

## EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

María Angélica GELLI

SUMARIO: I. *La reforma constitucional de 1994. Contexto político y objetivos declarados.* II. *La estructura normativa del poder. Principales modificaciones.* III. *El Ministerio Público.* IV. *El defensor del pueblo.*

### I. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 CONTEXTO POLÍTICO Y OBJETIVOS DECLARADOS

Después de un largo periodo de inestabilidad institucional —iniciado en el año 1930 con el primer golpe de Estado en el siglo— comenzó en la República Argentina un proceso continuo de división de la legitimidad política por exclusión de sectores importantes de la sociedad, en la participación democrática.<sup>1</sup>

Durante ese periodo, en 1949, se sancionó una reforma constitucional sustantiva, de perfiles centralistas en lo político, estatista en lo económico y adscrita al constitucionalismo social que duró lo que el gobierno que la había propuesto.

1 Desde mediados de siglo, los enfrentamientos políticos tuvieron momentos de particular virulencia en la República Argentina. La educación amigo-enemigo caracterizó la lucha por alcanzar el poder, dado que las diferencias se daban en términos absolutos y las propuestas incluían la supresión del adversario como contendiente legitimado desde la oposición. El primer peronismo (1946-1952 y 1952-1955) acentuó esta dialéctica y parte de la sociedad percibió la construcción de un modelo político en el cual no tenía cabida. El derrocamiento del presidente Perón en el año 1955 mantuvo el antagonismo político, aunque cambiaron los actores excluidos y que se percibían a sí mismos como tales.

Pero esa reforma, además de las impugnaciones jurídicas que recibió,<sup>2</sup> careció de legitimidad consensual para buena parte de la sociedad.

A partir de entonces, el tema de la necesidad de reforma constitucional nacional se convirtió en recurrente en la República Argentina.

Sin embargo, los intentos para modificar la Constitución —a partir de un consenso legítimamente— fracasaron reiteradamente. Sólo dos enmiendas —las operadas en 1957 y en 1972— se llevaron a cabo en el país, aunque ambas lo fueron con ilegitimidad de origen.<sup>3</sup>

Una vez iniciada la transición democrática en 1983, el gobierno de entonces puso a debate el tema de la reforma constitucional. En efecto, el presidente Alfonsín creó un Consejo para el estudio de la reforma constitucional que produjo importantes estudios y dos dictámenes.<sup>4</sup> Pero la propuesta de establecer la reelección inmediata del presidente enturbió el de-

<sup>2</sup> Según el artículo 30 de la Constitución Federal, ésta puede reformarse total o parcialmente. La norma exige que la necesidad de reforma sea declarada por el Congreso, con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros y que se lleve a cabo por una Convención convocada al efecto. Los impugnantes de las enmiendas alegaron, fundamentalmente, violaciones al proceso reformista por no haber reunido, en una de las cámaras del Congreso, los dos tercios de los miembros totales del Cuerpo.

<sup>3</sup> De las dos enmiendas, sólo perduró la de 1957. Esa reforma sancionó el artículo 14 bis que reconoció los derechos de los trabajadores, de las asociaciones gremiales y de la seguridad social. La reforma fue consecuencia del derrocamiento militar del gobierno peronista (1946-1952 y 1952-1955).

Pese a que en la elección de convencionales para producir las enmiendas de 1975 estuvo proscrito el Partido Justicialista, finalmente éste dejó de cuestionar la legitimidad de aquella reforma.

Las enmiendas de 1972 fueron sancionadas por un gobierno *de facto*, con plazo de caducidad para el caso en que las próximas autoridades constitucionales no las convalidaran. El plazo se cumplió y las reformas perdieron vigencia.

<sup>4</sup> Consejo para la consolidación de la democracia. Decreto 2446/85 del 24 de diciembre de 1995. Fue miembro Coordinador del Consejo, el jurista Carlos Santiago Nino. Produjo dos dictámenes: "Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia" Buenos Aires, Eudeba, 1996 y "Segundo Dictamen del Consejo para la Consoliación de la Democracia" Buenos Aires, Eudeba, 1987.

bate y la cuestión económica no resuelta terminó por desacreditar el proyecto que, de todos modos, la oposición entorpecía.

Con la elección del nuevo presidente, en 1989,<sup>5</sup> los proyectos reformistas retornaron pero, otra vez, fueron resistidos por la oposición. Habían cambiado los protagonistas políticos —el Partido Justicialista estaba en el gobierno y el Radical se había convertido en oposición— pero la problemática que centralizó el debate giró, nuevamente, en torno a la reelección inmediata del presidente.

Pero el oficialismo —de acuerdo con la interpretación más estricta del artículo 30 de la Constitución— no contaba con *quórum* propio, en una de las Cámaras del Congreso, para declarar necesaria la reforma constitucional. Entonces, el Poder Ejecutivo decidió convocar a una consulta popular para que la población se expidiese sobre el punto.<sup>6</sup> Cuando arreciaban los cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la norma sancionada por el presidente, sorpresivamente, éste y el líder del principal partido de oposición firmaron un acuerdo —llamado *Pacto de Olivos*— mediante el cual coincidían en los objetivos centrales de la reforma constitucional<sup>7</sup> y en la voluntad política de llevarla adelante.

Así se establecieron las bases y orientación de las futuras enmiendas, señalándose, al mismo tiempo, las distorsiones y deficiencias de la república democrática, tal como funcionaba hasta entonces en el país.

5 Carlos Saúl Menem (1989-1995) y 1995.

6 Decreto 2181/93. Convocaba al electorado a la consulta del 21 de noviembre de 1993 con el fin de que se expidiera, “por sí o por no”, sobre la necesidad de reformar la Constitución.

7 El 14 de noviembre de 1993, en la residencia presidencial de Olivos, en la Provincia de Buenos Aires, acordaron la reforma, el presidente de la nación y presidente del Partido Justicialista, Carlos Saúl Menem y el líder del Partido Radical y expresidente de la nación, Raúl Ricardo Alfonsín. Para un análisis detallado del proceso que culminó con la firma del Pacto de Olivos y la reforma constitucional, ver García Lema, Alberto Manuel, *La reforma por dentro*, Buenos, Aires, Planeta, 1994.

Desde luego, las críticas más duras al modo en que se ejercía el poder partían de los sectores de oposición quienes anotaban el centralismo presidencial, acrecentado por la práctica reiterada de dictar decretos de necesidad y urgencia en materias atribuidas al Congreso y por la rutina de promulgar la parte no observada de leyes parcialmente vetadas. Atribuciones que de ningún modo estaban acordadas de manera expresa en el articulado de la Constitución argentina de 1853/60.<sup>8</sup>

Esas prácticas institucionales, empleadas al margen de la Constitución, fueron utilizadas tanto por el presidente Alfonsín como por el presidente Menem, aunque este último en medida mucho mayor. A ellas se sumó el aumento del número de miembros de la Corte Suprema, operado durante la administración de Menem. Medida, es cierto, dictada conforme a los preceptos constitucionales. Sin embargo, esa medida otorgaba la oportunidad al Poder Ejecutivo para nombrar a cuatro nuevos magistrados de un Tribunal que, en la Argentina, ejerce control de constitucionalidad —a petición de parte, en casos particulares y ante agravios específicos— de normas y actos gubernamentales.<sup>9</sup>

8 La práctica constitucional de dictar decretos de necesidad y urgencia fue convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Peralta, Luis A. y otro c/estado Nacional, Ministerio de Economía” C. S. (diciembre 27 de 1990, B.C.R.A. *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 141-519. Con nota de Germán Bidart Campos. —El fallo de la Corte sobre el Plan Bonex (el amparo: airoso; la propiedad: desprotegida: la Constitución: entre paréntesis).— Del mismo modo, la Corte Suprema admitió la procedencia de la promulgación parcial de leyes, siempre que la parte promulgada tuviese autonomía normativa y su promulgación no alterase el espíritu ni la unidad del proyecto. *Colella vs. S. A. Fevre y Basset* Fallos 268-352. Para un análisis del problema de la promulgación parcial: Gelli, María Angélica, “Implicancias jurídicas y políticas de la promulgación parcial de leyes”, *La Ley*, Buenos Aires, 1992-E-533; y “Alcance y extensión del agravio en la promulgación parcial de leyes” *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 27 de abril de 1994.

9 El aumento del número de miembros de la Corte Suprema se hizo mediante la ley 23.774, promulgada el 11 de abril de 1990. B.O. 16/4/90 (artículo 1o.) La cuestión levantó un formidable debate político y puso en duda, ante la opinión pública, la independencia del Tribunal.

En ese contexto, los objetivos de la reforma constitucional se plasmaron en el denominado *Núcleo de Coincidencias Básicas*,<sup>10</sup> en la Ley 24.309 de Declaración de Necesidad de Reformar Parcialmente la Constitución<sup>11</sup> y en lo expresado por los miembros informantes del despacho de la Comisión del Núcleo de Coincidencias Básicas.<sup>12</sup>

En efecto, a pesar de que no existían dudas acerca del objetivo político que se había trazado el oficialismo —con el fin de lograr la reelección presidencial inmediata— los objetivos declarados de la reforma señalaron la necesidad de

consolidar y perfeccionar el sistema democrático, [...] generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial (para lograr) la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, y la mayor independencia del Poder Judicial [...] fortalecer el régimen federal [y] ampliar el reconocimiento de ciertos derechos de las personas y sus garantías específicas.<sup>13</sup>

## II. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DEL PODER PRINCIPALES MODIFICACIONES

La reforma constitucional argentina de 1994 —aunque parcial— fue sustantiva. Tanto así, que la doctrina se planteó el interrogante acerca de si el producto final había alumbrado o no una nueva Constitución.

En efecto, más allá de la continuidad de los valores históricos, las enmiendas reconocieron nuevos derechos —los lla-

10 El acuerdo para la reforma se materializó en el llamado *Núcleo* —un conjunto de temas que la futura Convención Constituyente debía aprobar o rechazar en su conjunto— y en la enunciación de temas habilitados que podían aprobarse o rechazarse, independientemente unos de otros.

11 Sancionada y promulgada el 29-12-93. *B. O.* 31-12-93.

12 *Cfr.* Exposición de uno de los dos miembros informantes del desacho de mayoría, García Lema, Alberto. 18a. Reunión 3a. Sesión Ordinaria, 27 de julio de 1994. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, pp. 2210/11.

13 *Idem.*

mados de la tercera generación—,<sup>14</sup> incluyeron formas de democracia semidirecta,<sup>15</sup> incorporaron la dimensión de los deberes constitucionales<sup>16</sup> y la diversidad social,<sup>17</sup> perfilaron un nuevo Estado<sup>18</sup> y generaron cambios importantes en la dinámica del poder.

Así, en la parte orgánica de la Constitución se incorporaron, como atribución constitucional del presidente, la de dictar decretos de necesidad de urgencia y promulgar parcialmente las leyes;<sup>19</sup> se facultó al Congreso para disponer la delegación legislativa;<sup>20</sup> se crearon nuevos órganos<sup>21</sup> o se lo incorporaron a la ley suprema.<sup>22</sup>

### III. EL MINISTERIO PÚBLICO

#### 1. *La problemática del Ministerio Público en clave política*

En diciembre de 1983 comenzó en la República Argentina un proceso de transición democrática que se afianzó a partir del traspaso de la investidura presidencial a un ciudadano elegido por la voluntad popular, perteneciente al partido político de oposición y en una circunstancia económica y financiera muy difícil.

14 Acciones positivas (artículos 37 y 75, inciso 23), derechos sobre el medio ambiente (artículo 41); derechos de usuarios y consumidores (artículo 42) y habeas data (artículo 43).

15 Iniciativa popular (artículo 39) y consulta popular (artículo 40).

16 Por ejemplo, en materia de preservación del medio ambiente (artículo 41).

17 Cfr. Gelli, María Angélica, "Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994." *La ley*, Buenos Aires, 5 de julio de 1995.

18 A tenor, fundamentalmente, de las atribuciones concedidas al Congreso por el artículo 75, inciso 19. Parece allí intentarse un difícil equilibrio entre las necesidades del liberalismo económico y el estado de bienestar.

19 Artículos 99, inciso 3, y 80.

20 Artículo 76.

21 Por ejemplo, el jefe de gabinete de Ministros (artículos 100 y ss.), el Consejo de la Magistratura (artículo 114), el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 115).

22 Auditoría General de la Nación (artículo 85), Defensor del Pueblo (artículo 86) y Ministerio Público (artículo 120).

En efecto, si algo faltaba para advertir la permanencia que adquirirían las instituciones democráticas en Argentina, el fenómeno de la hiperinflación, desconocido hasta entonces, mostró hasta qué punto el sistema político global podía resistir.

Así, después de las elecciones generales celebradas en mayo de 1989, que el oficialismo perdiera, se desarrolló en el país la anunciada y temida hiperinflación, con su secuela de tensión social, saqueos a comercios y establecimientos —aunque breve— del estado de sitio.<sup>23</sup>

Pues bien, pese a ese cuadro por momentos dramáticos —que incluyó el traspaso anticipado del poder presidencial— la democracia argentina resistió y se sostuvo, también, en ocasión de los levantamientos militares producidos por la irresuelta cuestión.<sup>24</sup>

Pero así como pareció definitiva la incorporación de las rutinas democráticas a la vida política, existen, aún, inconsistencias republicanas de diverso orden en el sistema político global.

Por cierto, el camino hacia la estabilización y saneamiento de la economía no se transitó sin costo institucional. En efecto, el proceso de desregulación y privatización de la actividad productiva, iniciado en 1989, acentuó las notas de la concentración presidencial del poder. Y ello aunque las principales normas que diseñaron las políticas públicas emanaron del Congreso.<sup>25</sup>

No obstante, la implementación de aquellos cambios provino, fundamentalmente, de decisiones del Poder Ejecutivo que

23 Cfr. Gelli, María Angélica, “El estado de sitio en la transición democrática (1982-1990)”, *Revista de Historia del Derecho “R. Levene”*, núm. 28, Buenos Aires, 1991.

24 La rebelión de los llamados “carapintadas” se produjo al comienzo del periodo presidencial de Menem. Pero el presidente pudo controlar la situación.

25 Ley de Reforma del Estado. Emergencia Administrativa número 23.696, del 18 de agosto de 1998; Ley de Emergencia Económica núm. 23.697, del 15 de septiembre de 1989 y Ley de Convertibilidad núm. 23.928, del 27 de marzo de 1991.

invocaba, a la vez, la facultad del presidente de reglamentar las leyes y la necesidad de dictar decretos de urgencia.<sup>26</sup>

Así, las normas que dictaba el presidente —decretos de necesidad y urgencia, decretos de promulgación parcial de leyes y reglamentos legislativos— aplicados a la transformación económica, produjeron un doble efecto. En primer lugar, el ya mencionado de la centralización del poder en manos de la Presidencia —y de sus burocracias técnicas— y, en segundo término, la concentración económica aguda, básicamente por la privatización de los servicios públicos, entregados la mayoría de ellos, en explotación monopólica.

Quizá el temor a que aquellas políticas fueran rechazadas por la Corte Suprema, a través del control de constitucionalidad, llevaron al oficialismo a propiciar y lograr aumentar el número de miembros del alto tribunal. Con ello se impidió la transición judicial, de una administración a otra.

Como quiera que fuese, la decisión implicó poner en cuestión la credibilidad e independencia del Poder Judicial, en su cabeza jerárquica y conmovió al sistema en su totalidad. A ello se sumó, además, una mutación que afectó al Ministerio Público: el presidente dejó de requerir el acuerdo del Senado para el nombramiento del procurador general.

Hasta entonces, ese funcionario era nombrado por el presidente con acuerdo del Senado y removido por el procedimiento del juicio político, aunque, debe decirse, ese método no procedía directamente de la norma constitucional.

Así pues, la práctica que se inició con la administración Menem generó cuestionamientos de la oposición política y de los actores sociales, quienes creyeron ver en aquella relación

<sup>26</sup> Como por ejemplo el Decreto de desregulación núm. 2284/91. Debe señalarse que el presidente argentino tenía, bajo el texto constitucional de 1853/60, la atribución de reglamentar las leyes (anterior artículo 86, inciso 2º) pero no la de dictar decretos de necesidad y urgencia. La reforma constitucional de 1994 conservó aquella atribución (artículo 99, inciso 2º) e incorporó la segunda (artículo 99, inc. 3º).

con el Poder Judicial, una asignatura pendiente del gobierno aún después de reformada la Constitución.<sup>27</sup>

2. *El Ministerio Público en la reforma. ¿Órgano extrapoder o nuevo poder del Estado?*

Aquellas circunstancias políticas en torno a la Corte Suprema y el Ministerio Público fueron algunas de las justificaciones declaradas que llevaron a la oposición hacia el acuerdo reformista, bajo expresa condición —entre otros objetivos— de morigerar el centralismo presidencialista y asegurar la independencia del Poder Judicial. Tal como se dijo, esos fines impulsaron las enmiendas y convirtieron a aquellas declaraciones expresas y formales, en la regla interpretativa de oro, al momento de dar alcance y extensión a las nuevas normas. Y ello, tanto cuando el Congreso dicte las normas complementarias respectivas —en cuestiones que la Convención Constituyente dejó abiertas—<sup>28</sup> como cuándo éstas y aquéllas sean interpretadas por los tribunales

Ahora bien, la reforma constitucional creó una sección, la Cuarta —en el título primero: gobiernos federal; de la segunda parte, autoridades de la Nación— debida al Ministerio Público. En un único artículo, el 120, la Constitución dispuso:

El Ministerio Público es un órgano independiente con la autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

<sup>27</sup> Cfr. “Editorial”, *La Nación* de Buenos Aires, 1º de agosto de 1995, p. 8. El periodico insistía en señalar la persistencia del Ejecutivo en tratar de influir sobre el Poder Judicial; cfr. Ventura, Adrián, “¿En beneficio de todos?”, *La Nación*, 6 de agosto de 1995, p. 9.

También la doctrina jurídica fue severa con las medidas que afectaron al Ministerio Público. Cfr. Rodríguez, Rubén Reinaldo, “El Procurador general de la nación. Algunas reflexiones sobre su designación y la naturaleza del Ministerio Fiscal”, *El Derecho*, Buenos Aires, 1990, pp. 135-995.

<sup>28</sup> Sobre temas sustantivos, en los cuales no se logró consenso, la Convención estableció diferentes plazos —o ninguno— y diversas mayorías, requeridas para aprobar las leyes reglamentarias.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales de intangibilidad de remuneraciones.

Como se advierte, el Ministerio Público diseñado por la Constitución es bicéfalo y posee atribuciones propias de defensa de la legalidad, ejercida en todo tipo de proceso judicial, que incluiría la actuación en casos en que se cuestionase la constitucionalidad de leyes y decretos. Tiene, también, la defensa de los intereses generales de la sociedad y de los pobres, ausentes e incapaces, a través del defensor general.

La importancia del órgano se hace evidente en cuanto se repara acerca del control que puede operar sobre los poseedores del poder político —por ejemplo, persiguiendo la corrupción administrativa mediante el ejercicio de la persecución penal— y sobre quienes tienen el poder económico, haciendo lo propio con los delitos de esa índole.

Pero la eficacia del Ministerio Público está directamente relacionada con su independencia funcional y las garantías que la hagan posible.

Es por ello que la primera discusión que planteó la reforma giró en torno a la ubicación del órgano en la distribución del poder. Discusión que, desde luego, se había generado con anterioridad en razón de las oscuridades normativas que afectaban a la institución y por la injerencia que el Poder Ejecutivo practicó sobre ella.

Como es sabido, las alternativas posibles acerca de la calidad del Ministerio Público son cuatro: a) órgano independiente, con categoría de nuevo poder —al lado de los clásicos poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial—;<sup>29</sup> b) órgano dependiente del

<sup>29</sup> Para el caso argentino, la Sociedad de Abogados Penalistas de Buenos Aires rechazó expresamente la hipótesis, —alegando en una curiosa interpretación de la división de poderes— que éstos son tres o no hay República. *Cfr.* Carta de Lectores, *La Nación*, Buenos Aires, 11 de agosto de 1995, p. 8. En cambio, considera que por su ubicación constitucional es un cuatro poder. Bianchi, Alberto, “El Ministerio Público: un nuevo Poder? (Reexamen de la doctrina de los órganos extra-poder)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 21 de abril de 1995, p. 1.

Poder Ejecutivo, tal como lo organiza Francia, Alemania y Estados Unidos y, en los hechos, sucedió en Argentina en los años noventa; c) órgano incluido dentro del Poder Judicial, como por ejemplo, lo dispone la provincia argentina de Córdoba y d) órgano extrapoder, al margen de los poderes clásicos, pero en relación con alguno de ellos.<sup>30</sup>

Diría que, más allá del debate académico, lo sustantivo es asegurar la efectiva independencia del Ministerio Público para que ejerza las atribuciones que la Constitución le confiere. En lo personal —por la ubicación metodológica del órgano en la Constitución y porque ningún valor republicano impide incorporar un nuevo poder a la tríada clásica— me inclino por considerarlo el cuarto poder del Estado.

### 3. *Garantías del Ministerio Público. Operatividad*

En esta cuestión, la reforma ha importado una modificación sustancial y altamente positiva sobre el Ministerio Público, pues en virtud del texto expreso de la Constitución —el artículo 120 ya citado— aquél ha dejado la dependencia del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, como la misma Constitución lo dispone en el segundo párrafo del artículo 120, el Ministerio Público estará integrado por un procurador general y un defensor general de la nación y los demás miembros *que la ley establezca*. Como se advierte, es este un caso más de los tantos que la Convención Reformadora libró a criterio del Congreso. Con dos agravantes. El artículo no previó plazo alguno para el dictado de la ley, ni mayorías especiales para la sanción de la norma, como sí lo hizo en otras situaciones.

No obstante ello, y a tenor del pronunciamiento de la Procuración del Tesoro de la Nación acerca de que el Ministerio

<sup>30</sup> La mayoría de la doctrina argentina ha adoptado esta interpretación. Cfr. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI, p. 487; Quiroga Lavié, Humberto, “Nuevos órganos de control en la Constitución”, en Varios autores *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, p. 289; Sagués, Néstor Pedro, “Introducción”, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 28.

Público, como órgano extrapoder, no posee por ello menor importancia jerárquica que los otros tres poderes,<sup>31</sup> pronunciamiento que se efectuó sin que se hubiera dictado la ley reglamentaria, es posible afirmar que aun sin esa norma, desde la sanción de la Constitución y por mandato de ella, el Ministerio Público argentino no depende de ningún otro poder, y la remuneración de sus integrantes es intangible.

Así pues, estaríamos ante un caso de norma directamente operativa y autoaplicable.<sup>32</sup> En su consecuencia, los integrantes del Ministerio Público estarían en condiciones de desobedecer instrucciones del Poder Ejecutivo, emitidas a través del Ministerio de Justicia y que comprometan su autonomía funcional.

En idéntica línea interpretativa, si el Congreso, al dictar la norma reglamentaria, limitara de algún modo aquella autonomía, quedará expedito el control de constitucionalidad, en el caso concreto.

#### IV. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

##### 1. Perfil del órgano

Este *defensor social*, como lo denomina Quiroga Lavié,<sup>33</sup> fue incorporado al sistema argentino con anterioridad a la reforma constitucional.<sup>34</sup>

31 Cfr. Procuración del Tesoro. Expte. PT 2973/94, agosto 26 de 1994. En el caso debía decidirse ante quién debía prestar juramento de acatar la Constitución el señor procurador general. El procurador del Tesoro se pronunció en el sentido de que aquél debía jurar ante el presidente de la nación, en su carácter de jefe de Estado. Con nota de Bidart Campos, Germán, "La primera aplicación de la reforma constitucional por la procuración del Tesoro", *El Derecho*, Buenos Aires, 28 de septiembre de 1994.

32 Cfr. Díez, Horacio Pedro, *El Ministerio Público*, trabajo inédito presentado en la maestría Master de derecho administrativo de la Universidad Austral, julio de 1995.

33 Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 267.

34 En el orden nacional, fue incorporado por la Ley 24.284, promulgada el 2 de diciembre de 1993. B. O. de la misma fecha.

Del mismo modo que en aquel precedente normativo, la Constitución argentina ubicó al defensor del pueblo en el ámbito del Poder Legislativo, aunque garantizando su independencia respecto al Congreso. En efecto, el artículo 86 dispuso:

El defensor del pueblo es un órgano independiente institucional en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. 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 y omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El defensor del pueblo tiene legitimación procesal.

Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores.

Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

Después de sancionada la reforma constitucional, que en términos generales recogió la reglamentación dispuesta por la ley 24.286, el Congreso dictó otra norma modificatoria de aquella, con el fin de adecuarla a los preceptos constitucionales.<sup>35</sup>

La institución, nacida en Suecia, posee en Argentina las atribuciones necesarias para ejercer un verdadero control preventivo de la actividad administrativa, y una eficaz supervisión sobre las funciones administrativas públicas.

Esta última atribución, en los términos que dispuso la norma, se debe a una modificación en el pleno de la Comisión Redactora. En efecto, por la acción de Quiroga Lavié, se reemplazó la frase “funciones administrativas públicas” con objeto de que cayeran bajo el control del defensor, los entes de servicios públicos que fueron privatizados.<sup>36</sup>

Esa modificación perfiló, también, un órgano de control de grupos económicos relevantes, que mantienen relaciones de con-

35 Ley 24.379. Promulgada el 11 de octubre de 1994. B. O. 12-10-94.

36 Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 273.

sumo y uso, con prácticamente toda la población, convertida, en muchos casos, en cliente cautiva.

## 2. *Alcance de la competencia y legitimidad*

Una de las dudas que se plantearon acerca de la competencia del defensor del pueblo giraron acerca de la posibilidad de ejercer control sobre el Poder Judicial. La Convención rechazó la hipótesis, que también había desestimado, expresamente, la ley 24.284 en el artículo 14. En efecto, esa norma dispuso que “quedan exceptuados del ámbito de competencia de la defensoría del pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la municipalidad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad”. Por su parte, la propia Corte Suprema de Justicia resolvió, en un brevísimo fallo, atento a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Nacional y los artículos 14, 15, 16 y 21, inciso b) de la ley 24.284, modificada por la ley 24.379, que el “Defensor del pueblo carece de competencia para formular exhortaciones al Tribunal sobre las causas en trámite”.<sup>37</sup>

Pero el defensor posee legitimación activa en toda clase de procesos sin que por su intervención quede, desde luego, excluida la parte afectada. Sobre el punto, debe tenerse en cuenta lo que dispone el artículo 43 en materia de amparo, norma que le concede al defensor legitimación activa en resguardo de los derechos de incidencia colectiva, junto a las organizaciones de defensa de esos derechos y al afectado.

## 3. *Perspectivas de la institución*

Con buen criterio, la Constitución otorgó al defensor —por iniciativa del convencional Ortiz Pellegrini— las inmunidades y privilegios que corresponden a los legisladores. Se quiso, con ello, fortalecer la institución para el más eficaz ejercicio de sus funciones de control.

<sup>37</sup> “Frias Molina, Nérida Nieves c/I.N.P.S. s/reajustes por movilidad”, C.S. F XXVIII (21 de marzo de 1994).

Del mismo modo, la elección del defensor por una Comisión Bicameral Permanente del Congreso y la responsabilidad sólo ante el Poder Legislativo, han tendido a garantizar su independencia.

No obstante, como bien los señala Durante —citando a General Caidén— sería fatal para la institución si se convirtiera en un juguete político o si sus operaciones fueran vistas como partidarias o inquisitoriales, ofensivas al gobierno, la burocracia política o importantes sectores del público. Para evitarlo, como también lo indica. Durante, el defensor del pueblo debería ser nombrado a propuesta de los partidos de oposición, con representación en el Congreso.<sup>38</sup> Pero esta alternativa no está prevista en la Constitución argentina, por lo cual, si la ley no lo consagra, la garantía de independencia en el control de la administración se debilitará sensiblemente.

38 Cfr. Durante, Alfredo Leonardo, “Defensor del Pueblo”, *Comentarios a la reforma constitucional*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, mayo de 1995, p. 176.