Constitución, que sienta el orden de prelación de normas, para otorgar a los jueces la facultad de pronunciar sin pedido de parte la inconstitucionalidad de reglas jurídicas opuestas a la Constitución.

#### **14. La Causa Mill de PEREYRA.**

Esta causa crea la adhesión definitiva de la C.S.J.N. a la teoría de la declaración de inconstitucionalidad de oficio. El arduo debate en torno al control constitucional de oficio ha concluido a partir de la decisión de la Corte Suprema de la Nación recaída por mayoría en la causa "Mill de Pereyra, Rita A. y otros v. Provincia de Corrientes" del 27/9/2001 (LL 2001-F-891).

En efecto, ha terminado prevaleciendo el criterio según el cual:

a) La declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquél, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución.

b) La presunción de validez de los actos estatales en general no se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio toda vez que, en tanto mera presunción que es, cede cuando los actos estatales contrarían una norma de jerarquía superior.

c) Finalmente, no cabe aducir quebrantamiento de la garantía de la defensa de la contraparte. El control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho que, en cuanto tal, puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes (*iura novit curia*). La aplicación de este principio incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Pcia de Buenos Aires (Sup. Corte Bs. As., 01/04/2004 - Barone, Gustavo D. v. Torres Morón -SJA 6/10/2004- ) ha apoyado tal tesis recientemente sosteniendo:

“en reciente decisión ("Mill de Pereyra, Rita A. y otros v. Provincia de Corrientes", del 27/9/2001, LL del 5/12/2001), la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo una variante en su criterio en orden a la prohibición de la Judicatura para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas legales, sostenido en diversos precedentes de ese tribunal (Fallos 282:15, entre otros).

Se conformó la necesaria mayoría de opiniones en el fallo señalado, con los votos de los Dres. López y Bossert, quienes expresaron su adhesión a ejercer la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas -en el caso la ley de convertibilidad 23928 - cuando se ha garantizado el derecho de defensa de los litigantes, esto es, si éstos han tenido suficiente oportunidad de ser oídos sobre el punto -como sucedió en el referido caso- en el remedio federal y su escrito de contestación.

Exigencia que, en mi concepto, en las presentes actuaciones se cumplimenta con la presentación de la memoria en fs. 276/278 en respuesta al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la demandada donde se introduce el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24013 (conf. causa L 72258, sent. del 28/5/2003) doctrina que en mi criterio resulta de una adecuada hermenéutica del fundamento que abona el voto mencionado.

Estimo entonces que por razones de celeridad y economía procesal corresponde adecuar el criterio de este tribunal al de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

“El control judicial difuso, adoptado por nuestro país, faculta a todos los magistrados del territorio a ejercer el control de constitucionalidad, sin hacer diferencias entre jueces nacionales y provinciales. Así lo ha entendido el alto tribunal al establecer: Es regla, tan imperativa para las provincias como para la Nación (art. 5 CN.) que la facultad de declarar inconstitucionalidad de las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia (Fallos 149:122; 269:243 , consid. 10 y 311:460 -LL 1988-D-143-; 302:132 , entre otros).

El ejercicio de la atribución constitucional que emana del art. 31 CN., constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que la resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda. Al respecto he sostenido que: ..de nada valdría afirmar enfáticamente la supremacía constitucional frente a toda norma inferior, si luego se la limita al extremo de obligar a los jueces a aplicar normas repugnantes a la Constitución Nacional, por la sola circunstancia que las partes no advirtieron tal colisión, si el juez debe acatar en primer lugar la Constitución, así debe ser y en toda circunstancia; si no se discute que el magistrado está vinculado a los hechos que resultan afirmados y probados o admitidos en el litigio y no al derecho que invoquen las partes, es inexplicable que pueda elegir la norma inferior que considera adecuada al caso, pero no pueda hacer lo mismo con la norma máxima



(Constitución) a la que las primeras están subordinadas y deben adecuarse so pena de descalificación" (J. F. S. S. n. 8, "Lezcano, María E. v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/jubilación por invalidez", expte. 26106/1998 del 1/6/2001).

Acertadamente se ha dicho que la doctrina de la aplicabilidad de la Constitución, con independencia de su invocación por las partes, es una expresión de la regla *iura novit curia*. Dentro del contorno de las concretas acciones deducidas y de los concretos hechos invocados, el juzgador debe aplicar el derecho que corresponda. Y no es demostrable que precisamente la Constitución deba ser excluida del concepto de derecho, cuya debida aplicación no puede quedar sujeta a las argumentaciones de las partes sobre cuáles son las normas atinentes al caso. El derecho -incluida, obviamente, la Constitución- no es una "cuestión" que pueda no someterse a juzgamiento. Si los litigantes condicionaron al juez en cuanto a la selección de los textos aplicables podrían imponerle una indebida aplicación del derecho y con ello, resultarían depositarios de un poder jurídico derogatorio de la propia Constitución. La declaración de inconstitucionalidad sin invocación de parte no sólo no constituye un desborde del Poder Judicial sino que, por el contrario, hace a su razón de ser, en cuanto una de sus misiones específicas es la de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas en su aplicación al caso concreto y no más allá de eso (y si ello constituyera un avance sobre los otros poderes por cierto que el mismo no resultaría legitimado por la mera petición de las partes). (L 66191, "Castellani, José A. v. Firestone de la Argentina S.A.I.C. ley 9688 ", voto del Dr. Ghione, sent. 27/2/2002).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa "Mill de Pereyra, Rita A. y otros v. Provincia de Corrientes" del 27/9/2001, LL 2001-F-891, modificó su posición tradicional, en cuanto sostenía: "Es indispensable en el derecho público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo pueda pronunciarse a pedido de parte, es decir, por aquellos a quienes perjudique..." ("Ganadera Los Lagos v. Nación Argentina"; Fallos 190:142). Así resulta del voto de los Dres. Belluscio, Fayt, Boggiano y Vázquez, que refiere a la facultad de los jueces de ejercer el control oficioso de constitucionalidad. A los cuatro ministros mencionados, se ha de sumar el voto del Dr. López quién -expresamente- haciéndose eco de las distintas interpretaciones dadas a su decisión, y con el objeto de determinar que se ha conformado una nueva mayoría, refiere que su postura lo es a favor de la declaración de inconstitucionalidad de oficio de manera amplia y no restringida. Aclara: "...Con respecto a los fundamentos expresados en mi voto, desarrollé las razones que, a mi juicio, existían para rechazar el único agravio planteado por la recurrente -violación de la garantía de defensa en juicio- máxime cuando la declaración de inconstitucionalidad de oficio había sido proclamada por el superior tribunal provincial. Por ello ingresé en el examen de la validez constitucional de la ley 23928, y necesariamente valoré la cuestión de su constitucionalidad, introducida de oficio por el tribunal provincial... De esa actitud no debe desprenderse que privilegié la salvaguarda del derecho de defensa como condición necesaria para el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio ni expuse una doctrina consistente en que dicho control sólo puede ser ejercido cuando el derecho de defensa quede preservado. Asimismo no debe colegirse de ello que, sólo en la medida en que en alguna instancia -aunque sea extraordinaria- las partes sean

escuchadas, una norma puede ser invalidada de oficio...". Concluye que: "con el dictado de la sentencia comentada puede afirmarse que ha habido un cambio en la jurisprudencia de la Corte en el sentido de aceptar la declaración de inconstitucionalidad de oficio pues ese es el sentido de mi voto -y el que podría adjudicarse a la opinión por el Dr. Bossert- y así se pronunciaron los Dres. Belluscio, Fayt, Boggiano y Vázquez."

### **15. Consideraciones finales.**

En este capítulo se realizó una descripción detallada acerca de los derechos de primera, segunda y tercera generación. Destacando que el constitucionalismo de tercera generación valora sobremanera los factores multiétnicos y multiculturales. Como consecuencia del principio personalista, y debido a la importancia que reviste hoy en día la dignidad de la persona, se pone especial énfasis en la identidad y la pluralidad culturales.

Se destacó que dentro del derecho comparado surgen distintas obligaciones constitucionales, de las cuales la doctrina viene ocupándose hace algún tiempo.

Se tuvo en cuenta el tratamiento de los derechos de los usuarios y consumidores en la Constitución Nacional dónde se analizó su regulación constitucional.

La Constitución Argentina al tratar el tema en el artículo 42, comienza declarando los derechos de usuarios y consumidores en la relación de consumo. Este resulta el primer borde dispuesto en la amplitud de los derechos reconocidos, en efecto

esta expresión supone, en la relación de consumo, un convenio celebrado, del cual habrán de derivar los derechos protegidos y las responsabilidades consecuentes.

En el desarrollo del capítulo se tuvo en cuenta el desarrollo de los distintos sistemas de control de constitucionalidad.

Otro tema también relevante que se desarrolló en el presente capítulo fue el de los Efectos “Erga Omnes”, los Efectos Retroactivos y Prospectivos, teniendo en cuenta que la sentencia que reputa a una ley contraria a la Constitución es considerada declarativa y produce efectos retroactivos (ex tunc)

Los efectos prospectivos de la declaración de inconstitucionalidad se presentan en el esquema kelseniano de modo que el vicio de inconstitucionalidad de la ley no es propiamente un vicio que genere una nulidad de pleno derecho, sino constitutivo de una simple anulabilidad, que le otorga a la sentencia del Tribunal Constitucional que la hace valer, carácter de sentencia constitutiva, reduciendo sus efectos hacia el futuro (ex nunc).

Se destacó el comienzo del cambio a partir de la reforma constitucional de 1994, y se hizo alusión a la Causa Mill de Pereyra.

Se puede decir que al finalizar este capítulo se cumplió con el primer punto de tesis a demostrar y defender que se expresó como: “Los derechos de Tercera Generación incorporados en la Constitución Nacional en 1994.” Los temas fueron abordados según el criterio de los principales autores tratados.

A partir de este primer capítulo se tratará seguidamente: El Defensor del Pueblo.

## **Capítulo II**

### **El Defensor del Pueblo**

**Sumario: 1. Introducción.2- El Defensor del Pueblo.3-La ley 24284 y el artículo 86 de la Constitución Nacional.4- El tema en el Derecho Comparado.5- El Defensor del Pueblo y su Competencia dentro del Derecho Comparado.6- Análisis dentro del**

**Marco Jurídico Nacional. 7- El Control de Constitucionalidad Mixto instaurado en la ciudad de Buenos Aires. 8- Consideraciones Finales**

**1. Introducción.**

El concepto y práctica de los controles –políticos y jurídicos- es una conquista del Constitucionalismo y del Estado de Derecho, sobre ello no hay discusión, pero en cambio, si la hay sobre su cantidad y calidad. Por ejemplo la figura del “Defensor del Pueblo”, si bien se ha difundido y goza de generalizada aceptación en los países

desarrollados, los resultados son diversos y no siempre satisfactorios, sobre todo en la medida de las expectativas; además, parte de la doctrina sostiene que provocó y continúa provocando confusión y superposición de roles con otros poderes, clásicos y novedosos.

Existe otro sector, que por el contrario, preconiza la creación de nuevos controles al lado de los tradicionales, porque considera que aquellos coadyuvarán en la compleja tarea de enfrentar con éxito los desórdenes y excesos del poder, es decir, sus patologías históricas.

Calificados estudios de algunas realidades hacen notar el desajuste que se produjo al insertarlo en culturas políticas no democráticas, sin perjuicio de reconocerle valores cívicos y docentes, aunque desaconsejando analizar a los “OMBUSDMAN” nativos en términos de la legislación pues ello podría ser, en el mejor de los supuestos, demasiado estrecho y, peor aún, inducir a errores.

En la República Argentina, la idea se concreta poco después de comenzado el proceso constitucional de 1983, en los nuevos plexos básicos de la Provincias de Santiago del Estero (15/3/86), San Juan (23/4/86), Salta (2/6/86), La Rioja (14/8/86), San Luis (14/3/87). La provincia de Buenos Aires promovió la Dirección Oficina Institucional de Reclamos (decreto N° 1.506 del 13/3/84) y, posteriormente, el Defensor del Pueblo mediante la reforma de la Constitución (13/9/94). Por su parte, la ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con el antecedente de la Controladuría General Comunal (Ordenanza N° 40.831 del 17/10/85).

Los problemas y los reparos sustanciales que suscita este órgano no son, principalmente, normativos. Para decirlo sin ambages, existen desconfianzas objetivas de que, en determinadas cuestiones que afectan o rocen a personas, políticas o intereses vinculados al Poder Ejecutivo, su titular se vea inhibido de "hundir a fondo el escalpelo".

El punto de tesis a demostrar y defender en este capítulo tiene que ver con: La figura del defensor del pueblo es una institución como lo denomina la Constitución Nacional.

Se analizará la figura del Defensor del Pueblo, teniendo en cuenta su capacidad, funciones y su legitimación procesal, definiendo si tiene la legitimación activa exclusiva, ante un eventual conflicto de intereses, para defender los intereses difusos.

## **2. El Defensor del Pueblo.**

En primer lugar cabe remarcar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene en alguna medida opinión formada al respecto.

El argumento que emplea la Corte en cada uno de los casos para rechazar la pretensión es idéntico: la ausencia de legitimación del presentante. Respalda su criterio en la doctrina vertida en Fallos 323:4098 y en las disposiciones de la ley 24284.

En el precedente citado el alto tribunal en los consids. 6 y 7 expresó: "Que si bien el art. 86 de la Constitución Nacional prescribe que el defensor del pueblo tiene legitimación procesal, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso,



si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (conf. doct. de Fallos 310:2943; 311:2725; 318:1323, entre muchos otros). No debe perderse de vista que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el tribunal (conf. causa `Gómez Diez', Fallos 322:528), pues la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2 ley 27 [ALJA 1853-958-1-13]).

Una constante jurisprudencia de la Corte -elaborada sobre la base de lo establecido por los arts. 116 y 117, (100 y 101 antes de la reforma de 1994) CN.- ha expresado que dichos casos son aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre las partes adversas, motivo por el cual no hay causa cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes; ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (Fallos 307:2384, consid. 2 sus citas y muchos otros); al respecto debe señalarse que la ley 24284 excluye expresamente del ámbito de competencia del órgano demandante al Poder Judicial (art. 16 párr. 2º), y establece que si iniciada su actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención (art. 21 ) (Fallos 321:1352).

### **3. La ley 24284 y el Artículo 86 de la Constitución Nacional.**

Con esta inclusión, Argentina se enrola en la línea que en la actualidad predomina en la teoría constitucional y que destaca que la presencia de este instituto en el régimen institucional comporta una de las notas distintivas que califican a la forma de gobierno existente como democrática.

A diferencia del modelo de la Constitución española, que primeramente estableció por vía constitucional al "defensor del pueblo" y luego delegó a una ley orgánica fijar su marco regulatorio, la experiencia argentina siguió el camino inverso (23)

La ley 24284, que fuera promulgada por el decreto 2469/1993 de fecha 2/12/1993, reglamentó la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo (24)

Con posterioridad, la convención reformadora reunida en Santa Fe aprueba, el 20/7/1994, la incorporación a la Constitución Nacional con el nombre de "defensor del pueblo", a la institución del ombudsman.

Luego de ello el decreto 1756/1994 promulga la ley 24379, mediante la cual se introducen modificaciones a la originaria ley 24284.

Previo a examinar el aspecto reglamentario que aporta al diseño constitucional del defensor del pueblo la ley 24284, conviene destacar que la sucesión legislativa

expuesta (ley 24284, mod. por ley 24379), con una reforma constitucional entremedio, ha suscitado opiniones encontradas.

En efecto, desde el campo de la doctrina se alzan voces discrepantes en cuanto a la legitimidad constitucional de la ley 24284 y su modificatoria.

Desde la perspectiva dogmática, la postura que sostiene la inaplicabilidad de la ley carece de respaldo. Sus directivas se encuentran vigentes, y los precedentes reiterados que sentó el alto tribunal desde el caso "Frías Molina" en adelante, que la aplicó expresamente, dan por tierra con dicha postura.

#### **4. El tema en el Derecho Comparado.**

Como anticipara, en la tarea de reunir elementos que ayuden a despejar la incógnita planteada, adquieren una gravitante incidencia los aportes que provienen del derecho comparado. Este perfil es el que constituye, el antecedente capital que explica la razón de ser de esta novísima institución de control en el esquema constitucional argentino.

La racionalidad del constituyente no puede ser materia de controversia. A la claridad normativa que fluye de la competencia subjetiva que fija el art. 86 CN., han de sumarse los antecedentes que provienen de la experiencia comparada, que aportan al debate elementos de juicio para el análisis interpretativo, no desdeñables en la tarea de fijar la legitimación del defensor del pueblo.

La individualización de la causa política que diera origen a la implantación del ombudsman en los sistemas de gobierno que lo han adoptado adquiere una cardinal trascendencia. La identidad de la naturaleza que le da vida a la misión con que se lo ha investido aparece como el denominador común que identifica la existencia de esta figura en el derecho comparado. Su atributo es ser un órgano destinado a controlar la gestión administrativa de las áreas gubernamentales, y no la calidad de la política en la acción de gobierno.

La causa primordial en la creación del ombudsman como órgano de control operando desde el ámbito del Poder Legislativo -ubicación institucional que preferentemente le asignan los ordenamientos que lo contemplan- fue la pérdida del poder político que antaño fuera patrimonio del Parlamento a expensas de la Administración; y apareado a ello, por inevitable consecuencia, el debilitamiento de la capacidad de contralor.

La trascendencia de disminuir el poder político del Parlamento a costa del crecimiento y expansión del singular mecanismo que identifica a la Administración -su estructura burocrática- incorporaba al delicado equilibrio funcional de los poderes del Estado un factor ciertamente desestabilizador de la armonía deseable. El efecto consiguiente era el daño a la esencia del sistema, cuya principal bondad radica en la fragmentación de las funciones gubernamentales en previsión del ejercicio abusivo del poder.

De los antecedentes y autores consultados surge un unánime criterio: constituye el objeto de su misión el obrar administrativo abusivo de la Administración Pública por comisión u omisión. Así lo ha sintetizado Fernández Emilio: (25)

a) Se trata de un delegado del órgano legislativo, encargado de facilitar el control que al mismo corresponde ejercer respecto de las manifestaciones de la actividad administradora. Es, por consiguiente, un mandatario, un representante, un comisionado de uno de los tres poderes en que tradicionalmente se divide la función gubernativa, pues va en ella involucrada la idea de que esta función significa el perfeccionamiento de una técnica de control ya existente y no un injerto ajeno a nuestros antecedentes constitucionales.

b) Es después de la Segunda Guerra Mundial cuando, ante el desbordamiento de la actividad administrativa, se siente la necesidad de estructurar un nuevo sistema de control.

Y se llega a la institución de moda entre los sistemas de control de la Administración Pública. Para buena parte de la doctrina, la ineficacia del proceso administrativo exige la implantación de otros sistemas, que permitan un control eficaz del ejercicio del poder y no se encuentra otro mejor que el ombudsman.

El ombudsman es -esto parece incuestionable- una institución de control parlamentario de la Administración. Aun cuando en algunas legislaciones este carácter aparece desdibujado por el órgano al que corresponde su nombramiento, es lo cierto que es instrumento de control de la Administración por el Parlamento. Ante todo y

sobre todo, controla por el Parlamento: a él eleva el informe anual que se prevé en las distintas reglamentaciones, y en especial en los supuestos de urgencia o gravedad.

Este carácter aparece netamente definido en el art. 54 de la Constitución de 1978, al configurarle como alto comisionado de las Cortes españolas, centrándose sus funciones, según el propio artículo, en la supervisión de la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes generales.

c) En este sentido, no debe perderse de vista que, como lo señalara Álvaro Gil Robles y Gil Delgado parece claro que el objetivo que debe fijarse como prioritario no es otro que el de centrar toda su actividad en amparar en lo posible al ciudadano frente a la mala Administración cuyos resultados se ve obligado a soportar. (26)

d) ¿Por qué existe esta institución? ¿Cuál es la razón por la cual diversos países con sistemas jurídicos tan dispares, como Francia, Israel, Gran Bretaña o España, entre muchos otros, han adoptado esta institución de origen escandinavo? Ello ha sucedido porque en todos esos países se ha considerado necesario proteger al administrado contra la desviación o abuso de la Administración, contra su actuar irregular o insuficiente.

e) La actuación del defensor del pueblo debe estar motivada por la comisión de actos, hechos o comportamientos que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular; abusivo, discriminatorio, negligente; gravemente inconveniente o inoportuno de las funciones asignadas a órganos de la Administración Pública. Se incluyen, de esta

manera, las actuaciones que la doctrina francesa y anglosajona han denominado mal administration

Dentro del ámbito objetivo de competencias, deben preverse también los comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la Administración Pública. En muchas ocasiones esos comportamientos adquieren mayor trascendencia que los hechos individuales por su pernicioso efecto al convertirse en auténticos enquistamientos endémicos en el seno de la Administración.

"...adoptar la figura del ombudsman encuentra justificación en los efectos benéficos que ella acarrearía, a saber: 1) aumentará el control sobre la Administración en áreas que escapan generalmente a los órganos y procedimientos tradicionales; 2) como inmediata repercusión de ello, aumentará la esfera de protección y tutela jurídica de los administrados, propendiendo así a una más integral defensa de las libertades y derechos fundamentales, no sólo los de carácter cívico sino también los de índole económica, social y cultural, así como los pertenecientes a la tercera generación de derechos, es decir, los de solidaridad social; 3) permitirá, asimismo, implementar un importante instrumento que estimulará la participación de los administrados en la gestión de los asuntos públicos; 4) mediante su inserción orgánica en la órbita del Poder Legislativo contribuirá al indispensable proceso de fortalecimiento del Parlamento en el marco institucional y social; 5) como obvia consecuencia del fortalecimiento del Parlamento, se alcanzará una mayor consolidación del sistema republicano"(27)

f) El clásico ombudsman estuvo vinculado a los problemas que nacían de una mala administración. Se observa aquí que se está frente a un funcionario que detenta un rol desacralizado, que en modo informal, controla a la Administración a partir de la verificación de un irregular funcionamiento en su seno, con impacto en los derechos humanos de los habitantes, recomendando su reparación, a fin de generar una propuesta de rectificación en los malos hábitos de la burocracia administrativa.

g) Fernández, Emilio citando a Badeni, Gregorio, recuerda que “La difusión del ombudsman, que obedeció a la necesidad de encontrar una respuesta al crecimiento del Estado y a la arbitrariedad administrativa, presenta características diferentes en cada ordenamiento jurídico, sin perjuicio de admitir la existencia de ciertas notas comunes que se pueden resumir en los siguientes puntos: (28)

\_Se trata de uno o varios funcionarios que actúan en forma autónoma dependiendo estructuralmente del órgano legislativo.

Como regla general, funcionan en los sistemas parlamentarios y no en los presidencialistas. Deben ser designados por el Parlamento y en esto se distinguen de los llamados ombudsmannen especiales que, por ser nombrados por el órgano ejecutivo, no participan de una de las características esenciales de esta institución.

En los sistemas parlamentarios, actúan como representantes del Parlamento para evitar la desnaturalización del poder.



\_La función de ombudsman es la de velar por la vigencia y respeto de los derechos e intereses de los gobernados mediante el control y la fiscalización de la actividad de la Administración Pública y, en algunos casos, de los tribunales judiciales. Así, en Dinamarca, a diferencia de lo que ocurre en Suecia y Finlandia, el ombudsman no puede conocer ni controlar la actividad jurisdiccional que desarrolla el Poder Judicial.

En los ordenamientos jurídicos que prevén esta institución, como regla general, no le está permitido al ombudsman vigilar la conducta de los ministros. Ello obedece a que los miembros del gabinete sólo son responsables políticamente ante el Parlamento. Esta limitación se puede extender a otros funcionarios, como ocurre en Nueva Zelanda con los integrantes de las fuerzas armadas, o a ciertos actos de la Administración; así, en Gran Bretaña el ombudsman no puede fiscalizar en asuntos políticos, ni las actividades que son consecuencia del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración.

## **5. El Defensor del Pueblo y su Competencia dentro del Derecho Comparado.**

El aporte que entrega el derecho comparado respecto de la finalidad que procura el defensor del pueblo es un elemento de juicio ciertamente decisivo. Así, la tradicional distinción que algunos atribuyen a Domat y otros a Ulpiano entre Derecho Público y Derecho Privado lleva a determinar con anticipación el ámbito subjetivo de control del ombudsman. En esta división hay que desterrar todo control relativo a la esfera enteramente privada.

Usualmente, bajo el nombre de "Administración" se individualiza a los sujetos sometidos al control del ombudsman. No obstante, como se sabe, la actividad administrativa, como fenómeno propio de la gestión pública, se desarrolla, en su concepción más comprensiva, en todas las áreas del Estado.

El orden comparado, en la búsqueda del sujeto pasivo objeto de la competencia del ombudsman, presenta un territorio orgánico que va de lo general a lo particular, producto de la existencia de dos sistemas diversos.

Así, la línea radial abarca, en su desplazamiento, un amplio espectro que comprende en ella a toda la estructura de órganos a través de cuya actividad se pone en movimiento a las funciones de los distintos poderes que materializan la acción de gobierno, como aquel otro que lo circunscribe, en principio, a la sola actividad administrativa de la Administración.

En suma, se observa que la postura amplia incluye a la noción de Administración, término utilizado para identificarlo con el Poder Ejecutivo o con su actividad específica. También comprende a las fases estrictamente administrativas del Poder Judicial y del Poder Legislativo, quedando al margen de todo control la función jurisdiccional a cargo del primero y la función legislativa en cabeza del segundo. En síntesis, la totalidad de la actividad administrativa que desarrollan los poderes del Estado.

Además, abarca a la actividad de prestadores de servicios de interés público - no pertenecientes al Estado- pero con controles de Derecho Público.

Precisado el ámbito subjetivo personal, la práctica comparada ofrece, con motivo de la asimilación que cada país haya realizado del instituto en función de sus conveniencias internas, una diversidad de escenarios relativos a los planos o jerarquías sobre los cuales se ejerce el control.

En este aspecto, las regulaciones de la competencia *rationae personae* exhiben diferencias de grado al momento de fijar la frontera o línea demarcatoria que se vinculan con hasta qué órganos llega la actividad controladora del ombudsman. Así, aparte de la actividad administrativa de la estructura pública, en determinados países la actividad de defensa (organismos militares) y las fuerzas de seguridad (policiales) son objeto de control por parte del ombudsman. Otra cuestión estriba en determinar en función del organigrama estatal la línea de corte o grado jerárquico que interrumpe la capacidad de contralor.

Sabido quién es el legitimado pasivo de la actividad de control, ahora corresponde conocer la materia sobre la que se dirige.

En principio no procede cuando se vincula la calidad de la gestión al campo de la acción de gobierno. Existe coincidencia en que lo concerniente a la actividad política no es objeto de investigación (29).

En el área que la normativa reserva al control del ombudsman su misión está configurada "por todo fenómeno jurídico administrativo, por toda actividad que sea resultado de los poderes o facultades de la Administración Pública o de sus agentes. No sólo las relaciones administrado-Administración Pública, sino también las relaciones del

funcionario y la Administración, y los problemas internos de organización y funcionamiento de la Administración Pública".

El cometido del ombudsman, busca ejercer un mecanismo de control sobre la Administración Pública y sus agentes que parte de una circunstancia objetiva que exterioriza a la realidad administrativa, entendida ésta en su acepción más amplia, es decir, como sustrato de la gestión que desarrollan todos los órganos que conforman la estructura estatal.

Esta realidad objetiva es "irregularidad jurídica de la acción estatal", "que se la reconoce con distintas fórmulas, más o menos amplias como nulidad, infracción, transgresión, desconocimiento, violación, contradicción, errónea aplicación, omisión, vicio, falsa aplicación, quebrantamiento, error de hecho en la apreciación, inobservancia, etc. En estas expresiones se alude tanto a la causa de la irregularidad o error como al hecho mismo que la constituye; de entre ellas, sin embargo, dos son las que emergen como más representativas del lenguaje legal y doctrinario: infracción y errónea aplicación de una norma".

"Su función fundamental es investigar, detectar disfuncionalidades y ejercer lo que se ha dado en llamar una magistratura de disuasión y no de imposición.

"Al carecer de imperium o poder de coacción, tiene como una de sus principales herramientas, la difusión a la opinión pública de las irregularidades detectadas. A nadie escapa que la difusión es poder y que la repercusión y el efecto multiplicador que tienen los medios de comunicación producen de inmediato una sanción social, muchas veces;

más importante que la sanción judicial, sobre todo para quienes ejercen el Poder Administrador" (30).

Al decir de Maiorano, "sustenta su actuación y eficacia en la repercusión y difusión pública de sus informes que representan auténticos cuadros de honor negativos en los cuales aparecen incluidos los agentes públicos y organismos que no han respondido a las recomendaciones del defensor del pueblo.

En este sentido, el derecho comparado ofrece dos tipos de informes:

a) los que realiza a las partes interesadas en la investigación a fin de comunicar el resultado de la misma y la respuesta del funcionario u organismo responsable; b) los que presenta ante el Poder Legislativo que, revisten singular importancia por la autoridad a quien se dirigen y por la publicidad que ellos adquieren.

Los caminos para efectuar tal fin son, en la práctica comparada, recomendaciones, reproches, recordatorios, advertencias, propuestas y, en algunos casos, legitimación procesal para acudir al Poder Judicial en el planteo de ciertas cuestiones"(31).

Pues bien, desde la perspectiva que ofrece el derecho comparado, y con motivo de la amplitud conceptual de los términos que emplea el constituyente cuando incorpora a la Carta Magna al defensor del pueblo, cabe preguntarse si éste se ha limitado a trasladar al ordenamiento argentino el esquema que casi en su generalidad presenta el instituto en otras latitudes respecto de la competencia objetiva y subjetiva, o, por lo

contrario, si ha sido su intención definir otro perfil, ya que como se ha podido observar es una institución que proviene del derecho escandinavo donde como regla general, funcionan sistemas parlamentarios y no presidencialistas, pero este tema será develado en la conclusión de la presente tesis.

## **6. Análisis dentro del Marco Jurídico Nacional.**

Se analizarán tanto la norma constitucional (art. 86 C.N.) como las leyes 24840 y 24379 que delimitan, sin margen de duda, la capacidad procesal del defensor del pueblo; también se considera relevante aportar una breve síntesis doctrinaria sobre lo que prestigiosa doctrina entiende respecto a la llamada legitimidad procesal.

Un primer punto a analizar es la órbita dentro de cual se desempeña el ombudsman.

El enclave constitucional del defensor del pueblo -órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación- ha dado lugar a que la doctrina expresara criterios enderezados a determinar su naturaleza. En este sentido Gil Domínguez comenta: (32)

“En cuanto a su naturaleza, a pesar de la ubicación en la órbita del Congreso, el defensor del pueblo es un órgano independiente dotado de plena autonomía funcional que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Por lo tanto se estima que es un órgano extrapoder, que sin formar parte del Poder Legislativo le pertenece y colabora con el Parlamento en la defensa de la legalidad. En este sentido Eugenio L. Palazzo, sostiene que los órganos extrapoderes son aquellos que pueden manejarse con independencia de criterio, es decir con autonomía funcional, aun cuando se encuentren en la órbita del alguno de los poderes tradicionales -para esta interpretación son extrapoderes el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, los jurados de enjuiciamiento, la Auditoría General de la Nación y el defensor del pueblo- en cambio serían intrapoderes aquellos que están subordinados al titular del poder (ej.: el Gabinete y su jefe y la Comisión Bicameral Permanente).

La diferencia entre los órganos extrapoderes y los intrapoderes radica en la capacidad que tiene el titular del poder respectivo para asumir las tareas encomendadas a su subordinado, resulta claro que en los extrapoderes esta asunción está prohibida”  
(33)

La parte 1ª del art. 86 CN.ordena: "El defensor del pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad".

He aquí las calidades que definen al defensor del pueblo. Ellas son: disfruta de enclave constitucional, circunstancia que desde la perspectiva piramidal del orden

normativo lo ubica como autoridad de la Nación en un plano de máxima jerarquía, no sujeto a instrucciones de ninguna otra, dado que la norma constitucional lo inviste como "independiente", y, en consecuencia, por la índole del atributo conferido ejerce su "misión" con autonomía funcional.

Empero, y desde un enfoque más práctico que principista, conviene detenerse en un primer acercamiento interpretativo que fluye de su nominación, en pro de aprehender en el plano de las relaciones intrapoderes e interorgánicas el perfil que le atribuye el constituyente cuando lo reconoce como "órgano independiente", "que actuará con plena autonomía funcional" para el cumplimiento de su labor. La idea fuerza que se desprende del texto de la norma constitucional argentina pareciera despojar al defensor del pueblo, en principio, de todo remedo con la figura que tradicionalmente lo ha caracterizado en los ordenamientos comparados.

Con referencia a dicha experiencia, los términos que emplea inducen a pensar que lo aparta del esquema de origen que lo configura como un "comisario parlamentario", "mediador", "promotor de justicia", "comisionado parlamentario", "procurador", "procurador general", "procurador del Congreso", "asesor para la Administración", "comisionado para investigaciones" y similares.

El texto luce despojado de todo vocablo que siquiera despierte o induzca, de mínimo modo, a la imagen de un delegado, mandatario o comisionado del Poder Legislativo.



Por su parte Spota (34) afirma: "En consecuencia el concepto de independiente hay que entenderlo, como no dependiente del Congreso o de otro poder constituido. No como con autonomía para hacer o no hacer.

"Esto es, integra el andamiaje administrativo del Congreso, pero no depende jerárquicamente del Congreso".

Entonces ¿El defensor del pueblo es "independiente" del Congreso de la Nación?

No obstante la cualidad de "independiente" con la cual destaca la Constitución Nacional al defensor del pueblo, sobre este aspecto se ha de efectuar una reflexión, a manera de interrogante, que trasciende el marco institucional estático que lo define. Esta reflexión se ahonda aún más si se vincula al objeto de este trabajo, que se pregunta con relación a si la legitimación procesal activa que le asiste al nombrado lo habilita para plantear la inconstitucionalidad de una ley (art. 77 y ss. CN.). En concreto, ¿la autoridad que consagra la Carta Magna en el art. 86 es, efectivamente, desde una perspectiva dinámica de las relaciones que genera la acción de gobierno, "independiente" con respecto al Congreso de la Nación?

Según Fernández Emilio, (35) este interrogante no puede abordarse sino como toda realidad institucional, el defensor del pueblo es un producto cultural. En otras palabras, que obedece su existencia al cometido humano. Esa categoría da pie a un doble enfoque para su análisis: uno estático, que se plasma en el contexto y diseño constitucional, y otro dinámico, inevitablemente destinado a interferir en un sinnúmero de

vínculos representativos de intereses sociales del más variado matiz y entidad, que conforman una realidad esencialmente cambiante. Desde esta perspectiva, las consecuencias de su obrar se comprenderán en el campo de las ciencias sociales y estarán sujetas al principio del deber ser.

Cuando el Congreso de la Nación designa al defensor del pueblo cobra operatividad un órgano al cual "formalmente" se le da rango o categoría de "independiente". Según el autor mencionado, la fórmula que emplea el constituyente, si bien loable en su propósito, es más retórica que efectiva, si se pondera, en el plano del análisis dinámico de la política, que quien lo nombra, el Congreso de la Nación, también cuenta con la capacidad de removerlo en las condiciones que la norma prevé.

Si bien la aspiración del constituyente pareciera ser crear un órgano independiente con los atributos de "plena autonomía funcional", su propósito sólo se concreta en la semántica que emplea. Limitaciones de orden práctico mitigan o palidecen a esa meta tan deseable, a lo cual se suma la inexistencia de una regulación constitucional mayor de la figura del defensor del pueblo, regulación que, en ensanchado horizonte, se abre a la potestad legislativa.

El vocablo "jerarquía" implica la idea de relación u orden entre personas. La gradación de éstas y la noción de jerarquía que implica son el producto final de un sistema de clasificación que adopta una tabla de valores aceptada por anticipado. Dicha gradación, si se la traslada a un esquema administrativo, se concreta en un vínculo que se denomina "jerarquía" y cuyo factor atributivo está constituido por la noción de poder,

es decir, dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa.

A la luz de las consideraciones precedentes, concluye que existen rasgos que empalidecen la "independencia" del defensor del pueblo, a saber:

1) La designación y remoción pertenecen al Congreso; 2) Administrativamente se inserta en el ámbito del Congreso; 3) La ley reglamentaria ha acentuado estos rasgos negativos, a saber:

La remuneración que percibe el defensor del pueblo la fija el Congreso de la Nación;

Presupuesto: los recursos para atender todos los gastos que demande el cumplimiento de su misión provienen de las partidas que las leyes de presupuesto asignan al Poder Legislativo de la Nación;

La Comisión Bicameral establece la estructura orgánico-funcional y administrativa de la Defensoría del Pueblo.

Para cubrir los cargos de funcionarios y empleados de la Defensoría el defensor del pueblo debe proponer a los presidentes de ambas Cámaras la nómina del personal al que desee que se le asignen funciones en dicho organismo. Ese personal debe revistar con anterioridad en la planta permanente de cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional (art. 33); v) El reglamento interno lo aprueba la comisión prevista en el inc. a del art. 2 de la ley organizativa (art. 34).

En aras al logro de una irrestricta libertad de iniciativa en la gestión del defensor del pueblo, en manera primordial en su vínculo dinámico con el Congreso de la Nación, no basta con utilizar la bondad intrínseca del término "independiente", con el cual lo designa el constituyente, si en la práctica institucional esto no es acompañado de otras actitudes que expresen la transparencia y objetividad por aquél perseguida.

Estas prácticas, en síntesis, deben generarse -principalmente- en el ámbito político, desligado de afinidades partidarias.

Cabe poner énfasis en que la eficacia institucional del defensor del pueblo, la cual estará dada en función de la independencia e imparcialidad de las personas a quienes se les confíe el ejercicio de sus atributos.

El segundo punto a analizar es la misión que se le otorga a la institución. En el art. 86 de la Constitución Nacional se prevé, como misión del Defensor del Pueblo, "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"

Tal como ya he afirmado anteriormente La Corte Suprema de Justicia interpretó que el control no alcanzaba a la actividad del Poder Judicial ("Frías Molina, Nélida Nieves c. I.N.P.S. - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 12/09/96, Fallos: 319:1828 -La Ley, 1997-A, 67; DJ, 1997-1-511- ).

Desde otro enfoque -y en cuanto al modo en que debe ser ejercido el control

del ejercicio de las funciones administrativas públicas-, de las directivas establecidas en la ley 24.284 -para el ámbito que en ella se regula- surge que el Defensor del Pueblo debe prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la Administración Pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter (art. 15).

Agustín Gordillo destaca que lo que el Defensor del Pueblo debe procurar es la corrección de los sistemas o mecanismos, normas o regulaciones, prácticas o costumbres, que por su carácter genérico sean las causantes de las violaciones concretas y particulares. No interesa tanto una sobrefacturación puntual como una sobrefacturación sistemática (36).

Se reconoce que tiene legitimación procesal; por lo que es adecuado interpretar que ella le es otorgada para promover acciones en ejercicio de sus funciones, en todo cuanto hace a las cuestiones de su competencia, en el ámbito nacional y ante órganos o tribunales supranacionales.

Admitir su actuación en los diferentes supuestos no supone dejar de lado la exigencia de que exista una "causa", ya que, en su caso, habrá una controversia planteada por él en defensa de intereses que afectan al orden público o social.

Como surge de lo expuesto precedentemente, la intervención del Defensor del Pueblo en defensa de la legalidad, o en resguardo de derechos de múltiples sujetos afectados no fue pacíficamente aceptada en sede judicial.

En los tribunales federales inferiores, salvo alguna excepción, ella fue reconocida (37).

El criterio del Tribunal Superior, por el contrario, fue muy restrictivo. En síntesis, la legitimación del Defensor fue negada con consideraciones generales, y aun dogmáticas; desconociendo su accionar "en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes" (38); por no ser titular de la relación jurídica sustancial, y por haber actuado "persona interesada" (un particular afectado, una empresa, una asociación).

Se ha sostenido que el Defensor del Pueblo actúa en defensa de todo el pueblo o de cada sector afectado (39).

Y es claro que, en su caso, debe alegar la afectación del sector o del pueblo. Pero no es menester que los intereses que defienda sean "homogéneos o comunes" de todo el pueblo. No puede ser trasladada a su ámbito, sin efectuar distinciones, la exigencia invocada en materia de legitimación de las asociaciones.

Más aún, cuando la afectación de derechos adquiere dimensión social no es extraño que la intervención del Defensor, para su defensa, implique un enfrentamiento respecto de un sector; no obstante lo cual su intervención podría estar justificada por "el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas" que le fue encomendado por el texto constitucional. Y también podría sostenerse que el interés común del pueblo sería el de asegurar la juridicidad en el obrar administrativo público.

Desde otro ángulo, está legitimado el Defensor en los supuestos en que el daño -aunque masivo- es individual y propio de cada uno de múltiples afectados.

Si se trata de derechos que pueden considerarse comprendidos en la regla prevista en el segundo párrafo del art. 43 de la Ley Suprema y, en su caso, se advierte la dimensión o incidencia colectiva o social de la afectación y la dimensión social de un interés general comprometido, la interpretación afirmativa se impone.

De no concurrir aquellas circunstancias, la legitimación deberá ser examinada a la luz de la directiva del art. 86 de la Ley Suprema, en el que resulta reconocida para 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".

En ambos casos la legitimación del órgano público encontrará sus límites en la defensa del interés colectivo y general. Y podrá ser necesaria la actuación de los particulares interesados para alcanzar, en su caso, el reconocimiento de especiales situaciones jurídicas individualizadas y su eventual restablecimiento (40).

Así, en relación con el mencionado art. 43, y en materia de servicios públicos -cuyo indebido funcionamiento es susceptible de provocar daños con impacto colectivo-, se ha señalado que, si bien los defectos e irregularidades en su prestación comprometen los intereses individuales de cada uno de los usuarios -en tanto éstos se hallan vinculados con la prestataria de aquéllos-, esa circunstancia en modo alguno obsta a la existencia de un genuino interés común del grupo -indeterminado-, frente a la empresa,

en lo que atañe al deber jurídico que pesa sobre ésta en cuanto al mantenimiento de la continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad del servicio.

Fernández, Emilio, (41) respecto de la misión que le compete según nuestra Carta Magna analiza que El art. 86 CN., en su parte pertinente, establece: "Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

El legitimado pasivo o el campo subjetivo sobre el cual recae la misión que la CN. le encarga al defensor del pueblo surge claramente delimitado de la fórmula transcripta. La defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes se circunscribe a los "hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

Conforme a lo transcripto, el defensor del pueblo tiene atribuida una misión genérica esencial: la defensa y protección de los derechos humanos. La enumeración que la Constitución Nacional efectúa en el art. 43, "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general", que constituyen materia específica de su cometido tutelar, ha de entenderse a simple título de ejemplo, pero tal descripción no da pie a un juicio extensivo de su investidura que altere la figura esencial -en el caso, la Administración,



que es el sujeto pasivo del objeto de control-. En mérito de lo dicho, su misión se enriquece, además, con la protección de los derechos y garantías e intereses contemplados en los distintos ámbitos dogmáticos de la Constitución y de las leyes reglamentarias e, implícitamente, alcanza a los tratados e instrumentos internacionales, de acuerdo y en los términos del art. 75 incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional. Este plexo "...no puede quedar afuera de la órbita de garantía y protección los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, que por su riqueza han sido considerados el núcleo esencial de la reforma de 1994".

Se aprecia que el constituyente realiza un distingo en la incumbencia atribuida al defensor del pueblo. Una faceta la constituye la defensa y la protección de los derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución Nacional y las leyes; y otro aspecto, también relevante, "el control del ejercicio de las funciones administrativas estatales".

De tal manera, su gestión involucra dos cometidos en un mismo plano de importancia. El uno es representativo y tutela contra hechos, actos u omisiones en ocasión de la actividad administrativa que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos e intereses de incidencia colectiva. El otro apunta al control preventivo o de gestión del aparato burocrático estatal encargado de llevar a cabo las funciones administrativas de gobierno.

Cabe hacer mención de que en el debate de la Convención Constituyente se cambió la fórmula "las funciones administrativas estatales" por el texto actual, porque si

se limitaba sólo a lo estatal, los entes concesionarios de los servicios públicos privados no podían ser controlados por el defensor del pueblo.

En la misma tónica, la ley 24284 (art. 17) establece: "...quedan comprendidos dentro de la competencia de la Defensoría del Pueblo, las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos".

Desde la perspectiva de Barra, (42): "...el art. 86 es el que establece la regulación básica y la competencia sustancial del defensor; esta última norma limita la intervención del defensor al campo de la Administración"; por ello "el art. 43 debe leerse necesariamente en conjunto con el art. 86 ", cuando "legitima la actuación judicial del defensor, en la acción de amparo para los casos de agravios a derechos de incidencia colectiva, sin distinguir la procedencia orgánica del agravio (acto u omisión de autoridades públicas, dice la norma).

Desarrolla su actividad de promoción y defensa de los derechos humanos ante hechos, actos u omisiones de la Administración y controla el ejercicio de las funciones administrativas públicas".

El juego armónico de los arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional debe interpretarse según los autores señalados, no sólo como que han incorporado a la legislación vigente la figura del defensor del pueblo de la Nación sino que -además- lo han legitimado procesalmente.

Si bien abarcando el concepto amplio de Administración, tanto Bazán Lazcano (43) coincide en que el blanco de la gestión del defensor del pueblo se dirige a los agravios que ocasiona la actividad administrativa. El primero de ellos dice: "...la protección y promoción de los derechos humanos no se limita al ámbito de la Administración Pública, sino que se extiende a la administración de justicia en lo atinente a la prestación del servicio de justicia y a la administración legislativa". El segundo dice: "Teóricamente, no hay dificultad para admitir que cuando el art. 86 CN. se refiere a los 'hechos, actos u omisiones' respecto de los cuales el defensor del pueblo tiene la 'misión de la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, habla de los que es responsable la Administración y, al hacer alusión a las potestades que le asigna la Constitución al defensor del pueblo, indica el amparo público para el que aquél está legitimado por la primera, que comprende toda acción u omisión administrativa del gobierno general contraria a los derechos de incidencia colectiva, y de que el control que está llamado a realizar, también por la Constitución, en defensa y protección de tales derechos, se refiere a las funciones administrativas públicas".

Continúa afirmando "El ámbito de acción del defensor del pueblo está establecido tanto en la Constitución Nacional como en la ley especial que lo reglamenta. Su misión, como queda claro, es la defensa y la protección de los derechos humanos, y demás derechos, garantías e intereses previstos en la Constitución y en las leyes, frente a actos de la Administración Pública y el control del ejercicio de las funciones administrativas estatales".

Desde otro enfoque, relativo al ámbito de la misión del defensor del pueblo, Gozáni sostiene que 1) Los derechos humanos y el ombudsman: los derechos humanos soportan el peso principal, los que pueden encontrarse violentados por disposiciones de carácter público o privado. 2) Los demás derechos citados en la Constitución. Los demás derechos parecieran referirse a lo que se podría llamar el “bloque de constitucionalidad” atrapado por las normas y tratados con jerarquía constitucional que se incorporan reconocidos al texto de la ley superior. Sería el caso, también de las defensas contra cualquier forma de discriminación, las relativas a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva. 3) Las garantías constitucionales: cuando la Constitución habla de garantías, introduce un concepto tuitivo poco preciso en el recorrido general de las disposiciones fundamentales. ¿Cuáles son las garantías que ha de proteger el ombudsman? ¿Serán las garantías individuales, las colectivas, o las procesales? o acaso todas. Se puede interpretar que el defensor del pueblo protege “las garantías” en un aspecto sustantivo que cubre la totalidad de acciones que tienen posibilidad de defender la carta fundamental y la supremacía de sus disposiciones: como también a las “garantías individuales” que contabiliza cada persona y que defiende en los procesos constitucionales conocidos” (44).

Cuando en la primera categoría el nombrado se refiere a los derechos humanos refiere que "...pueden encontrarse violentados por disposiciones de carácter público o privado".

La misión de tutela asignada al defensor del pueblo no está expedita para resguardo de derechos o intereses cuya amenaza o concreto daño tenga origen en una conducta privada. Tanto las enseñanzas del derecho comparado como la redacción del art. 86 de la Constitución Nacional y las leyes 24284 y 24739 (arts. 16 y 17) que indican qué organismos están incluidos y cuáles expresamente excluidos de su competencia, emplazan a la actividad administrativa como sujeto pasivo del obrar de aquél. Salvo que al emplearse el vocablo "privado" se haga alusión a "las privadas prestadoras de servicios públicos" (art. 17).

La autoridad del obrar del defensor del pueblo nace de la Constitución Nacional. El art. 86 emplaza al destinatario de la competencia subjetiva. Ella se configura en ocasión de hechos, actos u omisiones de la Administración; también participa de su ámbito el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

La última parte del art. 86 CN. encomienda que "...la organización y el funcionamiento de esta institución, será regulados por una ley especial".

Como antes se hiciera mención, más allá de la ilegitimidad constitucional que calificada doctrina le endilga, lo cierto es que se halla vigente la reglamentación habida por mérito de la ley 24284, con las modificaciones que introdujo su igual 24379.

Ello obliga al juez a su aplicación, en tanto no opere alguna de las causas que la normativa prevé para que pierda su poder heterónimo.

En consecuencia, las atribuciones del defensor del pueblo están fijadas en la norma Constitucional y en ley 24284, con la modificación que introdujo la ley 24379, que reglamenta la directiva básica, entre otros tópicos, relativa al ámbito de aplicación y competencia.

Ésta en su art. 14 establece como misión del defensor del pueblo efectuar "...cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública Nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos".

La aptitud de gestión de los órganos del Estado proviene de la norma - Constitución o ley-. Ella tiene que ser expresa. Razón por la cual no es admisible extraer del silencio de la disposición que fije el límite del obrar el ejercicio de funciones en exceso de las que ella determina, sobre la base argumental de la existencia en cabeza del órgano de facultades implícitas.

Al respecto González Pérez, (45) dice: "Pero el ombudsman en sí -en nuestro caso, el defensor del pueblo- no puede ir más allá de la competencia delimitada por las leyes respectivas".

Es propicio recordar un criterio hermenéutico medular de este sistema de gobierno. El equilibrio institucional de los poderes del Estado reposa en una delicada,

como tan precisa, interpretación armónica que se realice de la normativa de la Constitución Nacional.

La propia Corte Suprema ha señalado, en forma reiterada, que dentro del sistema republicano de gobierno establecido (y vale asimismo para el obrar interno de cada uno de ellos) el accionar de los tres poderes del Estado es armónico y coordinado, pues aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales.

La invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad.

La Constitución Nacional establece y delimita los poderes de las "autoridades de la Nación" que conforman el gobierno federal.

El control que ejerce el Poder Judicial sobre la actividad de la Administración Pública se refiere únicamente a la legitimidad del acto o reglamento y de ninguna manera a la oportunidad, mérito o conveniencia de aquéllos, puesto que estas tres últimas situaciones apuntadas son competencia exclusiva de la Administración, en la medida en que integran su zona de reserva.

Por la tesis contraria, Gordillo sostiene resultaría absurdo, teniendo una nueva Constitución, con nuevos derechos y garantías de naturaleza colectiva, resolver que decenas de miles de estudiantes hagan decenas de miles de juicios individuales que tendrán decenas de miles de providencias iguales y decenas de miles de sentencias iguales; o decenas de miles o millones de obreros litiguen por lo mismo, o decenas de miles de abogados por su profesión, o centenares de miles o media docena de millones de usuarios por las tarifas de sus servicios públicos, etc. Ello violentaría el más elemental sentido común e impediría el acceso a una tutela judicial efectiva y razonablemente pronta (46).

#### **7. El control de Constitucionalidad mixto instaurado en la ciudad de Buenos Aires.**

La Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco del art. 113 inc. 2° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires está legitimado para plantear un acción de inconstitucionalidad.

Gil Domínguez, Andrés, (47) refiriéndose a un fallo de la Corte Suprema de tal instancia, comenta que la Constitución local ha asignado a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires una clara función: defender, proteger y promover los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Dicha misión está dirigida contra los actos, hechos u omisiones de la administración o de



prestadores de servicios públicos, a lo que deben sumarse, los actos, hechos u omisiones de las fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad local (art. 2º, ley 3 -Adla, LIX-A, 909- ).

La institución del Defensor del Pueblo ha tenido una evolución histórica que reconoce cuatro etapas. La última etapa presenta como una de sus notas distintivas la protección y promoción de los derechos humanos, que no se limita al ámbito de la administración pública, sino que se extiende a la administración de justicia en lo atinente a la prestación del servicio de justicia y a la administración legislativa que se traduce en la posibilidad de participar en el mecanismo parlamentario mediante el instituto de la iniciativa legislativa. Este camino es el transitado por el legislador de la Ciudad al establecer en el art. 2º de la ley 3 que "quedan comprendidos también los actos de naturaleza administrativa de los poderes Judicial, Legislativo y de los Órganos de control".

La tarea encomendada por el constituyente se puede cumplir mediante dos vías: el control político o control directo y el control jurisdiccional o control indirecto. Estos controles, si bien funcionan en permanente retroalimentación, poseen una esfera de actuación propia y la puesta en marcha de uno no obsta al ejercicio del otro.

El control político es ejercido y monitoreado de manera directa por la Defensoría. No existe un tercero imparcial e imparcial que decida sobre las observaciones e investigaciones que se realicen. Tiene esencialmente un carácter investigativo y preventivo. En este sentido, la Defensoría puede: a) comprobar el respeto

a los derechos humanos en unidades carcelarias y penitenciarias, dependencias policiales e institutos de internación o guarda, tanto públicos como privados sujetos al control de la administración, b) solicitar vista de expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil a los efectos de la investigación, aun aquellos clasificados como reservados o secretos, sin violar el carácter de estos últimos, c) realizar inspecciones a oficinas, archivos y registros de los entes y organismos bajo su control, d) solicitar la comparencia personal de los presuntos responsables, testigos, denunciantes y de cualquier particular o funcionario que pueda proporcionar información sobre los hechos o asuntos que se investigan, e) ordenar la realización de los estudios, pericias y la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación, f) fijar los plazos para la remisión de informes y antecedentes y para la realización de diligencias, g) requerir la intervención de la Justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiere sido negada, h) ejercer la iniciativa legislativa, i) proponer la modificación o sustitución de normas y criterios administrativos, j) solicitar, para la investigación de uno o varios casos determinados, el concurso de empleados y funcionarios de la administración, k) requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de su labor de investigación, l) asistir a las comisiones y juntas de la Legislatura, en las cuestiones relativas a su incumbencia con voz pero sin derecho a voto, ll) realizar toda otra acción conducente al mejor ejercicio de sus funciones (art. 13, ley 3).

El control jurisdiccional se viabiliza mediante la legitimación procesal conferida por el constituyente que posibilita la "promoción de todas clases de acciones

administrativas y judiciales en todos los fueros inclusive el federal" (art. 13 inc. h, ley 3). En este supuesto el control es indirecto, por cuanto la Defensoría acude a un órgano imparcial e imparcial en procura de justicia con el objeto de cumplir el mandato constitucional de promover, proteger y defender los derechos humanos. En la actual situación evolutiva de la Defensoría, otra nota esencial, la constituye una amplia legitimación procesal que le posibilite intervenir en los procesos constitucionales y judiciales con el fin de impugnar comportamientos estatales y de particulares que violen derechos humanos.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en el art. 113 inc. 2° incorporó un sistema de control de constitucionalidad mixto.

En primer lugar, el Tribunal Superior entiende con competencia originaria y exclusiva en las acciones declarativas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad que sean contrarias a la Constitución Nacional o a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. De esta manera, estamos ante un sistema de control de constitucionalidad: a) jurisdiccional, no político, b) concentrado, c) posterior, d) con cosa juzgada constitucional con efecto erga omnes ex nunc, d') salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses posteriores a la emisión de la sentencia por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

En segundo lugar, la ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior y clásico control de constitucionalidad difuso ejercido

por cualquier juez y por el Tribunal Superior.

El control político con reenvío a la Legislatura permite superar la objeción contramayoritaria sobre la legitimidad del control de constitucionalidad por parte de los jueces. Y a la vez, se limita a una simple operación de constatación o verificación, entre la norma impugnada y las normas constitucionales nacionales o locales. Ahora bien, ni del texto, ni de la voluntad del constituyente surgen expresamente los alcances de la legitimación procesal para promover acción directa de inconstitucionalidad en los términos del art. 113 inc. 2º, pero tampoco surge con nitidez alguna clase de limitación o exclusión, ¿cómo interpretar este silencio? Si se toma como ejemplo la ausencia (o el silencio) de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional como elemento de verificación al momento de realizarse el juicio de adecuación constitucional; ¿sería posible rechazar una acción de inconstitucionalidad basada solamente en un artículo de un instrumento internacional con jerarquía constitucional porque no figura expresamente en el art. 113 inc. 2º?

En el derecho de los derechos humanos (dimensión superadora del derecho público) los principios de progresividad, irreversibilidad, opción preferencial por la fuente que mayor protección depara a las personas y protección procesal, confluyen en un punto común de irradiación: la mayor protección, promoción y vigencia sociológica de los derechos humanos.

En un control concentrado, legitimado con el reenvío, con sentencias con efecto erga omnes, en donde se debate la vigencia de la legalidad constitucional no cabe otra

conclusión que una legitimación procesal amplísima. Se podrá discutir si se está frente a una acción popular local o nacional, pero parece sencillo deducir -desde una hermenéutica garantista - se está ante una acción popular de inconstitucionalidad. En un estado social y democrático de derecho, que se configura por medio de la supremacía constitucional, la fuerza normativa y la práctica constitucional expanden la vigencia de la legalidad constitucional, mediante el presupuesto básico que consiste en reconocer legitimación procesal a todo habitante de dicho estado -por el solo hecho de serlo- para que pueda acceder y permanecer en los procesos constitucionales existentes, con el objeto y fin de preservar la supremacía constitucional.

Acierta la mayoría del tribunal cuando sostiene que la legitimación exigida para interponer la acción directa de inconstitucionalidad ha sido deferida al poder constituido. Pero se equivoca cuando intenta limitar el campo de discrecionalidad de la Legislatura. Hans Kelsen sostiene que no será en su naturaleza un órgano jurisdiccional, sino por el contrario, que en cuanto limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución y eliminar a las no compatibles, es un órgano legislativo que suprime leyes hasta ese momento eficaces con efecto erga omnes. Para Kelsen, el Poder Legislativo se ha escindido en dos, por un lado, el legislador positivo que dicta las leyes y, por el otro, el legislador negativo que elimina aquellas normas incompatibles con el texto constitucional. La mayoría transmuta su rol de legislador negativo y se transforma decididamente en legislador positivo, función extraña a cualquier órgano jurisdiccional en un estado social y democrático de derecho.

Tampoco seduce el argumento denegatorio basado en el art. 64 de la

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. La exigencia, de al menos, el uno por ciento del padrón electoral para ejercer la iniciativa legislativa, es uno de los requisitos de funcionamiento de un mecanismo de democracia semidirecta, que no limita los contornos del control de constitucionalidad.

La Defensoría está facultada constitucionalmente con la iniciativa legislativa, y para poder ejercerla, no debe reunir ningún porcentaje del padrón electoral. Esta "representación" desemboca lógicamente en la siguiente conclusión: si para ejercer el control político mediante la iniciativa legislativa, la Defensoría -a diferencia de cualquier habitante- no debe reunir ningún porcentaje del padrón, para ejercer el control jurisdiccional mediante la promoción de una acción de inconstitucionalidad tampoco debe reunir ningún porcentaje.

Habiendo arribado a este punto, ¿ se puede sostener que la Defensoría no está legitimada para interponer acción directa de inconstitucionalidad con el objeto de cuestionar una ley que faculta a la administración por acción u omisión a violar los derechos humanos de los habitantes de la ciudad? La respuesta negativa es clara y contundente.

No se puede caer en el ilógico supuesto de posibilitar al Defensor/Defensora en su calidad de habitante o de ciudadana la promoción de una acción de inconstitucionalidad y negársele cuando desee iniciarla en su carácter de titular del órgano constitucional.

A la vez, se debe retomar cuál es la principal misión de la Defensoría: defender

los derechos humanos ejerciendo controles políticos y promoviendo los controles jurisdiccionales. Y no existe un proceso constitucional en la Ciudad de Buenos Aires más sencillo, célere, libre de obstáculos, económico, etc. que la acción directa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113 inc. 2º CCABA. Negarle legitimación procesal a la Defensoría implica estrangular una de sus herramientas más importantes, y sobre todo importa que el Defensor/Defensora defienda menos los derechos humanos y que el pueblo sea menos pueblo.

#### **8. Consideraciones finales.**

Se termina de desarrollar el capítulo “El defensor del Pueblo”. La figura del “Defensor del Pueblo”, si bien se ha difundido y goza de generalizada aceptación en los países desarrollados, los resultados son diversos y no siempre satisfactorios, sobre todo en la medida de las expectativas; además, parte de la doctrina sostiene que provocó y continúa provocando confusión y superposición de roles con otros poderes, clásicos y novedosos.

En la República Argentina, la idea se concreta poco después de comenzado el proceso constitucional de 1983. Surgiendo la figura del Defensor del Pueblo mediante la reforma de la Constitución del año 1994.

La Corte Suprema respalda su criterio en la doctrina vertida en Fallos 323:4098 y en las disposiciones de la ley 24284. Debe señalarse que la ley 24284 excluye expresamente del ámbito de competencia del órgano demandante al Poder Judicial (art. 16 párr. 2º), y establece que si iniciada su actuación se interpusiere por persona

interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención (art. 21 ) (Fallos 321:1352).

A través de la ley 24284 y el Artículo 86 de la Constitución Nacional Argentina se enrola en la línea que en la actualidad predomina en la teoría constitucional y que destaca que la presencia de este instituto en el régimen institucional comporta una de las notas distintivas que califican a la forma de gobierno existente como democrática.

A diferencia del modelo de la Constitución española, que primeramente estableció por vía constitucional al "defensor del pueblo" y luego delegó a una ley orgánica fijar su marco regulatorio, la experiencia argentina siguió el camino inverso.

La ley 24284, que fuera promulgada por el decreto 2469/1993 de fecha 2/12/1993, reglamentó la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. Luego de ello el decreto 1756/1994 promulga la ley 24379, mediante la cual se introducen modificaciones a la originaria ley 24284.

Fernández Emilio, sintetiza esta figura diciendo que se trata de un delegado del órgano legislativo, encargado de facilitar el control que al mismo corresponde ejercer respecto de las manifestaciones de la actividad administradora. Es, por consiguiente, un mandatario, un representante, un comisionado de uno de los tres poderes en que tradicionalmente se divide la función gubernativa, pues va en ella involucrada la idea de que esta función significa el perfeccionamiento de una técnica de control ya existente y no un injerto ajeno a nuestros antecedentes constitucionales.



El ombudsman es una institución de control parlamentario de la Administración. Aun cuando en algunas legislaciones este carácter aparece desdibujado por el órgano al que corresponde su nombramiento, es lo cierto que es instrumento de control de la Administración por el Parlamento. Ante todo y sobre todo, controla por el Parlamento: a él eleva el informe anual que se prevé en las distintas reglamentaciones, y en especial en los supuestos de urgencia o gravedad.

La figura del Ombudsman aumentará la esfera de protección y tutela jurídica de los administrados, propendiendo así a una más integral defensa de las libertades y derechos fundamentales, no sólo los de carácter cívico sino también los de índole económica, social y cultural, así como los pertenecientes a la tercera generación de derechos, es decir, los de solidaridad social. Se trata de uno o varios funcionarios que actúan en forma autónoma dependiendo estructuralmente del órgano legislativo.

La función de ombudsman es la de velar por la vigencia y respeto de los derechos e intereses de los gobernados mediante el control y la fiscalización de la actividad de la Administración Pública y, en algunos casos, de los tribunales judiciales.

Su función fundamental es investigar, detectar disfuncionalidades y ejercer lo que se ha dado en llamar una magistratura de disuasión y no de imposición.

En cuanto a su naturaleza, a pesar de la ubicación en la órbita del Congreso, el defensor del pueblo es un órgano independiente dotado de plena autonomía funcional que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Por lo tanto se estima que es un

órgano extrapoder, que sin formar parte del Poder Legislativo le pertenece y colabora con el Parlamento en la defensa de la legalidad.

A través del desarrollo de este capítulo se pudo cumplir con el punto de tesis a demostrar y defender que fue expuesto en el Diseño Comentado: La figura del defensor del pueblo es una institución como lo denomina la Constitución Nacional.

El tema que se desarrolla en el próximo capítulo se titula: El Defensor del Pueblo tiene la legitimación activa para defender los intereses difusos a través del amparo.

### **Capítulo III**

**El defensor del pueblo tiene legitimación activa para defender los intereses difusos a través del amparo.**

**Sumario: 1- Introducción. 2-Cuestiones Generales. 3- Legitimación Procesal. 3.1- Las Asociaciones. 4 El Defensor del Pueblo con relación a la Legitimación Procesal. 5- Derechos de incidencia colectiva vs. Derechos pluriindividuales .6- La acción de amparo como medio de tutela de los intereses colectivos o difusos en el nuevo esquema constitucional argentino. 7- La Consagración Jurisprudencial del Hábeas Corpus Colectivo: El Fallo Verbitsky. 8- Consideraciones finales.**

## **1. Introducción.**

Dentro de las numerosas modificaciones que se llevaron a cabo a partir de la Reforma Constitucional de 1994, una de las más novedosas y trascendentes fue la del

artículo 43, al introducir la dimensión colectiva a la ya existente acción de amparo individual, cuyos fines fue proteger “al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Consecuentemente, también se consignó en el texto fundamental la ampliación de la legitimación activa de la acción de amparo para que pueda ser interpuesta por “el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley”, cuando los derechos que se pretenda proteger configuren “intereses difusos” o “derechos de incidencia colectiva.”(48)

Ante la ausencia de legislación infraconstitucional de este instituto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han ido delimitando sus características y requisitos.(49) De manera que, toda su interpretación es de fuente constitucional y, según quien la efectúe, judicial o autoral.( 50)

Por lo tanto, se podría afirmar que ha corrido mucha agua bajo el puente desde el leading case en la materia, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social (Estado nacional) s/ amparo ley 16.986.( 51)

Se abordará la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de los diferentes aspectos de la acción de amparo colectivo.

Así, se señalarán algunos criterios jurisprudenciales relativos a cuestiones generales de la acción. Más adelante, se estudiarán los lineamientos del Tribunal relacionados a la legitimación de las asociaciones y del Defensor del Pueblo para

promover esta acción. A su vez, se desarrollará la noción y alcance de los llamados “derechos de incidencia colectiva”, que son, precisamente, aquellos cuya protección se persigue con la interposición de una acción de amparo colectivo, diferenciándolos de los “derechos pluriindividuales”. Por último, resulta interesante realizar un somero análisis del denominado fallo ‘Verbitsky’, en lo que respecta a la decisión de la CSJN de extender a una acción de habeas corpus correctivo, la dimensión colectiva que caracteriza al instituto en examen, incluyendo de tal forma a esta garantía para la protección de los derechos de libertad ambulatoria dentro de la órbita del art. 43 de la Constitución Nacional.

El presente capítulo se desarrollará contando con bibliografía de relevantes autores y se demostrará y defenderá el punto de tesis: El Defensor del Pueblo y la Legitimación Activa para defender los intereses difusos a través del amparo.

## **2. Cuestiones Generales.**

La Reforma constitucional de 1994 consagró expresamente en el art. 43 del texto fundamental la protección jurisdiccional de los derechos de incidencia colectiva y, a partir de ello, la dogmática jurisprudencial ha ido configurando el alcance y los rasgos articulares para su procedencia.

Así, partiendo de la siguiente caracterización definida por la CSJN en reiteradas ocasiones “el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas

situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva”; (52) puede extraer una primera característica esencial de la acción de amparo colectivo: es un remedio judicial de ultima ratio que procura la protección de fundamentales de incidencia colectiva ante el menoscabo o la amenaza de producción de un daño colectivo, cual es el experimentado por un conjunto de personas a raíz de la lesión de un interés grupal.

Con relación a la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, el Tribunal en el Caso “Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yacyretá”, rechazó la acción interpuesta por la actora, toda vez que entendió que no se advertía la presencia de actos del poder administrador que evidencien arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que justifiquen su procedencia (53)

La Corte señaló que “los propios dichos de los actores revelan la ausencia de certeza en la que se encuentran, situación efectivamente opuesta a la exigida por este tipo de procesos”, por lo que desestimó la viabilidad de la acción de amparo en virtud de la complejidad del tema y la improcedencia de considerar en este marco, la eventual decisión de la entidad como manifiestamente ilegal o arbitraria.

Por otra parte, debe destacarse que quien promueve una acción de amparo colectivo debe demostrar y acreditar una concreta afectación -actual o inminente- de

sus derechos o de los derechos de sus asociados o de quienes represente, que conduzcan al menoscabo de los derechos que se pretende proteger (54).

En este sentido, la CSJN ha considerado, en reiteradas ocasiones, que dentro de un proceso expedito y rápido como la acción de amparo, las medidas probatorias requeridas para resolver el caso en análisis, no deben exigir mayor amplitud porque, de lo contrario, deviene necesario imprimirle a la causa el trámite ordinario (55)

A mayor abundamiento, en el caso “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros” -donde la actora reclamaba la recomposición integral de los presuntos daños colectivos ambientales causados por la actividad que desarrollaban las demandadas y la adopción de las medidas pertinentes para evitar en lo sucesivo la reiteración de daños de ese carácter- entendió que no correspondía la vía del amparo, sino la ordinaria dado que “las medidas probatorias necesarias para la dilucidación de los eventuales daños ocasionados por la actividad de las demandadas exigen un marco procesal más extenso. De la sola consideración del ofrecimiento de pruebas de la interesada se impone tal temperamento, de modo que resulta adecuada la adopción del régimen ordinario (56)

En su disidencia parcial, los doctores Vázquez, Maqueda y Zaffaroni manifestaron que “el art. 1º de la ley 25.675, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Nacional, establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. De lo expresado

resulta que el trámite a conferir a esta causa se encuentra ineludiblemente vinculado con las particulares características que el texto constitucional y la norma legislativa han conferido tanto a la intervención de las partes como al curso mismo del proceso” (57).

En el marco de lo expuesto, consideraron que correspondía conferir el trámite de ordinario a la mencionada causa.

### **3. Legitimación Procesal.**

La legitimación procesal es una herramienta de primer orden en la apertura de rutas procesales. (58)

De manera que, si se carece de legitimación para iniciar una acción de amparo colectivo, no se posee la facultad de reclamar judicialmente la protección de un interés grupal o difuso, con lo cual, si la parte que intenta iniciar una acción no reúne las condiciones de “parte”, se carece a su vez de “causa” o “caso” judicial que pueda ser objeto de decisión judicial.

En efecto, el máximo Tribunal ha limitado la legitimación procesal de las asociaciones y del Defensor del Pueblo en base a consideraciones de dos órdenes: por un lado, las relativas a la exigencia de una causa judicial concreta y, por el otro, en base al fundamento de las pretensión, es decir, a partir de la distinción entre derechos de incidencia colectiva y derechos patrimoniales individuales.



Así, entendió como necesario, por un lado, probar el carácter de titular de la relación jurídica sustancial, y por otro lado, acreditar que sean derechos de incidencia colectiva los que resultan ser el objeto de la acción incoada a través de esta vía procesal.

Además, resulta necesario acreditar en cada caso cómo los derechos de incidencia colectiva se ven lesionados o por qué existe una seria amenaza de que ello suceda.

Se podría afirmar que son “causas judiciales” aquellas en que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes la demandan.

En este sentido, debe recordarse que desde antiguo la CSJN ha señalado que “no compete a los jueces hacer declaraciones abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos. Las “causas”, que habilitan la actuación judicial, son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas. Y, con tal comprensión, la existencia de un “caso” o una “causa” presupone la de “parte”; esto es, requiere como presupuesto necesario, la legitimación procesal: la presencia de “quien reclame o se defienda” y la de “quien se beneficie o perjudique con la resolución que ha ser dictada en el proceso (59).

Por lo tanto, en el presente apartado se analizarán los criterios que ha seguido el Tribunal para considerar la legitimación tanto de las asociaciones como del Defensor del Pueblo para actuar en el marco de una acción de amparo colectivo.

### **3.1 Las asociaciones.**

En cuanto a la legitimación procesal de las asociaciones requerida por el art. 43 de la Constitución Nacional, en el caso “Galantini, Miguel Alfredo c/ Asociación Correntina Amateur de Hockey sobre Césped y Pista s/ amparo” la CSJN sostuvo que “...la carencia de legitimación se configura cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento (Fallos: 311:2725; 312:985, 2138; 317:687, 1598, 1615; 318:1323, 2114).

Asimismo, con especial referencia a la legitimación que requiere el art. 43 de la Constitución Nacional, aun cuando la reforma constitucional de 1994 importó un ensanchamiento de la protección constitucional, lo cual ha sido consagrado en el segundo párrafo de aquella norma con relación a determinados sujetos y materias, ello no enerva la exigencia que para todo tipo de causas consagra el art. 116 de la Constitución Nacional, acerca de que quien -como ocurre en el caso- alegue padecer una afectación de sus derechos, demuestre un interés concreto, inmediato y sustancial a fin de viabilizar la acción de amparo” (60).

De este modo, el Tribunal rechazó el recurso extraordinario interpuesto y confirmó la sentencia apelada, toda vez que consideró que lo decidido en las instancias anteriores acerca de que “...no obstante el pesar de la deportista...no es ella individualmente considerada quien sufre las consecuencias del supuesto acto arbitrario, manifiestamente ilegal y lesivo, sino el Club al cual pertenece, como ente colectivo,

representante de todos sus asociados y simpatizantes, quienes han sufrido el descuento de puntos durante el Torneo Oficial 1999, y como consecuencia la pérdida de posiciones en dicho evento deportivo”, se adecua a la interpretación constitucional reseñada, sin que, por lo demás, se advierta una irrazonable evaluación de los hechos del caso, en tanto se ponderó que la sanción no fue “aplicada en forma personal a la actora” y que, “el titular de la acción, esto es, el club destinatario de la medida reglamentaria formuló los [pertinentes] reclamos a la Asociación Amateur de Hockey, agotando las instancias reglamentarias y quedando expedita la acción jurisdiccional que debió promover”. (61)

En otro orden de ideas, el más alto Tribunal se pronunció sobre la legitimación de las asociaciones sindicales para promover una acción de amparo colectivo. Precisamente, en el caso “Sindicato Argentino de Docentes Particulares S.A.DO.P. c/ Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, amparo que versaba sobre la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1123/99 del PEN que eximió a las universidades privadas de la contribución de la ley 24.714, art. 5, inc. a), punto 1), en relación al personal docente con vínculo de dependencia y determinó el pago directo a cargo de los empleadores de las asignaciones familiares, el Estado nacional interpuso recurso extraordinario cuestionando la legitimación activa del Sindicato y calificando de arbitraria la sentencia recurrida. La Corte confirmó lo resuelto remitiéndose a las consideraciones y conclusiones del dictamen del Procurador General de la Nación quien manifestó que “no aparece como indebida la legitimación procesal que se ha otorgado al sindicato amparista, asociación que cuenta con la respectiva personería gremial, y por lo

tanto encargada de representar frente al Estado y los empleadores, tal el caso de autos, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (art. 31, ley de asociaciones sindicales, 23.551)".

Asimismo, destacó que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 "introdujo una modificación trascendente en relación a la acción de amparo, otorgándole una dinámica desprovista de aristas formales que obstaculicen el acceso a la jurisdicción cuando están en juego garantías constitucionales, y ampliando la legitimación activa de los pretenses potenciales en los casos de incidencia colectiva en general, legitimando en este aspecto a las asociaciones, de las que no cabe excluir a las sindicales. (62)

Finalmente resulta interesante mencionar el fallo "Asociación de los Derechos Civiles -ADC- y otros c/ EN -PJN- nota 68/02 s/ amparo ley 16.986". Allí, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosos y Administrativo Federal si bien revocó el fallo de primera instancia donde se declaró la inconstitucionalidad de la decisión de la Corte de autorizar la entronización de una imagen de la Virgen de San Nicolás, y cualquier otro signo de carácter religioso, en la entrada principal del edificio del Palacio de Tribunales, esbozó algunos conceptos importantes en materia de legitimación de las asociaciones en materia de amparo colectivo.

Los demandantes intentaron una defensa general de derechos pretendiendo una declaración de inconstitucionalidad de una conducta del poder público. Sin embargo, el Estado sostuvo que el interés colectivo invocado por los actores no estaba adecuadamente representado. (63)

Para Jeanneret de Pérez Cortés los actores promovieron un juicio “sin demostrar la actualidad o inminencia de un daño concreto a sus derechos o a los derechos de sus asociados”. En igual sentido, sostuvo que los actores no habían demostrado ni alegado una concreta afectación -actual o inminente- de sus derechos, o de los derechos de sus asociados, derivada de un acto judicial que implicara una discriminación por motivos de religión.(64)

Por lo tanto, entendió que la impugnación de inconstitucionalidad no era admisible toda vez que “en nuestro ordenamiento no hay acciones populares de inconstitucionalidad y se exige la sincera invocación de un perjuicio -actual o inminente- para reconocer la legitimación de quien pone en marcha el proceso y la existencia de “causa” sometida a la decisión judicial” (65)

Por último, consideró que “la mera eventualidad de un daño, el agravio meramente conjetural o hipotético no basta para reconocer la existencia de legitimación procesal, ni para la procedencia de esa vía”.(66)

De esta manera, para que las asociaciones que promueven una acción de amparo colectivo tengan legitimación procesal, es necesario que éstas protejan derechos de incidencia colectiva de sus miembros y no derechos pluriindividuales.

#### **4. El Defensor del Pueblo con relación a la Legitimación Procesal.**

El Tribunal también se ha pronunciado recientemente con relación a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo. Así, en el caso “Asociación de Esclerosis

Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar” -donde la actora promovió la acción de amparo tendiente a impugnar la resolución MS 1/01, que excluye del tratamiento cubierto por el Programa Médico Obligatorio a quienes no hayan tenido brotes o exacerbaciones en los últimos dos años o padezcan síndrome desmielinizante aislado-, nuestro máximo Tribunal, si bien le reconoció legitimación activa al promotor de la acción, se la negó al Defensor del Pueblo, quien había prestado su adhesión a la misma.

En este sentido, el voto mayoritario se remitió a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador General de la Nación, donde se destacó que “si bien el art. 86 de la Carta Magna prescribe que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial.(67) (...) La ley 24.284 excluye expresamente, del ámbito de competencia del órgano en cuestión, al Poder Judicial (art. 16, párr. segundo) y establece que si iniciada su actuación “se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención” (art. 21). En el caso sub examine, varias asociaciones locales de esclerosis múltiple se habían presentado en autos y era la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta quien había iniciado la acción judicial, a la que el Defensor del Pueblo había adherido. Por ende entendió que con lo establecido por las normas que regulan la actuación del organismo y lo recién mencionado, bastaba para rechazar su legitimación procesal en la causa.(68)

Por su parte, el doctor Zaffaroni adhirió al voto de la mayoría en cuanto confirmó la sentencia apelada en lo principal “con excepción de lo que resuelve respecto de la legitimación del Defensor del Pueblo” (69) aunque no se extendió sobre este tema porque entendió que carecía de incidencia su tratamiento atenta la forma en que se resolvía el fondo del asunto.

Sin embargo, una cuestión similar se volvió a plantear meses después en el caso “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. Y otros s/ daño ambiental”. La finalidad de la demanda consistía, entre otras cosas, en que Y.P.F. S.A. y las restantes concesionarias de la explotación y exploración de las áreas hidrocarburíferas de la "Cuenca Neuquina", cuencas hídricas de los ríos Negro y Colorado, realicen todas las acciones necesarias para la recomposición integral de los daños colectivos ambientales causados por la actividad que desarrollan en dicha área hasta la total desaparición de los agentes contaminantes del suelo y del aire, de las aguas superficiales y subterráneas, y repongan a su estado anterior de las extensas áreas desforestadas y sin vegetación a causa de la apertura de caminos, calles, locaciones, picadas, zanjas, canteras y toda otra actividad que, a su juicio, ocasionó la pérdida del manto vegetal, de modo tal de revertir el proceso de desertificación que ello habría causado. La actora había solicitado que se citase, con fundamento en el art. 90, inc. 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al Defensor del Pueblo de la Nación, como legitimado para la promoción de la presente demanda y de la defensa de los derechos humanos.

El Tribunal sostuvo que el requerimiento por el que se pretende que se cite como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación debía ser desestimado, dado que “la actora ni siquiera menciona las razones por las que considera procedente o necesaria su intervención en esta causa. Esta circunstancia resulta suficiente para rechazar el pedido si se tiene en cuenta que sobre quien pide la citación del tercero pesa la carga de acreditar que se trata de alguno de los supuestos que lo habilitan”.(70)

No obstante la opinión de la mayoría, los doctores Vázquez, Maqueda y Zaffaroni disintieron parcialmente toda vez que entendieron que correspondía admitir el requerimiento formulado para que se cite como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación puesto que su incorporación al proceso era procedente “teniendo en cuenta la actividad que desarrolla de acuerdo con las facultades que le han sido asignadas en el art. 86 de la Constitución Nacional y lo prescripto por el art. 30 de la ley 25.675 que le confiere legitimación para intervenir en acciones dirigidas a obtener la recomposición del ambiente dañado, y al disponer expresamente que deducida la demanda de daño ambiental colectivo por algunos de los titulares indicados en el primer párrafo no podrán interponerla los restantes, salvo el derecho a intervenir como terceros. En tal sentido, y de conformidad con los arts. 30, 31, 32 y 33, la legitimación, la naturaleza de los intereses eventualmente comprometidos, el alcance y los efectos que el legislador ha dispuesto para la demanda de daño colectivo justifican considerar procedente la citación. (71)

De tal forma, se vislumbra que existen opiniones diversas respecto a la necesidad de fundamentación de la citación del Defensor del Pueblo en un caso



determinado. Mientras que algunos magistrados plantean la necesidad de que la citación sea debidamente razonada y fundamentada a los efectos del planteo a dirimir mediante la acción de amparo colectivo instaurada, hay otros que sostienen que no es necesario tal fundamentación ante la citación como tercero cursada al Defensor del Pueblo, argumentando que debido a la índole y envergadura de los intereses comprometidos en el caso.

#### **5. Derechos de incidencia colectiva vs. Derechos pluriindividuales.**

El amparo colectivo, tal como se señaló hasta ahora, se caracteriza por ser un remedio judicial de última ratio que procura la protección de derechos fundamentales de incidencia colectiva ante el menoscabo o la amenaza de producción de un daño colectivo.

Entonces, se podría aseverar que una acción de amparo colectivo debe, para ser procedente, perseguir la protección de derechos que adquieren una dimensión grupal, justamente porque resguardan intereses grupales. Ello significa, precisamente, que los “intereses difusos” no son otra cosa que aquellos valores que pertenecen a un grupo de personas y no a la suma de los miembros que lo componen. Y es tal interés difuso el objeto de protección de la acción de amparo colectivo, y no otro. Por ello, es útil examinar los últimos criterios jurisprudenciales respecto a las notas esenciales del tipo de derechos que se intentan proteger con la acción de amparo colectivo,

remarcando la diferencia entre “derechos de incidencia colectiva” y “derechos pluriindividuales”.

Al respecto, cabe destacar la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el caso “AGEERA” donde se resolvió rechazar una acción de amparo colectivo interpuesta por un grupo de acreedores de la Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina que perseguía se deje sin efecto una resolución que supuestamente creaba ilegítimos privilegios, lo cual presuntamente afectaba el principio de igualdad entre estos.

El Tribunal decidió confirmar la sentencia del juez de grado, rechazando la acción incoada por entender que los derechos que se pretendían proteger no tenían como objeto la salvaguarda de intereses difusos, sino que se configuraban como derechos individuales de cada una de las personas que componían al grupo supuestamente afectado. Así, señaló que “no se trata, en el sub lite, de un planteo vinculado a derechos relativos al medio ambiente o a la competencia, ni concernientes a consumidores o usuarios de bienes o servicios en la relación de consumo, ni de derechos de incidencia colectiva en general. La acción de amparo ha sido promovida en defensa de otros derechos, puramente individuales, de carácter patrimonial, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados. Por ende, la asociación no está legitimada para accionar en el sub examine y, consiguientemente, la falta de “caso” impide al tribunal entrar al conocimiento de la cuestión de fondo.”(72)

Por su parte, la CSJN ha fallado en numerosos casos sosteniendo que la defensa de derechos patrimoniales propios de cada uno de los miembros de una asociación, no legitima a la entidad para interponer una acción de amparo colectivo. En este sentido, se puede inferir que lo que se requiere sobre este aspecto es que los derechos que se procuran resguardar con el inicio de un reclamo judicial por esta vía, se configuren como valores pertenecientes al grupo en sí y no a la suma de todos sus miembros.

Al respecto, en el fallo “Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Resistencia c. Administración Federal de Ingresos Públicos”, la CSJN, haciendo suyas las argumentaciones vertidas por el Procurador General de la Nación, consideró que el que acciona, para que se encuentre legitimado a hacerlo, debe demostrar la existencia de un “interés especial” en el proceso o que los agravios alegados la afecten de forma “suficientemente directa” o “substancial”, esto es, que posean suficiente “concreción e inmediatez” para poder procurar dicho proceso.

En este sentido, señaló que “tras la reforma constitucional de 1994, nuestra Carta Magna ha ampliado el espectro de los sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, que tradicionalmente estaba limitada a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual; esta amplitud no se ha dado para la defensa de cualquier derecho, sino sólo en relación a los mecanismos tendientes a proteger ciertos derechos de incidencia colectiva (...) En la especie, cabe destacar, no se trata de un planteamiento vinculado a derechos relativos al medio ambiente, o a la competencia, ni que afecten la relación de usuario o consumidor, ni de ningún otro derecho subjetivo de

incidencia colectiva en general, sino que estamos ante una discusión respecto a derechos patrimoniales puramente individuales, cuyo ejercicio y solicitud de tutela corresponde, en exclusiva, a cada uno de los potenciales afectados y, por lo tanto, fuera del ámbito de la ampliación que ha realizado la citada norma constitucional.(73)

En virtud de ello, una acción de amparo colectivo no resulta procedente si se promueve por una asociación que persigue la defensa de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales de los miembros que la conforman, pero que carece de la dimensión colectiva requerida por el art. 43 de la Constitución Nacional. (74)

Similar criterio esgrimió el Tribunal en el caso “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. Estado Nacional”(75) cuando sostuvo que correspondía el rechazo de la acción de amparo colectivo en virtud de que “...ha sido deducida respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución Nacional.(76) Tales consideraciones conducen a negar legitimación procesal a la entidad actora para promover el presente amparo en procura de una decisión judicial que declare la inconstitucionalidad de normas tributarias y su consiguiente inaplicabilidad al conjunto de sus asociados.(77)

De tal forma, puede notarse que cuando los valores que se pretenden tutelar son de estricta índole patrimonial, la acción para procurar su protección es,(78) por lo tanto, de titularidad exclusiva de cada una de las personas que las afecta.

Consecuentemente, no se encuentran legitimadas para accionar por vía del amparo colectivo las asociaciones que intentan defender derechos pluriindividuales de sus asociados,(79) precisamente porque tales valores no son los “derechos de incidencia colectiva” que el art. 43 de la Constitución Nacional -única legislación en materia de este instituto procesal- requiere para tornar procedente la misma.

Entonces, se podría concluir este apartado afirmando que para que una acción de amparo colectivo proceda, la afectación a los intereses difusos que tiene por objeto resguardar debe configurarse en un “daño colectivo”, experimentado por un conjunto de personas a raíz de la lesión de un interés grupal y no meramente pluriindividual.( 80)

Los intereses grupales pertenecen a una clase, categoría o estamento de sujetos, o a una pluralidad de personas, y su nota esencial es que a diferencia de los pluriindividuales, son comunes, indiferenciados y no susceptibles de fraccionamiento alguno.

#### **6. La acción de amparo como medio de tutela de los intereses colectivos o difusos en el nuevo esquema constitucional argentino.**

Adolfo Armando Rivas ha expresado con meridiana claridad que ".....el Amparo es una forma o un medio de poner en ejercicio la garantía de la protección judicial de los derechos, (81) cuando los mismos se ven afectados por hechos u

omisiones provenientes del poder público o de particulares, irrefutable o manifiestamente ilegales o arbitrarios, estando tales derechos y/o garantías, establecidos por la Constitución..." (82)

La fórmula transcrita resalta el carácter "instrumental" del instituto, carácter que no hace mella en la fundamental importancia del mismo, toda vez que +los derechos afectados o menguados encuentran en el amparo la posibilidad de verse tutelados y, por ende, de tener vigencia efectiva en el mundo jurídico.

Se apunta a que desarrollos posteriores ampliaron los horizontes del amparo incluyendo a otros derechos entre los posibles de ser protegidos por esa vía.

El nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, expresa en tal sentido: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

En su caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...", incluyendo entre los derechos tutelables por el amparo no sólo a los que hubiere reconocido esa Constitución, sino también los consagrados en un tratado o una ley, con lo que la ampliación de los horizontes del amparo recibió un considerable espaldarazo, reconocimiento constitucional mediante.

En la República Argentina el nuevo texto constitucional ha despejado toda duda sobre la naturaleza jurídica del amparo calificándolo como "acción".

Sin embargo, no es propósito de este trabajo adentrarse siquiera medianamente, en esta temática, por lo que simplemente se tratará haciendo referencia al instituto sin calificarlo, empero lo cual, en ocasiones, se lo llamará como "acción de amparo" naturaleza que resulta más cara a la concepción del instituto.(83)

En fin, recurso, juicio o acción, lo distintivo del amparo es su carácter tutelar, una suerte de derecho constitucional que permite la vigencia de los demás derechos. Una auténtica garantía que impide que otros derechos puedan ser transformados en letra muerta.

Sin embargo, distingue al amparo de otras garantías jurisdiccionales su carácter expeditivo, ese aquí y ahora que permite que la Justicia no llegue tarde, y que el o los afectados reciban su tutela de un modo más o menos inmediato.

En este sentido, el texto del art. 43 de la Constitución Nacional reformada no ofrece ningún tipo de duda al respecto, en tanto y en cuanto resalta el carácter "expeditivo y rápido" del instituto (84)

Habr  de advertirse que el eje de las preocupaciones se ha centrado en resaltar el carácter "instrumental" del amparo y en llamar la atención sobre el modo en que el mismo debe concretarse.

Ello tiene un propósito deliberado, y finca el mismo en sostener que el amparo resulta el medio más apto para la tutela de los intereses colectivos o difusos, o si se quiere, con mayor propiedad, de los derechos de la "tercera generación".

O sea que en el derecho argentino la protección de estos "intereses colectivos o difusos", o más propiamente, de estos "derechos de la tercera generación", encuentra a la acción de amparo como un medio constitucionalmente consagrado a tal efecto.

Antes de la reforma constitucional ya existían autorizadas voces que se pronunciaban por la acción de amparo como el medio apto para la cobertura de los "intereses difusos o colectivos", si bien proponiendo adaptaciones para adecuarlo a la especial naturaleza de los derechos a tutelar.(85)

Pues bien, el derecho constitucional argentino entonces, ha habilitado la acción de amparo para proteger los derechos de incidencia colectiva en general y para dar cobertura a los que tutelan a la competencia, al usuario, al consumidor y al ambiente, en particular.

De ese modo, las aspiraciones doctrinarias han quedado parcialmente satisfechas. Y, se puede decir "parcialmente" por cuanto quizás el texto sancionado en la Reforma Constitucional, como ya lo hemos dicho, no ha resultado totalmente feliz.



Es aquí donde se cae en el viejo problema de la "legitimación activa" que tantas discusiones ha generado.

La legitimación para instar la acción de amparo la tienen "...el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...".

Ello implica que el texto constitucional ha establecido algunas cortapisas a la "legitimación activa".

Las soluciones concebibles, en este aspecto, eran, conforme lo expresara en el trabajo el profesor brasileño José Carlos Barbosa Moreira: "...a) legitimación concurrente y disyuntiva de los interesados, sin perjuicio de la posibilidad de litis consorcio voluntario entre ellos; b) legitimación de personas jurídicas o eventualmente de entidades y grupos desprovistos de personalidad en el derecho material; c) legitimación de órganos estatales (vgr. Ministerio fiscal). Esas soluciones pueden naturalmente combinarse en diferentes modos..." (86)

El constituyente argentino ha tratado de circunscribir, como ya se sostuvo, la legitimación activa.

En primer lugar no habla de "interesado" sino de "afectado", término evidentemente más limitado y que prácticamente podría llevar, en una interpretación literal, a exigir recaudos propios de la legitimación activa que cabe respecto de los derechos subjetivos y no de estos derechos de "tercera generación".

Como bien lo apunta Gozáni "...en los fenómenos destacados en las defensas de derechos colectivos y difusos no puede solicitarse como presupuesto de validez para la postulación, el derecho subjetivo preciso o la individualización concreta del daño sufrido..." (87)

La interpretación entonces deberá en el punto ser expansiva, más aún teniendo en consideración los derechos que expresamente consagran los nuevos arts. del texto constitucional reformado.

A modo de reflexión, la tutela del medio ambiente representa no sólo un interés y un derecho de todos los habitantes, sino también un auténtico deber en orden a su preservación, como expresamente lo consagra el referido art. 41. (88)

Como deber constitucionalmente consagrado bastaría el simple "interés", aún sin afectación concreta, para que quede habilitada la legitimación activa.

Valga como digresión recordar el significado que tiene la consagración "constitucional" de un derecho o libertad. Estos derechos no pueden ser negados ni restringidos en forma irrazonable por parte de los poderes ordinarios del gobierno, encontrándose obligado el legislador a darles contenido y vigencia y a establecer formas adecuadas de protección para que no se tornen ilusorios (89)

## **7. La Consagración Jurisprudencial del Hábeas Corpus colectivo: El fallo "Verbitsky.**

A partir del fallo “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, la CSJN decidió extender la dimensión colectiva otorgada a la acción de amparo al instituto del hábeas corpus correctivo.

En el caso en examen, el Director del Centro de Estudios Legales y Sociales interpuso un habeas corpus correctivo y colectivo a favor de la totalidad de los detenidos alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires.

Luego de ser rechazadas las pretensiones del accionante por la Cámara Nacional de Casación Penal (90) la CSJN revocó la sentencia. De tal manera, el Tribunal constituyó el punto inicial para considerar que el instituto de hábeas corpus, al ser una especie de amparo cuya distinción reside en el particular derecho que protege – la libertad ambulatoria-, también posee la dimensión colectiva que el texto constitucional otorgó a partir de la Reforma de 1994 al amparo individual.

En este sentido, sostuvo que “pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”( 91) a lo que añadió que “debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de

incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad” (92).

En este caso, la peticionaria pretendía la modificación de una situación en la que se encuentran quienes están detenidos, respecto del goce de derechos básicos que afectan el respeto a su dignidad humana.

La Corte manifestó que correspondía dar curso a la acción de hábeas corpus colectivo. Para arribar a esta solución, destacó que “la previsión del actual art. 43 de la Constitución Nacional contempla expresamente la figura del amparo colectivo. Y si bien no lo hace -al menos en forma expresa- con el hábeas corpus colectivo, ello no puede conducir a negar la posibilidad de su ejercicio.

Sucede que el amparo ha nacido en nuestro derecho constitucional como una extensión a otros derechos de la protección sumaria que las leyes otorgaron desde antiguo a la libertad corporal; basta para comprobar este aserto la lectura del señero precedente del Tribunal publicado en Fallos 239:459 -caso "Siri"-.

De tal manera, la interpretación del ámbito de sujetos amparados por el primigenio remedio procesal -bien que circunscrito a la protección de los derechos vinculados con la libertad física y las condiciones de detención- no puede prescindir de esta nueva categoría -la colectiva- de violaciones susceptibles de ser remediadas por procedimientos sumarios. (93).

Tal como lo sostuvo el Tribunal en el caso “Kot” “lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados.

Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales. La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes 'los beneficios de la libertad', y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos” (94)

Tal vez, una de las conclusiones que llevó al máximo Tribunal a resolver con este criterio ha sido la circunstancia fáctica, prácticamente inobjetable, que demostró la existencia de situaciones plurales de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, lo cual generó, a su vez, la aparición de intereses colectivos. Estos son los que conducen a la necesidad de admitir una acción igualmente plural, toda vez que al tener tal dimensión, su satisfacción no puede lograrse mediante peticiones individuales.

Por lo tanto, lo que la CSJN determinó en este caso particular es que negar la existencia del habeas corpus colectivo, con base en una interpretación literal de la norma del art. 43 de la Constitución Nacional, es un error que implicaría dotar al texto

fundamental de un hermetismo que la convertiría en letra muerta, lo cual conduciría a ignorar el cambio de paradigma que el constituyente incorporó a partir de la Reforma de 1994 en torno a la protección de derechos colectivos y los consiguientes procesos constitucionales como mecanismos de tutela efectiva. (95)

## **8. Consideraciones finales.**

Es importante destacar que la legitimidad procesal tal como lo determina hasta aquí la doctrina es acorde al sistema de control constitucional seleccionado por los constituyentes, quienes son defensores del control difuso de constitucionalidad, nunca permitirían el ingreso de una acción colectiva de inconstitucionalidad, aunque la misma constitución lo autorizara.

Así lo sostiene Gozaíni cuando ilustra que en Argentina se continúa resistiendo el ingreso de la acción popular, magnificando en cambio al amparo como vía de solución para cuanta defensa constitucional se intente.

Esta dimensión del amparo obliga a reencausar las leyes federales y locales que le han quitado elasticidad y eficacia, la cual sólo pudo sortearse, excepcionalmente, por la lectura atenta que alguna jurisprudencia ha dictado.

La terminología adoptada en la redacción del texto constitucional, otorgando legitimación a toda persona en el amparo puede sugerir la variable de encontrar allí a la acción popular.

Pero no es así. En la acción popular la legitimación es indiferente por cuanto la representación se asigna a cualquiera del pueblo, esté o no individualmente damnificado. La intención de su demanda reposa en la sensibilidad de un interés simple, como si fuera un mero denunciante de una situación conflictiva, sin que por ello tenga derecho a estar en el proceso aún cuando tenga derecho a suscitar un proceso.

Por su parte, en la defensa intentada por toda persona (incluida el Defensor del Pueblo) existe una alícuota del interés para obrar, puede ser porque el daño se haya masificado, o la perturbación incida colectivamente; hay, en consecuencia una parte de derecho subjetivo que se acredita en esa acción de amparo, y como tal reúne la representación suficiente para demandar un proceso constitucional.

Una de las innovaciones más importantes que trajo la reforma constitucional fue la introducción en el amparo de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o normas en que se funda un acto u omisión lesiva para un derecho fundamental.

La legitimación procesal en estos casos constituye un problema habitual para el ingreso y admisión de una acción declarativa.

En realidad, la crisis se manifiesta diversa según el sistema que diseñe la protección constitucional. Es distinta ante los Tribunales Constitucionales (sistema concentrado jurisdiccional), como en los mecanismos difusos.

Esta diversificación, conviene reiterar, que es en ellos donde con mayor nitidez se advierte la diferencia de trato entre el derecho subjetivo y los demás intereses.

Este es un control jurisdiccional difuso que hasta hace poco tiempo requería la existencia de una causa, la petición de parte y la actualidad del perjuicio. Sin ellos, el juez no podía resguardar la supremacía constitucional.

Ahora, a través del amparo, es posible pretender la inconstitucionalidad de las normas, variando el interés deducido en la causa, hacia una mayor eficacia de la función judicial.

No tendría sentido desmembrar la nueva normativa del art. 43 por el solo hecho de que se trata del Defensor del Pueblo quien intenta la acción de amparo. ¿qué sentido práctico se le otorgaría a una acción de amparo, si debe ser rechazada por no contar quien la insta, la legitimidad de solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma que violenta la garantía en que se funda?

Ninguna, se estaría ante un pronunciamiento vacío, carente de sentido, ya que se frenaría un accionar por encontrarse una vulneración de una garantía pero no podría afirmarse que tal accionar está basado en una contradicción con la Norma fundamental.

Entonces, se podría concluir afirmando que para que una acción de amparo colectivo proceda, la afectación a los intereses difusos que tiene por objeto resguardar debe configurarse en un “daño colectivo”, experimentado por un conjunto de personas a raíz de la lesión de un interés grupal y no meramente pluriindividual. Los intereses grupales pertenecen a una clase, categoría o estamento de sujetos, o a una pluralidad de personas, y su nota esencial es que a diferencia de los pluriindividuales, son comunes, indiferenciados y no susceptibles de fraccionamiento alguno.



A través del desarrollo de este capítulo se cumplió con el punto de tesis: 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.

A partir de este capítulo se propone la Conclusión Final de este trabajo.

## **Capítulo IV**

### **Conclusiones Y Propuestas**

**Sumario: 1- Conclusiones. 2- Propuestas.**

## **1. Conclusiones.**

A esta altura y luego de haber desarrollado los capítulos anteriores se pueden emitir las siguientes conclusiones: en primer lugar he de analizar el control de constitucionalidad argentino.

Es claro que si tanto la opinión pública como prestigiosos doctrinarios se ocupan de criticarlo constantemente, es porque el sistema se halla atravesando una profunda crisis.

Creo que la razón fundamental de la misma ya fue oportunamente sentenciada en Francia. La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en su art. 16, estableció que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. No obstante ello, los franceses se negaron a adoptar el sistema que los Estados Unidos habían organizado en su Constitución de 1787, y no tardaron en desnaturalizar sus propios principios al redactar su primera Constitución de 1791, en la cual entregaron al Poder Legislativo el ejercicio del poder constituyente, prohibiéndoles a los tribunales suspender la ejecución o aplicación de las leyes.

En cambio, en los Estados Unidos, cuna del constitucionalismo moderno, el Poder Judicial tiene una jerarquía igual a la de los otros dos poderes públicos, e incluso mayor cuando se trata de asegurar la supremacía de la Constitución. En eso reposa el constitucionalismo. Cuando se dice que el Poder Judicial es el guardián de la Constitución, se dice también que es el encargado de cumplir la voluntad constituyente, materializada en las cláusulas de la Constitución, y, en tal carácter, asume una jerarquía de poder jurídico superior al Legislativo y al Ejecutivo, por la misma razón que la Constitución es superior a la ley y al decreto.

Sin un poder jurídico guardián de la Constitución, apto para imponer el respeto de ésta a los poderes políticos, el constitucionalismo pierde toda su eficacia. Por ello, enfáticamente se afirmaba que “el sistema creado por los Estados Unidos es, en principio, el único congruente con la república democrática constitucionalmente organizada”.

Creo que este ha sido en definitiva el prisma por el que debe ser observada el planteo que me he propuesto ver.

Como puede notarse, tales afirmaciones han sido tan contundentes que se hicieron sentir en Europa, adoptando, tardíamente y con matices diferenciales, el principio de control judicial de las leyes. Ello se debió a la obra de Kelsen, inspirador de la Constitución austríaca del año 1920, reformada en el año 1929, en la cual se crea el Tribunal Constitucional.

El esquema kelseniano consagra un control de constitucionalidad concentrado, por oposición al difuso del constitucionalismo norteamericano, y abstracto, ya que el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica entre el contenido abstracto de una ley y la norma, también abstracta, de la Constitución. De ahí, que esta función sea vista por Kelsen no como una actividad jurisdiccional, sino de legislación negativa, en que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos erga omnes.

Creo que a pesar de que en nuestro país se adoptó el sistema norteamericano, nunca se abandonó el pensamiento europeo. La sensación es que nuestro sistema compró el mejor sistema, pero nunca quiso manejarlo como se debe. La experiencia europea es justificable, ya que en ellos rondaba el espíritu de una sociedad monárquica, pero en Argentina tal razón no cabe dentro del listado de justificaciones.

El Poder Judicial Argentino, con su máximo representante “La Corte Suprema de Justicia de la Nación”, está controlada por el mismo poder político que invade los otros dos poderes, y esto nos aleja, en la práctica, del sistema norteamericano.

Es importante que nos demos cuenta, que evidentemente estamos hoy padeciendo una crisis similar a la que sufrió Europa antes de plasmar las ideas Kelseniana en su continente.

Tal como se afirma también el control preventivo no es el más adecuado, ya que no crea el prestigio de legitimidad que debe reinar en toda ley; se entiende que toda ley es legítima y constitucional, y que la excepción es la inconstitucionalidad, creo que un

control previo al estilo francés fracasaría, ya que terminaría siendo un control más político que constitucional.

Igual suerte seguiría un control en abstracto, deben verse y valorarse, los daños que objetivamente puede causar para entender si realmente choca con principios constitucionales.

Ahora bien, creo que una forma de atacar el problema esta en el cambio del control amplio o restringido. Al tratar el punto se puede ver que un método es amplio cuando cualquier titular de un bien jurídico lesionado por una norma que reputa inconstitucional puede poner en funcionamiento el control, o cuando en el control abstracto se atribuye a diversos órganos políticos o personas jurídicas la facultad de promoverlo.

Es evidente que a esto es a lo que se refiere el art. 86 de la Constitución Nacional cuando le da al Defensor del Pueblo la función de defender “los derechos Humanos y demás garantías constitucionales”.

Aunque se debe reconocer que tal como lo afirman los autores citados duda al momento de otorgarle legitimación procesal, pero entonces, ¿porque incorpora en nuestro sistema un instituto foráneo propio de países parlamentarios con total autonomía, si luego le quita las armas para ejercer su poder?

Evidentemente esto es una incoherencia total que solo podría salvarla una congruente interpretación de nuestro máximo Tribunal. En cambio esto no es así, por el

contrario, la interpretación que sobre el particular, realiza el más Alto Tribunal de la República, no sorprende, pero es coherente con el apoyo sin condicionamiento, que permanentemente ha sostenido al poder gobernante.

Parecería que el órgano que tiene la responsabilidad de custodiar la Carta Magna de los argentinos sería quien la desconoce, negando legitimación al Defensor del Pueblo de la Nación que es una autoridad tan constitucional como la propia Corte Suprema, y que ejerce sus funciones con plena autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad (art. 86, Constitución Nacional).

El Defensor del Pueblo es una autoridad de la Nación (Título primero. Gobierno Federal. Sección primera. Del Poder Legislativo, art. 86 y concs. Constitución Nacional) cuyas funciones son la tutela los derechos humanos y el control del ejercicio de las funciones públicas.

No pretende ni es su misión interferir en el ejercicio jurisdiccional. Pero sí es mandato de quien ejerce las funciones de Defensor del Pueblo exigir el cumplimiento de la Constitución Nacional y de los pactos, convenciones y declaraciones de derechos (art. 75, inc. 22) en orden a la función garantística que tiene asignada la institución, quizás si su elección fuera mas representativa de la voluntad popular, sería más fácil identificar a quien representa en realidad, pero tal problemática excede lo que me he planteado en el presente trabajo.

A esta altura es hora de cuestionarnos si es conveniente continuar con el control difuso establecido por el modelo norteamericano al establecer los parámetros de nuestra constitución. A simple vista parece que no alcanza.

Quizás la puerta que podría haber sido abierta en estas circunstancias, es la llamado “control Ex Officio”. Tal como lo afirman los prestigiosos autores citados, nada impide a un juez declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando se le plantea una situación concreta aún cuando las partes no lo hayan mencionado. Ese es el mayor mandato que le ha otorgado la Carta Magna, en esto no se puede estar con dudas “o la constitución es nuestro poder más importante o es sólo unas hojas escritas en papel que puede ser desechado cuando se dese”.

Ya lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en la famosa causa “Mil Pereyra”, La declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquél, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución.

Cuando la violación a principios y garantías constitucionales sean burdas, obvias y objetivas, es obligación del poder judicial declarar su inconstitucionalidad, aun cuando no haya solicitado por las partes.

Creo que acierta Ferrajoli Luigi, cuando puntualiza que la tesis del iuspositivismo dogmático que afirma que para el juez existe una obligación jurídica de aplicar las leyes



vigentes no es del todo verdadera -al menos en los estados de derecho dotados de una Constitución rígida (como es el caso de nuestro país, aun cuando -quizás- mitigada tal rigidez postreforma de 1994)-, dado que “cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces -incluso aun menos para los jueces- una obligación jurídica de aplicarlas”, ya que al discernirse en éstos el poder de interpretarlas y de suspender su aplicación si las consideran inválidas por contrastar con la Constitución, mal puede decirse -en rigor- que tengan la obligación jurídica de aplicarlas.

Añade el autor citado que la circunstancia de que una ley se encuentre vigente sólo significa que está contenida en un texto legislativo no anulado, pudiendo -por ende- ser aplicada mediante decisiones válidas respecto de ella, lo que no quita que pueda, igualmente, no ser aplicada cuando el juez la considere inválida; subraya que, en este último caso, debería decirse más bien que el juez "debe no aplicarla si no se tratase de un deber puramente potestativo, es decir, dependiente del juicio de invalidez formulado por él mismo" (énfasis del original). Si el deber jurisdiccional de “no aplicación” existe (como pensamos que así es), no aparece razonable condicionar su cumplimiento a la convergencia de un pedimento de parte

Es así como debemos preguntarnos antes de continuar con las conclusiones:  
Como puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitir de tal forma el Control

de Constitucionalidad de Oficio, y no plantearse tal control cuando el ombudsman plantea un amparo colectivo con la supuesta inconstitucionalidad de una ley?

¿Se ha olvidado la Corte que esta es una de sus funciones esenciales? Es cierto que siempre le cabe el control respecto de la legitimidad de quien acciona pero tal control está por sobre el control de constitucionalidad?

Otra conclusión a la que he arribado es que nuestro sistema de control difuso con sus defectos no debe ser reemplazado por uno centralizado, ya que, el control difuso dificulta en alguna medida la tarea a quienes pretendan ejercer control sobre el Poder Judicial, y aunque la cuestión no parezca muy importante, es importante que los magistrados inferiores continúen siendo los custodios del control con amplia autonomía.

Es un denominador común el hecho de que la selección de los magistrados constitucionales sea el fruto de la puja de las distintas fuerzas políticas y que duren en el cargo un período determinado de tiempo. Además, la duración del cargo no suele estar determinada constitucionalmente, sino legalmente; esto da al Poder Legislativo una valiosa moneda de cambio, o una poderosa amenaza, para poder influir en el criterio de la Corte, que debiera controlarlo imparcialmente. Todos estos elementos conjugados ponen a los magistrados constitucionales en la necesidad de no disgustar al Poder Legislativo; aunque no fueran acólitos del poder político de turno, de todos modos el Poder Legislativo tiene las herramientas para perjudicarlos (reducir la duración de los cargos, eliminar la posibilidad de reelección, etc.) o beneficiarlos (a la inversa), de manera que los magistrados difícilmente puedan decidir imparcialmente en las cuestiones

relevantes. Analizando comparativamente nuestra situación actual, puede concluirse fácilmente que la cabeza de nuestro Poder Judicial, ha atravesado en los últimos años por las deficiencias señaladas, aunque tales inconvenientes no están plasmados en el espíritu de nuestra Constitución.

Nuestra Constitución instauró desde el principio un Poder Judicial que fuera lo suficientemente fuerte para mantener el delicado equilibrio que el sistema necesita, el vicio de la dependencia vino después con la mala práctica.

Como puede observarse la Corte o Tribunal Constitucional mientras deben controlar los excesos del Poder Legislativo están de alguna manera sometidos a él. Los magistrados deben contar con una garantía de inamovilidad; sólo así se resguardará su independencia.

Hay que tener presente que otro denominador común en los sistemas de control centralizado es el efecto erga omnes de los fallos que invalidan una norma. ¿Estaría alguien dispuesto a colocar a un grupo de personas de por vida en el cargo de legislador negativo? Se les estaría dando demasiado poder. Además, la legitimidad para tomar esa medida -equivalente a la sanción de una ley- sólo proviene de la elección de los magistrados por los representantes del pueblo o por el pueblo mismo, elección que debe hacerse periódicamente para renovar la voluntad popular período a período.

Así, el único control centralizado tolerable es el que tiene efectos erga omnes y, por ende, duración limitada de los cargos. Entonces, he comprobado que el control

centralizado de constitucionalidad hace mucho más vulnerable la independencia del órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Entonces, si se quiere ser consecuente con la finalidad del control de constitucionalidad lo más adecuado es adoptar un control de constitucionalidad difuso, compatible con cargos vitalicios o que al menos duren hasta una avanzada edad. Sólo así, en la tranquilidad de sus cargos estables, con una remuneración intangible, los magistrados pueden desentenderse del poder político, poner un freno a la tiranía de las mayorías.

Kelsen por su parte critica el sistema de control difuso de la siguiente manera: “Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada al caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar [...] una ley por irregular, mientras que otro tribunal hace lo contrario. La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos”.

En pocas palabras, el argumento dice que sólo los países del Common Law pueden adoptar un sistema de control difuso, por contar con un principio como el stare decisis.

Arcal, Gastón. (J.A. 2004-I-872) refuta tal teoría sosteniendo que a pesar de que el stare decisis sea un concepto del Common Law, nada evita que países de

tradición jurídica romana lo adopten y cita el caso de la Constitución mexicana, que adoptó ese principio para los procesos de amparo.

Asimismo, dice que en la Argentina y Brasil, si bien el principio no está reconocido legalmente, los fallos de la Corte Suprema tienen de hecho efectos vinculantes para los tribunales inferiores. Por lo tanto, en nuestro país no es necesario adoptar el sistema centralizado de constitucionalidad para resguardar la seguridad jurídica.

Si la preocupación es la seguridad jurídica, cuya importancia obviamente está fuera de discusión, bastará con establecer la obligatoriedad del precedente, tal como lo había hecho la Constitución Nacional de 1949, manteniéndose el control difuso con todas sus ventajas sobre el centralizado.

¿Pudo Kelsen haber pasado por alto la posibilidad de establecer la obligatoriedad del precedente al diseñar la Constitución austríaca? Imposible, conocía perfectamente bien el funcionamiento del sistema estadounidense. Entonces, no debe haber sido la seguridad jurídica la razón para que diseñara el control centralizado para la Constitución austríaca, cuando podía establecer algo similar al stare decisis. ¿Pudo haberlo hecho por respeto a la libre jurisprudencia? No sería razonable; no se comprende cómo se estaría honrando a la libre jurisprudencia vía supresión de la facultad jurisdiccional de los tribunales en materia constitucional. ¿Cuál fue entonces la razón que llevó a Kelsen a diseñar el control centralizado de constitucionalidad? Lo que

realmente le importaba era crear un sistema jurídico que fuera acorde con su concepción general del derecho, tal como fuera plasmada años más tarde en su “Teoría pura del Derecho”. En ella Kelsen muestra una gran preocupación por la unidad lógica del sistema jurídico; no soportaba la idea de una inconsistencia interna en el sistema. Se preguntaba retóricamente: ¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias?

Más adelante concluye, acorde con su esquema jerárquico de normas -la pirámide jurídica-, que una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema.

Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica. La mera noción de “contradicción” parecía causarle un estupor tal, que lo llevó a sostener una verdadera ficción, que a mi modo de ver no resiste análisis; decía Kelsen que “una contradicción sólo aparece [...] en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada”; nada más arbitrario.

Pero ocurre que debía recurrir a tal ficción para asegurarse de que nunca existiría una contradicción normativa dentro de su sistema jurídico, ya que si las contradicciones sólo existieran a partir del momento en que la autoridad competente

deroga la norma, la contradicción se extinguiría definitivamente en el mismo momento en que aparece.

Esto muestra a las claras que la preocupación central de Kelsen era la unidad lógica del sistema, no la seguridad jurídica. Para mayor abundamiento, cabe agregar que estableciendo un único tribunal competente en cuestiones constitucionales sólo se aseguran criterios judiciales homogéneos en cuestiones constitucionales. ¿Acaso no importan también a la seguridad jurídica las distintas interpretaciones que los tribunales hagan de las leyes comunes?

Sin duda, sí; pero Kelsen no se ocupó de esto. El motivo es el ya enunciado: su preocupación central era la unidad lógica del sistema legal, no la seguridad jurídica. Si la seguridad jurídica hubiera sido su preocupación central habría establecido la obligatoriedad del precedente, medio que permite alcanzar un alto grado de homogeneidad de criterios judiciales, y no sólo en materia de derecho constitucional.

Para alcanzar la preciada unidad lógica del sistema Kelsen necesitaba que las sentencias del órgano de control tuvieran efectos erga omnes, lo cual sólo puede hacerse centralizando el control en un único órgano que contara con la legitimidad otorgada por la elección periódica del pueblo o de sus representantes. Sólo así lograría que una norma que estuviera en contradicción con la Constitución nunca tuviera validez.

Ahora bien, esta preocupación respecto de la unidad lógica del sistema es propia de la teoría de Kelsen. La Argentina desde hace ya más de ciento diez años tiene organizado un sistema de control difuso de constitucionalidad, con normas que aunque

sean declaradas inconstitucionales en un caso siguen vigentes para el resto de los casos. Esto jamás ha generado problemas institucionales. Es más, esto maximiza la autonomía de los ciudadanos y el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

En definitiva, adoptar en el nivel federal argentino el modelo austríaco de control de constitucionalidad sólo traería como “beneficio” el hecho de adecuar nuestro sistema a la teoría general del Derecho de Kelsen.

Es por todas estas razones, que concluyo, que no sería razonable instituir un nuevo sistema de control de constitucionalidad, sino reformarlo para cubrir los inconvenientes que produce un sistema rígido, como el que está actualmente instaurado.

Es obvio, que se debería mejorar la elección de los magistrados de nuestra Corte Suprema para evitar la contaminación mencionada, pero tal análisis excede igualmente lo que me he propuesto.

Ahora bien me he preguntado como quitarle rigidez, sin sacarle lo beneficioso del sistema, creo que un instrumento interesante es la inclusión del Defensor del Pueblo en nuestra estructura de control.

Esta es una institución que proviene de países no presidencialistas, esto nos obliga inexorablemente a adaptarlo a nuestro sistema.

El modelo de control de constitucionalidad de donde fue extraído establece en general que el efecto erga omnes de las sentencias es una característica natural.



Por esta razón, es que los argumentos vertidos para negarle legitimación al Defensor del Pueblo para plantear la inconstitucionalidad de una ley me parecen alejarse de lo que nuestro sistema de control necesita con urgencia.

Que esa sea la naturaleza originaria del Defensor del Pueblo no nos quita la posibilidad de darle otro giro que nos otorgue mayor efectividad a lo que esperamos de él.

Es por esto que respecto de su autonomía Gil Domínguez comenta: “En cuanto a su naturaleza, a pesar de la ubicación en la órbita del Congreso, el defensor del pueblo es un órgano independiente dotado de plena autonomía funcional que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Por lo tanto consideramos que es un órgano extrapoder, que sin formar parte del Poder Legislativo le pertenece y colabora con el Parlamento en la defensa de la legalidad. En este sentido Eugenio L. Palazzo, sostiene que los órganos extrapoderes son aquellos que pueden manejarse con independencia de criterio, es decir con autonomía funcional, aun cuando se encuentren en la órbita de alguno de los poderes tradicionales -para esta interpretación son extrapoderes el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, los jurados de enjuiciamiento, la Auditoría General de la Nación y el defensor del pueblo- en cambio serían intrapoderes aquellos que están subordinados al titular del poder (ej.: el Gabinete y su jefe y la Comisión Bicameral Permanente).

La diferencia entre los órganos extrapoderes y los intrapoderes radica en la capacidad que tiene el titular del poder respectivo para asumir las tareas encomendadas a su subordinado, resulta claro que en los extrapoderes esta asunción está prohibida”

Gordillo, al respecto sostiene, que resultaría absurdo, teniendo una nueva Constitución, con nuevos derechos y garantías de naturaleza colectiva, resolver que decenas de miles de estudiantes hagan decenas de miles de juicios individuales que tendrán decenas de miles de providencias iguales y decenas de miles de sentencias iguales; o decenas de miles o millones de obreros litiguen por lo mismo, o decenas de miles de abogados por su profesión, o centenares de miles o media docena de millones de usuarios por las tarifas de sus servicios públicos, etc. Ello violentaría el más elemental sentido común e impediría el acceso a una tutela judicial efectiva y razonablemente pronta.

Es cierto que el Defensor del Pueblo está en la órbita del Poder Legislativo, pero esto no le quita autonomía, no depende fácticamente de él, cual es la razón entonces, que se esgrime para quitarle la legitimación que necesita para cumplir su misión?

Si analizamos concretamente la legitimación establecida por la Constitución Nacional y el art. 14 de la ley 24682 veremos que la posición negativa es la correcta, ya que clásicamente la doctrina diferencia entre la legitimación procesal ad processum que refiere a la capacidad para estar en juicio; de la legitimación procesal ad causam que constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que entre

las partes se traba.

Mientras la primera se vincula con la posibilidad de lograr una sentencia de mérito sobre la pretensión y útil a los denominados "contradictorios necesarios" la segunda, por su parte, refiere a la especial naturaleza que emerge de entre los litigantes, por los que se conoce el grado o tipo de interés que tienen en la órbita de los derechos sustanciales (interés para obrar).

La legitimación procesal entraña, fundamentalmente, el concepto de relación. Relación circunstancial que tiene como pivote al sujeto procesal en pro de establecer la certidumbre del vínculo causal entre ésta y el derecho pretendido.

El interrogante de qué es la legitimación procesal halla una sintética respuesta: es la capacidad, aptitud o idoneidad que se reconoce a un sujeto para intervenir en un proceso judicial. Tal legitimación no está otorgada por los instrumentos normativos reseñados, ya que sólo refieren a los actos de administración.

Esto es así, ahora creo, que el derecho procesal moderno ha abierto una brecha en este sistema clásico, si esto fuera tan rígido, como se entendería la legitimidad procesal para solicitar recursos de amparo colectivos, o cuando se encontraría legitimidad para accionar por los derechos de la llamada tercera generación? Serían inconcebibles, y sin embargo son hoy mayoritariamente aceptados.

La crisis del sistema actual salta a la vista, la brecha entre constitución material y la escrita es casi irreconciliable si no se toman medidas urgentes. La ciudadanía sabe y

es consciente que no es solamente el Poder Ejecutivo quien viola en reiteradas oportunidades sus derechos fundamentales, en muchas oportunidades entremezcla con el Poder Legislativo para llevar adelante tales atropellos, a sabiendas incluso de la lentitud que le lleva al Poder Judicial llevar adelante el control que le compete. La balanza se sobrecarga hacia uno de los lados ayudado por lo macabro del sistema, y el ciudadano común se ve burlado doblemente.

Ya finalizando estas conclusiones puedo decir que se lograron los objetivos propuestos, se pudo dar una solución al problema de investigación, como así también se cumplieron con los puntos de tesis a demostrar y defender, dando por aprobada la hipótesis planteada.

## **2. Propuestas .**

Propongo:

Que marchemos hacia un sistema mixto, similar al que se ha visto en la ciudad de Buenos Aires, ya que creo en todas las bondades que se pregonan respecto del control difuso y con efecto in casu et inter partes, pero creo que en algunos casos, tal control llega demasiado tarde para salvar los perjuicios que una norma inconstitucional le ocasiona a la población en general.

En muchos casos, no depende ya de que poder provenga la norma, sino más bien de los perjuicios generales que provoca.

Propongo, que siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la declaración de Oficio, debe instaurarse ya mismo una reforma constitucional donde se plasme claramente que en caso de violación general, a los derechos humanos o garantías constitucionales, que sean burdas, objetivas y claras, el defensor del Pueblo en nombre de las funciones que le han sido otorgadas, posee legitimidad procesal para solicitar la inconstitucionalidad de las normas establecidas.

Creo que allí gravita el centro de gravedad de su legitimación procesal, es su función esencial la que debe habilitarlo para el planteo de inconstitucionalidad. No debería necesitar de otra aptitud o capacidad procesal que esta, se viola de manera burda un principio o garantía constitucional, que genera perjuicios generales en la población. O a caso se espera lo profetizado por el maestro Gordillo, se pretende acaso que miles y miles de ciudadanos presenten planteos de inconstitucionalidad que tardarían años en resolverse? Nuestra más reciente historia demostró, cuan perverso puede ser para los afectados tal sistema.

Cuando menciono la palabra general, multivoca por cierto, lo hago en el sentido de pueda perjudicar a la población toda o a un gran grupo de la misma.

Esto no le quitaría respeto al delicado equilibrio que necesariamente debe existir entre los poderes, ya que quien sigue ejerciendo el control de constitucionalidad es el Poder Judicial. Solo se le estaría otorgando a una autoridad de la Nación, en casos extremadamente graves, la potestad de instar en forma general, el control que en definitiva no sale de la órbita del Poder Judicial.

Esto le brindaría mayor prestigio a ambas instituciones, el ombudsman obtendría mayor poder, sino que fundando los perjuicios que ocasiona la norma a los principios y garantías que se le han encomendado custodiar podría no sólo recomendar, aconsejar, sino también accionar judicialmente y como todos sabemos tal poder en muchos casos es una fuerte arma de coacción.

Y el Poder Judicial en su ámbito constitucional, lograría frenar a tiempo normas que causarían un grave perjuicio a la ciudadanía, recuperando así parte del desprestigio perdido, y haciendo sentir a la población en general que la mayoría conseguida en las urnas nunca puede confabularse en contra de nuestras bases constitucionales.

Ahora bien, si la situación planteada fuera de tal gravedad que merece un remedio tan extraordinario (nótese que en caso de hacerse lugar a su petición, el efecto no sería ya inter partes, sino “erga omnes”), entiendo que no puede ser un tribunal común quien debe resolverlo.

En definitiva el máximo custodio de nuestra Constitución es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y entiendo que debería entonces, incorporarse como competencia exclusiva de ella la intervención en tal petición.

Una reforma como la que he propuesto, carecería de operatividad si no fuera acompañada por la que aquí menciono. Es el Máximo Tribunal quien debe entender con competencia exclusiva tal solicitud.

Quién con más autoridad para decidir a manera de “per saltum”, si una normativa es inconstitucional con carácter general y efectos “erga omnes”?

Que sentido tendría hacer seguir las instancias comunes si lo que en definitiva se estará esperando es la opinión contundente del Máximo Tribunal?

Un simple ejemplo bastará para darnos cuenta de las ventajas de mi propuesta: Cuantos recursos (humanos y materiales) se hubieran ahorrado en la problemática planteada con el llamado “corralito financiero” se hubiera otorgado legitimidad a una autoridad para llevar adelante un amparo colectivo, con el planteo de inconstitucionalidad correspondiente?.

El sistema de control según se entiende actualmente, obligó a Jueces de la Nación a tramitar millares de procesos similares y a dictar igual cantidad de resoluciones similares en su contenido; sin tener en cuenta las contradicciones a las que se ha arribado incluso por parte de nuestro máximo tribunal.

El desprestigio de la institución que en definitiva es la encargada de llevar adelante el control, fue una de las preocupaciones que más fuerza le dio a Kelsen para proponer la creación de un tribunal extra poder para otorgarle tal misión.

Un país no puede jactarse de ser democrático y de haber adoptado el sistema republicano de gobierno si demora años en resolver la constitucionalidad de problemas que violan gravemente principios y garantías inherentes a la personalidad humana.

Estoy convencida que tal reforma agilizará notablemente el sistema sin quitarle todo el prestigio ganado con años de práctica.



## **Referencias Bibliográficas.**

1Abeledo Perrot. Lexis N°0003/010602

2Dromi, Roberto, Sáenz Jorge: La Constitución Argentina de Nuestro Tiempo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996

3Tal como lo proponía Bidart Campos, Germán, J: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo 6. Buenos Aires. 1995.

4Ver Sánchez Agesta, Luis, curso de Derecho constitucional comparado. Editorial Universidad de Madrid. Madrid 1980

5Travieso, J Historia de los derechos humanos y garantías. Editorial Heliasta. Buenos Aires .1993

6Ibid

7Otogaba al Poder Legislativo la atribución de “proveer los conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias... promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas es estímulo.

8. Wajtraub, Javier Hernán Nota introductoria a “Defensa del Consumidor” Ley 24.240 y normas complementarias. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Bs .As. 2002

9-Rusconi, Dante, ( Coordinador= Manual de Derecho del Consumidor) Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2009

10 Dromi, Roberto, Sáenz Jorge: Op cit

11 Ibid

12 Spisso, Rodolfo; “Derecho Constitucional Tributario”; Ed. Depalma; Bs. As. 2000; p. 215.

13 Salvadores de Arzuaga, Carlos, “Los controles en la Constitución Reformada”, J.A. 1996-I-843

14Ibid

15 Ibid

16 Ibid

17Alvarado Velloso, Adolfo, El debido proceso de la garantía constitucional, Zeus, Rosario, 2003.

18 Bidart Campos, Germán; “Derecho Constitucional”; T. II, Ed. Universidad, Bs. As. 1997, p. 366.

19 Ibid

20 Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 659.

21 Ibid

22 Nino, Carlos Santiago, ob. cit, p. 659

23Maiorano, Jorge; “El Defensor del Pueblo Español”, L.L. 1984-C-1144.

24 Bulat, Sergio; “El Defensor del Pueblo de la Nación y la defensa de medio ambiente”, J.A. 1998-IV-938.

25 Fernández, Emilio; “El Defensor del Pueblo y la Inconstitucionalidad de una ley”, J.A. 2004-II- 1094.

26.Maiorano, Jorge “Alternativas para el establecimiento del Ombudsman en América Latina” L.L. 1990-C-1024, citado por el autor anterior.

27. Ibid.

28.Fernández, Emilio, Op. Cit.

29 Spota, Alberto; “El Defensor del Pueblo”, E.D. 1997- 1987/96.

30. Fernández, Emilio, Op. Cit.

31. Maiorano, Jorge Op. Cit.

32 Gil Domínguez, Andrés, “La legitimación del Defensor del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires”, L.L. 2000-B-215.

33. Gil Domínguez, Andrés, “El Defensor del Pueblo en Argentina y Perú”, L.L. 1997-F-1431.

34. Spota, Op. Cit.

35. Fernández, Emilio, Op. Cit.

36 Gordillo, Agustín; “Tratado de Derecho Administrativo” T. I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 4ta. Ed. 1995., p. 52.

37 L.L. 1998-C-608.

38 Fallos C.S.J.N. 323-4098.

39. Maiorano, Jorge Luis, “El ombudsman y las instituciones republicanas”, T. II, p. 536. (cit. por Jeanneret, Pérez Cortes L.L. 2003-A-1333.).

40. Pérez de Cortéz, Jeanneret “El Defensor del Pueblo y las Asociaciones en la reforma de 1994”, L.L. 2003-A-1333.
41. Fernández, Emilio, Op. Cit.
42. Barra, Rodolfo, “Los Derechos de incidencia colectiva”, E.D. 22/10/96.
43. Bazán Lezcano, Miguel; “Potestades del Control del Defensor del Pueblo”, Ed. Universitas, 1998, p. 1036 (citado por Fernández, Emilio en Op. cit. anteriormente).
- 44 Gozaíni, Osvaldo, “Legitimación Procesal del Defensor del Pueblo” L.L. 1994-E-1978.
- 45Pérez de Cortéz, Op. Cit.
- 46 Gordillo, Agustín; “Elogio a la Justicia” L.L., Suplemento Derecho Administrativo, 12/1997.
- 47 Devis Echandia; “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad. Bs. As. 1984, T. I., p. 306.
- 48 El Maestro Bidart Campos nos enseñaba que en los “intereses difusos” o “intereses de pertenencia difusa” es un grupo o conjunto de personas el que aparece como beneficiario de una protección que evite o subsane un daño a esos intereses, que como daño de proyección colectiva alcanza en su perjuicio a cada uno de los componentes del grupo. Bidart Campos, Germán J., El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 2004, pag. 328.
- 49Ver Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal Martín, Las acciones colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Jurisprudencial, Procesal y Comparado, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- 50 Ferreyra, Raúl Gustavo, Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, Ediar, Buenos Aires, 2001, pp. 380/381.
- 51 CSJN, Fallos: 323: 1339.
- 52 Cfr. artículo 43 de la Carta Magna y artículo 1° de la ley 16.986.
- 53 CSJN, Fallos: 327:5246, considerando 4°
- 54 Cfr. CNACAF, Sala IV, “Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y otros c. EN-EJN-nota 68/02 s/amparo ley 16.986, 20 de abril de 2004, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, considerando 9.
- 55 Cfr. CSJN, Fallos: 270:69; 312:2103, entre muchos otros.
- 56 CSJN, Fallos: 327:2967, considerando 3.
- 57 Ibid, disidencia parcial de los doctores Vázquez, Maqueda y Zaffaroni, considerando 3°.
- 58 Bidart Campos, Germán J., ob. cit, p. 309.
- 59 CSJN, Fallos: 322:528; 326:1007; 326:3007; 326:2998; entre muchos otros.
- 60 CSJN, Fallos: 327:1890, considerando 5.
- 61Ibid, considerando 6.
- 62 CSJN, Fallos: 326:2150, dictamen del Procurador General de la Nación, considerando IV.
- 63 CNACAF, Sala IV, “Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y otros c. EN-EJN-nota 68/02 s/amparo ley 16.986, 20 de abril de 2004, voto de la doctora Jeanneret de Pérez Cortés, considerando 5.2
- 64 Ibid considerando 9.1
- 65Ibid, considerando 9.2.
- 66 Ibid, considerando 9.3. Similar argumento expresó el doctor Galli en su voto, considerando 67 CSJN, Fallos: 326:4931, voto del doctor Zaffaroni.
- 67 Ibid
- 68 CSJN, Fallos: 327:2967, considerando 8°.
- 69 Ibid, disidencia parcial de los doctores Vázquez, Maqueda y Zaffaroni, considerando 8°.
- 70CNCAF, Sala IV, Causa 40.846/2003 AGEERA c/ EN- Secretaría de Energía de la Nación – resol. 406/03 s/ amparo ley 16.986, 7 de julio de 2005, considerando VIII.
- 71 CSJN, Fallos: 326:3007, dictamen del Procurador General de la Nación, considerando VI.
- 72 CNCAF, Sala IV, Causa 40.846/2003 AGEERA c/ EN- Secretaría de Energía de la Nación –resol 406/03 s/ amparo ley 16.986, 7 de julio de 2005, considerando VIII.
- 73 CSJN, Fallos: 326:3007, dictamen del Procurador General de la Nación, considerando VI.
- 74 Ibid considerando 11°.
- 75 CSJN, Fallos: 326:2998, considerando 3°.
- 76La CNCP consideró que debía analizarse cada caso en concreto, es decir, no procedía la extensión de la dimensión colectiva prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional al habeas corpus.
- 77 CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, sentencia de fecha 03/05/2005, considerando 16°.
- 78 Ibid considerando 17°; Fallos 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros.
- 79 Ibid disidencia parcial del doctor Fayt, considerando 15.
- 80 Ibid

81Cfr. Basterra, Marcela I., Procesos colectivos: La consagración jurisprudencial del Habeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo Verbitsky, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Julio de 2005, p. 27.

82 Rivas, Adolfo Armando, "El Amparo" Ediciones La Rocca, Bs. As., 1987, p. 35.

83 Respecto de la naturaleza jurídica del amparo, se puede consultar con provecho la erudita obra de Sagüés, Néstor Pedro, Acción de Amparo. Ed. Astrea, Bs. As., 1991, p. 63 y ss.

84 Si bien sancionada con anterioridad a la Reforma de la Const. Nac., la Const. de la Provincia de Santa Fe, en su art. 17 Ver Texto, sigue un criterio similar al establecer: "Un recurso jurisdiccional de amparo de trámite sumario, puede deducirse contra cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad administrativa provincial, municipal o comunal, o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que amenazare, restringiere o impidiere, de manera manifiestamente ilegítima, el ejercicio de un derecho de libertad directamente reconocido a las personas en la Constitución de la Nación o de la Provincia, siempre que no pudiere utilizarse los remedios ordinarios sin daño grave e irreparable y no existieren recursos específicos de análoga naturaleza acordados por leyes o reglamentos", haciendo hincapié en el trámite "sumario" del instituto.

85Expresaban el maestro Augusto M. Morello y Carlos N. Vallefin en "El Amparo- Régimen Procesal", Librería Editorial Platense, Bs. As., 1992, p. 216 que "...con estas adaptaciones, el tradicional y probado mecanismo de protección constitucional –el amparo al cual por las características apuntadas se lo ha de nominar 'colectivo', servirá para que los intereses difusos (también los colectivos entre los cuales cuentan los derechos de los consumidores) obtengan plural cobertura. No es necesario, nos parece, acudir a otras herramientas: la acción popular o las acciones de clase, porque nuestro amparo -lo reiteramos- goza de gran predicamento y es fácilmente convertible para los nuevos fines, sin confundir ni absorber por otras figuras de fronteras no claras ni rigurosas...". En el mismo sentido se pronunciaba Adolfo Armando Rivas, ob. cit., p. 244.

86 Barbosa Moreira, José Carlos, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el Derecho brasileño", ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de La Plata en el año 1981, libro de ponencias, p. 731

87 Gozáni Osvaldo. El Derecho de Amparo. Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 136.

88 "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo..." (Del nuevo art. 41 CN.

89 Acerca del sentido y alcance de las libertades constitucionales, ver Carrió, Genaro R., "Recurso de amparo y técnica judicial", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, p. 135 y ss.

90La CNCP consideró que debía analizarse cada caso en concreto, es decir, no procedía la extensión de la dimensión colectiva prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional al habeas corpus.

91CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", sentencia de fecha 03/05/2005, considerando 16°.

92Ibid, considerando 17°; Fallos 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros.

93Ibid, , disidencia parcial del doctor Fayt, considerando 15.

94 Ibid

95 Cfr. Basterra, Marcela I., Procesos colectivos: La consagración jurisprudencial del Habeas Corpuscolectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo Verbitsky, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Julio de 2005, p. 27.

## **Bibliografia**

- ✓ Barrancos y Vedia, et al: Comentarios a la Reforma Constitucional. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Buenos Aires. 1995.
- ✓ Bidart Campos, German “Derecho Constitucional”; T. II, Ed. Universidad, Bs. As. 1997.
- ✓ Bidart Campos, Carnota Walter; Derecho Constitucional Comparado. Tomo II. Editorial: Ediar. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. 2000
- ✓ Devis Echandia, “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad. Bs. As. 1984.
- ✓ Dromi, Roberto, Sáenz Jorge: La Constitución Argentina de Nuestro Tiempo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996.
- ✓ Dromi, R, et al: La Constitución Argentina de Nuestro Tiempo. . Editorial: Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996.

- ✓ Ekmekdjian, Miguel A. “Tratado de Derecho Constitucional”, T. IV, Ed. Depalma, Bs. As., 1995.
- ✓ Estrada, José; “Curso de Derecho Constitucional Federal y Administrativo”, Ed. Cia. Sudamericana, Bs. As., 1995.
- ✓ Ferrajoli, Luigi; “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- ✓ García Lema: Alberto: La Reforma por Dentro. Editorial: Planeta. Buenos Aires. 1994.
- ✓ Gordillo, Agustín; “Tratado de Derecho Administrativo” T. I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 4ta. Ed. 1995.
- ✓ Lino Palacios, “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994.
- ✓ Rosatti, H, et al: La Reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la comisión de redacción. Editorial: Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. 1994
- ✓ Sagües, Nestor; “Recurso Extraordinario”, Ed. Astrea, Bs. As., 2002.
- ✓ Spisso, Rodolfo; “Derecho Constitucional Tributario”; Ed. Depalma; Bs. As. 2000.



## **1. Índice**

2. Introducción.....	1
2.1. Estado del Arte.....	5
Marco Teórico.....	6
<b>Capítulo I:</b> La reforma Constitucional producida en Argentina en el año 1994....	8
1. Introducción.....	9
2. Los derechos de Primera Generación.....	10
3. Los derechos de Segunda Generación.....	12
4. Los derechos de Tercera Generación.....	16
5. Los derechos de los usuarios y consumidores en la Constitución Nacional.....	18
6. Distintos sistemas de control de constitucionalidad.....	21
7. Control Difuso o Concentrado.....	24
8. Control Preventivo, Reparador o Mixto.....	25
9. Control Abstracto o Concreto.....	26
10. Control Amplio o Restringido.....	28
11. Efecto Erga Omnes o con relación al Caso Concreto.....	28
12. Efectos Retroactivos y Prospectivos.....	30
13. Comienza el Cambio.....	34
14. La Causa Mill de Pereyra.....	37
15. Consideraciones Finales.....	42
<b>Capítulo II:</b> El Defensor del Pueblo	
1. Introducción.....	45
2. El Defensor del Pueblo.....	46



3. La ley 24284 y el artículo 86 de la Constitución Nacional.....	48
4. El tema en el Derecho Comparado.....	49
5. El Defensor del Pueblo y su Competencia dentro del Derecho Comparado.....	54
6. Análisis dentro del Marco Jurídico Nacional.....	58
7. El Control de Constitucionalidad Mixto instaurado en la ciudad de Buenos Aires.....	75
8. Consideraciones Finales.....	81
<b>Capítulo III: El defensor del pueblo tiene legitimación activa para defender los intereses difusos a través del amparo.</b>	
1. Introducción.....	86
2. Cuestiones Generales.....	87
3. Legitimación Procesal.....	90
3.1 Las asociaciones.....	91
4. El Defensor del Pueblo con relación a la Legitimación Procesal.....	95
5. Derechos de incidencia colectiva vs. Derechos pluriindividuales.....	98
6. La acción de amparo como medio de tutela de los intereses colectivos o difusos en el nuevo esquema constitucional argentino.....	102
7. La Consagración Jurisprudencial del Hábeas Corpus colectivo: El fallo “Verbitsky”.....	106
8. Consideraciones Finales.....	109
<b>Capítulo IV: Conclusiones y propuestas</b>	114
1. Conclusiones.....	115
2. Propuestas.....	130
Referencias Bibliográficas.....	134
Bibliografía.....	137

