

EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE TUCUMAN.

Algunas reflexiones: entre incompatibilidades y “poderes”.

Por Mario Alejandro Herrera

Sumario: I. Introducción. II. El Defensor del Pueblo: Origen. III. Marco Legal: Evolución. IV. Análisis Normativo V. Designación. VI. Inhabilidades e Incompatibilidades. VII. El *imperium* del Defensor del Pueblo. VIII A modo de colofón. IX. Bibliografía.

I.- Introducción.

Abordaré en esta oportunidad, el análisis de un organismo de carácter constitucional que durante los últimos meses fue objeto de controversia en el ámbito político y social de nuestra provincia: el **Defensor del Pueblo**.

Reviste importancia el *tratamiento doctrinario*, a los fines de poner coto a ciertas *teorías esbozadas* con motivo de las impugnaciones realizadas a algunos de los postulantes al cargo de **ombudsman** en la Provincia de Tucumán.

Concretamente me refiero al caso de afiliación partidaria de los postulantes y en su caso, del Defensor en ejercicio. En ese sentido conviene reflexionar sobre la existencia -o no- de un órgano de control de verificación posterior del acceso al cargo.

Dicho análisis -creo- debe conjugarse armónicamente entre las funciones encomendadas por el legislador primigenio, quien estructuró a prima facie la figura de la Institución que se analiza; su independencia e inmediatamente sus incompatibilidades e inhabilidades.

Asimismo, y en ese sentido conviene realizar un seguimiento a las modificaciones legales llevadas a cabo desde su creación hasta la actualidad, donde opera el fenómeno de la consolidación de leyes a través del **Digesto Jurídico -Ley 8240-**.

Por otro lado, la función superlativa acometida con el poder desplegado a raíz de su intervención.

Obviamente, que habrá que indagar por el ser histórico de la Institución, aunque más no sea para interiorizarse -comparativamente- su origen y evolución, especialmente por estos lares.

II.- El Defensor del Pueblo: Origen

Es innegable que el *Defensor del Pueblo* en la historia, comienza en la Antigüedad; y es posible que tenga su origen en el mismo momento de la creación de instituciones que controlaran las autoridades y defendieran los

derechos de los ciudadanos. Siguiendo esa premisa, algunos autores¹, comienzan su estudio analizando distintas instituciones de la antigüedad esparcidas por todo el mundo.

A modo de ejemplo se han encontrado antecedentes en la antigua China de la Dinastía Han; conforme a las características señaladas el emperador designaba a un funcionario denominado "Yan" para que ejerciera un contralor sistemático y permanente de la administración imperial y sus funcionarios. El Yan recibía las peticiones del público contra las "injusticias administrativas". Otra doctrina ubica el origen de la institución durante la **Dinastía Ts'in** (221 a.C.), o en Corea, durante la **Dinastía Choseon**².

En la antigua Atenas, Grecia, existieron funcionarios que eran elegidos por el Consejo de los Quinientos llamados "*Euthynoi*". Ellos se ocupaban de mantener el orden, la disciplina, la armonía y la "*vigilancia sobre los funcionarios gubernamentales con el objeto de asegurar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por dicho Consejo*."³. En Esparta tenemos al "*Eflore*" con idénticas características.

En Roma un antecedente similar lo encontramos con el **Tribuno de la Plebe**; creado en un escenario revolucionario, resultado del triunfo de las demandas de la plebe romana frente al poder político y económico de los patricios. Con acierto *Pietro Bonfante* resalta sus rasgos característicos: «. . . en el Estado, y en antítesis al mismo, se afirma una organización no subordinada, sino coordinada a la plebe. Pero la organización de la plebe frente al Estado y la función correlativa de los órganos plebeyos es esencialmente defensiva, el *auxilium plebis*: proteger al hombre de la plebe y al orden plebeyo contra la arbitrariedad de la magistratura y del orden patricio, tan poderoso dentro de sus casales gentilicios y en el Senado. El lado positivo de la soberanía escapa completamente a los tribunos. Órganos que están fuera del gobierno, carecen del imperio de los magistrados y de efectuar auspicios públicos de competencia administrativa, de facultad de convocar al Senado o a la asamblea legal de todo el pueblo, del título e insignias propios de los magistrados, de fasces y lictores, de toga pretexta y de silla curul. El aspecto negativo, en

¹ BARRAZA, Javier I. "El origen y la evolución del Defensor del pueblo" Conceptos. Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino. Año 77. 2.002. Numero 3. Pagina 6.

² JAVIER INDALECIO BARRAZA 2003 www.saij.jus.gov.ar .Id Infojus: DACF030021

³ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, El Ombudsman, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p.15.

cambio, esencial a sus funciones, resulta formidablemente exaltado y supera, como el poder de los *eforos* en Esparta, a la misma soberanía del magistrado supremo»⁴.

Frente a esto, **Vincenzo Arangio Ruiz** acota: “Ante la tenaz resistencia patricia, la actuación de los plebeyos para lograr la eliminación de los privilegios económicos y políticos, asume una forma típicamente revolucionaria. La coacción preferida es la secesión, abandono de la ciudad por todos los plebeyos útiles, con la consiguiente negativa de prestar el servicio militar; órganos revolucionarios permanentes lo fueron las magistraturas plebeyas, elegidas en asambleas desprovistas de reconocimiento oficial y, por ende desconocidas para la verdadera y propia constitución ciudadana; pero con fuerza evidente por la venganza con que la plebe amenazaba a quien se atreviese a discutir o negar lo que éstas hubiesen ordenado. La más típica de esas magistraturas es el Tribunado”⁵.

Evidentemente que cabría la posibilidad de ampliar el desarrollo histórico de la Institución en el Derecho Romano, sin embargo, nos limitamos a decir que los *Tribuni Plebis*, tenían un derecho de veto y de oponerse a las decisiones de todos los magistrados e impugnar las decisiones de los cónsules y del Senado Romano.

Del análisis de la figura, podemos aseverar que guarda estrecha relación con el actual Defensor del Pueblo. En efecto: Poder moral, magistratura de opinión, elección popular por asamblea y por períodos, instrumento de garantías, guardián de los derechos de las personas más vulnerables, Independencia, etc.-⁶

En la época bizantina surge la figura del *Defensor Civitatis*, o Defensor de la Ciudad, que tenía la misión de proteger a los humildes contra las arbitrariedades de los gobernantes.

En la América prehispana, durante el Imperio inca, existió el "Trucuyricuy" (el que todo lo ve), que vigilaba el funcionamiento del Consejo

⁴ PIETRO BONFANTE, Historia del Derecho Romano, traducción por José Santa Cruz Tejeiro, Edición de la Revista de Derecho Privado, Madrid 1944, I, 140.

⁵ ARANGIO RUIZ, VICENT; Historia del Derecho Romano, traducción por FRANCISCO DE PELSMACKER E IVAÑEZ, Reus, Madrid 1943 pp. 56/7.

⁶ **CARLOS R. CONSTENLA** El tribuno de la Plebe al Defensor del Pueblo latinoamericano, en revista Res Pública Argentina, Buenos Aires, mayo- agosto de 2008, N° 2008-2 p. 27 a 40.

Imperial. Con la llegada de los españoles se creó el denominado "Protector de los Indios", por iniciativa de Fray Bartolomé de las Casas⁷.

No obstante, los antecedentes expuestos, la tesis mayoritaria sostiene que fue en Suecia donde se desarrolló y sistematizó la figura con el grado de complejidad con que la conocemos.

Tal vez esta postura se deba a que la Antigüedad no garantizó la continuidad de la institución, por lo que la tarea de reinventar este cargo en el siglo XIX se debe al **OMBUDSMAN** de los países escandinavos, más precisamente al instituido en Suecia⁸.

Esta figura tuvo gran éxito en su país de origen y se extendió, mucho después primero a sus países vecinos: Dinamarca, Noruega y Finlandia y de allí, y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial por una gran cantidad de países de todo el mundo. Entre estos países se puede mencionar a Nueva Zelanda, Francia, Gran Bretaña, Israel, Australia, Estados Unidos, Alemania, Italia, Filipinas, Ghana, Venezuela, Canadá, Portugal, Japón, India, etc.⁹.

A propósito del *ombudsman*, con el cual suele englobarse las distintas denominaciones del organismo -COMISARIO PARLAMENTARIO, MEDIADOR, PROMOTOR DE LA JUSTICIA, DEFENSOR DEL PUEBLO, etc.¹⁰- uno de los problemas que plantea es el origen del término.

Algunos autores sostienen que el vocablo *ombudsman* se originó en las tribus germánicas medievales. Se cree que la palabra fue tomando significado a partir de 1552; y derivaría de la raíz sueca "umbup", que significa poder, autoridad y representación¹¹.

En su acepción etimológica, la palabra sueca "ombudsman" está compuesta por "ombud", que significa: el que actúa como vocero o representante, comisionado, protector, mandatario, agente, apoderado, frente

⁷ JAVIER INDALECIO BARRAZA 2003 www.saij.jus.gov.ar .Id Infojus: DACF030021

⁸ BARRAZA, Javier I. "La parodia de una institución. En torno a la Ley de Creación del Defensor del pueblo de la Provincia de Buenos Aires" Abeledo-Perrot. 2.008

⁹ CARDON, Rubén C. A. "El Defensor del pueblo" en Régimen de la Administración Pública. Editorial Ciencias de la Administración S.R.L. 1.984. Pagina 7.

¹⁰CANOSA, Armando N. "El Defensor del Pueblo y el control de la administración" en Control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial. Ediciones RAP. 2.003 Pagina 393.

¹¹ Raymundo Gil Rendón, Robert Paúl Blacio Aguirre. El defensor del pueblo en el Ecuador. <http://www.ambito-juridico.com.br>

a los continuos excesos del poder o la siempre dispar relación entre Administración Pública y ciudadanos, y "man": hombre.

El termino "man", no implica necesariamente género masculino. En algunos lugares se utilizan los términos ombudsperson, ombudspeople o simplemente ombuds, u Oficina del Ombuds¹².

Para Barraza, el Defensor del Pueblo es *“un funcionario público independiente y autónomo, que controla a la Administración Pública, el ejercicio de la función materialmente administrativa de los órganos judicial y legislativo, y los hechos, actos u omisiones lesivos de los derechos fundamentales de cualquier persona físicas y/o jurídicas. Con sus cometidos contribuye a brindar garantía al derecho de los ciudadanos de exigir una gestión apropiada del Estado y los particulares, verificando que cumplan sirviendo a los ciudadanos dentro de los límites establecidos por el respeto a los derechos individuales, las libertades y las garantías constitucionales.”*¹³

Ahora bien, en argentina, destacados académicos entendidos en el tema, como Jorge Luis Maiorano, quien además de ser un doctrinario especializado, resulta ser el primer Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, luego de que se incorporara la figura a la Constitución Nacional con la reforma de 1.994, sostienen que América Latina ha sido el campo propicio para el desarrollo de una etapa muy singular en la evolución de esta institución. Funda esta afirmación básicamente en tres razones: la definida tendencia a la constitucionalización de la figura (la mayoría de los países latinoamericanos la han incorporado); la independencia funcional que se le confiere impide, al menos desde el plano normativo, que la institución se convierta en un apéndice de intereses partidarios o amortiguador de disputas políticas y por último, a diferencia de lo que aconteció en el resto del mundo, la causa inmediata que movilizó su interés no fue la necesidad de controlar las meras deficiencias administrativas, sino que fue la necesidad de protección de los derechos individuales lo que motivo esencialmente su expansión. Debemos destacar además que sus competencias se han ido incrementando progresivamente, concordantemente con la tendencia de reconocimiento y

¹²BARRAZA, Javier I. “El origen y la evolución del Defensor del pueblo” Conceptos. Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino. Numero 3. 2.002 Pagina 6.

¹³ BARRAZA, Javier I. “La parodia de una institución. En torno a la Ley de Creación del Defensor del pueblo de la Provincia de Buenos Aires” Abeledo-Perrot. 2.008

defensa de los derechos humanos que se ha desarrollado en la región durante las últimas décadas¹⁴.

En la provincia de Tucumán, la Institución del “Defensor del Pueblo” fue creada por la Ley N° 6.644, con la misión de ejercer la defensa y protección de los derechos e intereses legítimos de las personas y de la comunidad, consagrados en la Constitución Nacional, Provincial y Leyes dictadas en consecuencia, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública Provincial.

La misma se inaugura con el Dr. Sergio Díaz Ricci como primer Defensor del Pueblo de Tucumán (1.995-1999), quién fue el propulsor de la citada Ley de Creación, en la convicción que este Organismo “constituye un mecanismo de control sobre la administración, dispuesto por el Parlamento en beneficio del ciudadano particular”. (Sergio Díaz Ricci. “Rendición de Cuenta” 1.991-1.995, Pág.43).

Durante la Gestión del Dr. Jorge Alberto García Mena se logró que la Institución adquiriera raigambre Constitucional, incorporándola en el Capítulo Segundo: Órganos de Control, Art. 81° a 86° de la Constitución Provincial, reformada en el año 2.006, que establece que “Son atribuciones y deberes del Defensor del Pueblo la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, en la Constitución Provincial, los Tratados Internacionales y las leyes, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública provincial y municipal, o de prestadores de servicios públicos, siendo sus actuaciones gratuitas para el ciudadano”, dotándolo, en materia de su competencia, de legitimación procesal amplia.

III. Marco Legal. Evolución.

En nuestra provincia, el ***Defensor del Pueblo*** fue instituido mediante ***Ley N° 6.644***, la cual fue sancionada el día **28 de Julio de 1995**, promulgada el **11 de agosto de 1995**, conforme se aprecia en el **Boletín Oficial N° 23586 del 15 de agosto de 1995**.

¹⁴ MAIORANO, Jorge Luis “El Defensor del pueblo en América latina: la necesidad de fortalecerlo” Revista de Derecho Administrativo Lexis-Nexis 2.003.

La ley primigenia sufre una primera modificación el 24 de octubre de 1995 mediante **Ley N° 6690** y el 04 de agosto de 2004 se introduce una importante modificación mediante **Ley N° 7403**. Ello sin contar que por **Ley N°7326** se suspendió la vigencia de los Arts. 3°, 6° por un término de 180 días.

Por último, tenemos que tener en cuenta la modificación de la Constitución Provincial operada el 06 de junio de 2006, donde se incorpora la figura del Defensor del Pueblo a su texto.

En ese sentido, si confrontamos la normativa por ese entonces vigente con el texto constitucional; ese articulado pecaba de inconstitucional, ello en virtud del cambio de requisitos que propugnaba la Ley N° 7403. Dicha norma contrariaba la Carta Magna Provincial.

Con motivo de la consolidación de leyes operada en nuestra provincia mediante Ley N° 8240, el actual texto de la Ley N° 6.644 fue depurado y adaptada a las reformas.

Sin embargo, pese a su constitucionalidad, reparo en la modificación introducida, la cual altera el espíritu del legislador primigenio del Instituto bajo análisis -debilitando a mi criterio- el rasgo de independencia que ostentaba.

En efecto, obsérvese los requisitos mencionados en la Ley 7403:

- a) Tener treinta y cinco (35) años de edad.*
- b) Ser profesional y haber observado una conducta Intachable.*
- e) Haber residido ininterrumpidamente en la Provincia durante los cinco (5) años Inmediatos anteriores.*
- d) No guardar vinculo de parentesco por consanguinidad o afinidad. en ambos casos hasta el segundo grado. ni conyugal con Legisladores en ejercicio.*

El Defensor del Pueblo durará seis (6) años en sus funciones y puede ser reelecto.

(el Subrayado me pertenece)

En cambio, en el texto consolidados, los requisitos son:

- 1. Ciudadanía natural en ejercicio o legal después de dos (2) años de obtenida.*
 - 2. Veinticinco (25) años de edad, como mínimo.*
 - 3. Estar domiciliado en la provincia en forma ininterrumpida por lo menos dos (2) años antes de su designación.*
- El Defensor del Pueblo durará cinco (5) años en sus funciones y puede ser reelecto.*

Me demuestra, lo plasmado en párrafo anterior que, en un primer momento, la figura del Defensor del Pueblo estaba pensada con mayor *independencia* que en la actualidad y en cierta medida alejada, en cuanto a condicionamiento del poder político -, por lo menos en apariencia.

Con la actual redacción – como se aprecia en la práctica- el cargo, lo puede asumir un sujeto subordinado al poder; poder al que debe controlar. Esta situación apareja un riesgo potencial: la desprotección del pueblo.

IV. Análisis normativo:

Independientemente de la normativa interna de la Defensoría del Pueblo, rige en nuestra provincia la **Ley N° 6.644** -texto consolidado- y la Constitución de la Provincia de Tucumán.

En efecto, la Constitución Provincial dispone que la **Defensoría del Pueblo** es un órgano unipersonal e independiente, con **autonomía funcional** y **autarquía financiera**, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Está a cargo de un Defensor del Pueblo que es asistido por defensores adjuntos cuyo número, áreas, funciones específicas y forma de designación son establecidas por la ley respectiva **-Art. 81.-**

Obsérvese que remarca y lo enfatizo: **“independiente”**

Este Artículo establece su **estructura orgánica**, siendo lo más importante

1. Tendrá plena autonomía funcional y Autarquía financiera (Independencia)
2. Que no recibe instrucciones de ninguna autoridad.

Obsérvese que no hay mejor manera de garantizar la independencia del Defensor del Pueblo en relación al Poder que aplicar este instituto: *Prohibición de Mandato Imperativo*.

Con respecto al Defensor del Pueblo y sus Adjuntos, la prohibición del mandato imperativo implica que no están condicionados ni reciben instrucciones, de ninguna autoridad. Actúan con plena autonomía y libertad de criterio.

El **artículo 82** de la Constitución Provincial reza: **“Son atribuciones y deberes del Defensor del Pueblo la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en esta Constitución, la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública provincial y municipal, o de prestadores de servicios públicos, siendo todas sus actuaciones gratuitas para el ciudadano”.**

Pues bien, Iniciaremos el estudio del artículo constitucional transcrito analizando el párrafo que lo integra.

Primero: **describe su misión genérica**, podemos dividirlo además en dos partes:

1. El defensor del pueblo tiene a su cargo la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución provincial, Constitución Nacional y tratados internacionales y leyes. (**Función Primordial que ejerce**)
2. Ejerce su misión frente a los Actos, hechos u omisiones de la Administración pública provincial, o de prestadores de servicios públicos (**Referido al control que efectúa**)

El **Art. 83** dispone las condiciones para ser elegido y las *inmidades y prerrogativas*; asimismo, las inhabilidades e incompatibilidades: **“Para ser designado Defensor del Pueblo se deben reunir las mismas condiciones que para ser Legislador, y goza de iguales inmidades y prerrogativas. Le alcanzan las inhabilidades e incompatibilidades de los jueces.”**-

V. Designación.

El mecanismo de selección del Defensor del Pueblo se encuentra estipulado en el Art. 3° de la Ley 6.644¹⁵, baste con una simple lectura para

¹⁵ Designación. La Defensoría del Pueblo estará a cargo de un Defensor designado por resolución de la Legislatura, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros en sesión especial y pública convocada al efecto. Para la elección del candidato a ocupar el cargo, deberá abrir, por un

darse cuenta que reina una *discrecionalidad* del Poder Legislativo para la designación.

Pero en ese mecanismo dispuesto, en principio – y es lo que se discute- solo se evalúan los antecedentes del postulante, pero el criterio no está del todo claro; no sabemos los parámetros que tiene el legislador para su elección; resulta un cambalache. ¹⁶

Aparentemente queda a conciencia del Legislador; sin embargo -creo- la designación del defensor del Pueblo debe realizarse con criterios que denoten **objetividad e idoneidad y que tenga en miras la independencia funcional**, no con líneas partidarias o particulares que busquen colocar a personas afines que mantengan o cubran los intereses ajenos a la institución. Debe garantizarse que las personas electas cuenten con el mérito para liderar las instituciones, es decir que gocen de la **honestidad, probidad, vocación de servicio, compromiso institucional, independencia** -que implica separación y no subordinación a los diversos órganos e instituciones, así como a los partidos políticos y grupos económicos- y rectitud requeridas para desempeñar con dignidad la investidura; así como la cualificación técnica y profesional requeridas para el idóneo desempeño del cargo, entre otras cualidades.

Pareciera una utopía, pero es lo mínimo que se puede requerir para este cargo; es impoluto e inmaculado. Para el desempeño de Defensor del Pueblo no requiere la complacencia partidaria, no necesita amigos de uno o todos los partidos, sino que profesionales independientes que estén

período de cinco (5) días hábiles, interesados. Las fechas de apertura y cierre del registro de interesados y las condiciones exigidas para ocupar el cargo, deberán ser publicadas por un espacio de dos (2) días hábiles en el Boletín Oficial, en un diario de amplia circulación en la provincia y en la página web de la Honorable Legislatura. vencido el plazo de inscripción, deberá realizarse la publicación de la nómina de candidatos inscriptos por un (1) día y por los mismos medios señalados en el párrafo anterior, invitando a la ciudadanía a formular impugnaciones u observaciones. A tal efecto, la totalidad de los antecedentes curriculares presentados deberán quedar a disposición de los interesados. Quienes deseen formular impugnaciones respecto de los inscriptos, deberán hacerlo por escrito en los siguientes tres (3) días hábiles posteriores a la publicación, fundándolas en circunstancias objetivas debidamente acreditadas por medios fehacientes y bajo su firma, de las que se correrá vista al impugnado por el término de tres (3) días hábiles. Vencido el plazo para la vista de los impugnados, y dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a dicha fecha, las Comisiones de Asuntos . Constitucionales e Institucionales y de peticiones y Acuerdos se reunirán en forma conjunta para que, en igual plazo, procedan a evaluar los antecedentes y a seleccionar una terna de postulantes que deberá elevar a la Honorable Legislatura para que, de la misma, ésta elija al Defensor del Pueblo. Al asumir sus funciones, el fiel desempeño de su cargo ante la Legislatura un registro de ciudadano designado prestará juramento de la Legislatura.

¹⁶ Hoy resulta que es lo mismo ser derecho que traidor, ignorante, sabio, chorro, generoso, estafador. ¡Todo es igual, nada es mejor, lo mismo un burro que un gran profesor! No hay aplazaos ni escalafón, los inmorales nos han igualao... Si uno vive en la impostura y otro roba en su ambición, da lo mismo que sea cura, colchonero, rey de bastos, caradura o polizón

conscientes que una labor objetiva e imparcial; de más está decir que pude llegar a incomodar a aquellos que lo nombraron por Resolución en la Legislatura.

Que el proceso de selección lejos a adecuarse a estándares de transparencia queda al arbitrio de la **“discrecionalidad”**, lo cual torna arbitrario.

Reitero, el criterio que tuvo en mente -por lo que expresa el texto- el legislador que organizó la Defensoría del Pueblo era distinta a la actual. La reforma constitucional modificó sustancialmente ese criterio.

Se me podrá reprochar lo manifestado, ya que la actual legislación posibilita que cualquier ciudadano acceda a este cargo -mismas condiciones para ser legislador-. Sin embargo, creo que debe tener un *perfil profesional* que asegure su misión.

Con el actual criterio de selección se observa un caldo de cultivo, que puede fermentar en un sistema parasitario de *obsecuentes al poder de turno*, los cuales se aferran en posturas diametralmente opuestas.

Una posible reforma debería contemplar entre otras cosas un sistema transparente de selección; acreditación de cursos para Defensor del Pueblo, buena reputación en la sociedad, entre otras que enumeramos precedentemente. -

VI. Inhabilidades e Incompatibilidades.

Quizás unos de los temas candentes en la actualidad -tanto en la vida política como civil- producto del repudio a los sistemas presuntamente corruptos imperantes en la provincia, es el de las inhabilidades e incompatibilidades.

Conforme lo manifesté, para la designación del Defensor del Pueblo el Art. 83 dispone: **“Para ser designado Defensor del Pueblo se deben reunir las mismas condiciones que para ser Legislador, y goza de iguales inmunidades y prerrogativas. Le alcanzan las inhabilidades e incompatibilidades de los jueces”**.

En este aspecto cobra relevancia **“las inhabilidades e incompatibilidades de los jueces”**.

En ese sentido, **Art. 123** de la Constitución Provincial dispone que **“No podrán los funcionarios judiciales intervenir activamente en política, firmar programas, exposiciones, protestas u otros documentos de carácter político, ni ejecutar acto alguno semejante, que comprometa la imparcialidad de sus funciones.”**

La misión constitucional del **Defensor del Pueblo** precisa la previsión de un régimen de incompatibilidades que garantice, por un lado, su **independencia y objetividad**; y por otro, que propicie un funcionamiento eficaz del mismo. Objetivos estos que podrían resultar menoscabados de permitirse ampliamente el desempeño simultáneo de otras actividades públicas o privadas.

En el caso de los partidos políticos tenemos que decir que resulta difícilmente discutible que una persona tenga *sus propias ideas políticas* y otra, bien distinta, que mantenga *compromisos ideológicos formalizados con un partido político*. Ciertamente, el constituyente no ha pretendido hacer del Defensor **«un modélico sujeto apolítico y neutro en el sentido más radical de estos términos, carente, en consecuencia, de la más mínima convicción y arraigo con su entorno»**¹⁷. Y aunque lo realmente relevante en la práctica sea la imparcialidad en el ejercicio de su función, no parece lo más adecuado para la imagen de la Institución que durante el desempeño de la misma su titular mantenga lazos de militancia política, o más aún, ejerza funciones directivas o desempeñe cualquier empleo al servicio del mismo¹⁸ o cargos electivos.

Conforme a ello, interesa abordar la **independencia del Defensor del Pueblo**, en relación a los partidos políticos.

El Defensor debe estar rodeado de garantías de independencia no sólo respecto de los órganos clásicos de poder, sino también, y principalmente, de los intereses de partido político.

¹⁷ ANGUITA SUSI, A.: El Defensor del Pueblo andaluz y la tutela de los derechos fundamentales. Medios mecanismos y procedimiento, Coedición Defensor del Pueblo Andaluz y Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 61.

¹⁸ MAGDALENA GONZÁLEZ ÁLVAREZ. PRERROGATIVAS E INCOMPATIBILIDADES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 26, 2010, pp. 369-388

Por distintos autores se viene poniendo de manifiesto el incremento de poder de los partidos políticos, con la consecuente pérdida de garantías que esto supone.

Nuestra Constitución Nacional en su Art. 38 los regula; en ese sentido los define como instituciones fundamentales del sistema democrático.

Sin embargo, la realidad ha desbordado con mucho la labor gestora que a estos órganos corresponde, convirtiéndolos en los verdaderos protagonistas de la esfera política.

Este fenómeno, ampliamente tratado no sólo en nuestro país, responde, entre otros, al denominativo de «*partitocracia*». Es por ello que, en la preocupación por conservar intactas las potestades que corresponden a los órganos de control, debe darse un papel fundamental a garantizar la independencia de los mismos frente a los partidos políticos, que son en la práctica el verdadero poder político.

De ahí que la primera exigencia a la hora de nombrar al Defensor del Pueblo sea su falta de vinculación a un partido político, conforme la tesis que propugnamos.

En el Derecho Comparado, se observa que existen textos legales reguladores de la figura del Defensor del Pueblo creados con el objeto de garantizar su independencia; sin embargo, apenas hay en las mismas, referencias explícitas que pretendan preservar tal independencia con respecto a la influencia de los partidos políticos.

Por otro lado hizo mella en los países nórdicos y que está presente en la mayor parte de aquellos que cuentan con un Ombudsman, el tratar de apartar a éstos de los partidos políticos.

En nuestra provincia, las causas de ***incompatibilidad partidaria*** únicamente producen efectos a partir del momento de la elección, ya que la persona elegida *deberá cesar en un plazo de 10 días corridos, la situación de incompatibilidad.*

Habrá que observar que tipo de impedimento entraña a la incompatibilidad, puesto que, si esta es relativa, puede cesar luego. Distinto es la Inhabilidad que imposibilita absolutamente el acceso al cargo.

El problema se suscita en el órgano que se debe encargarse de controlar si ha cesado la incompatibilidad dentro del término de diez días; y luego si adquirió nuevamente esa incompatibilidad.

En nuestro medio, se observó una impugnación hacia el Defensor del Pueblo, saliente por estar afiliado a un partido político mientras estaba en funciones.

En ese caso creo que se debe controlar correctamente, su desafiliación partidaria, antes de la posesión del cargo.

Si bien en la práctica, una interpretación desaprensiva e ignorando el verdadero espíritu de la ley, hace posible que los que se presenten como candidatos a Defensor del Pueblo puedan incluso militar en un determinado partido político, siempre que cesen en esa actividad una vez se vaya a hacer efectivo el nombramiento.

Lo que se pretende no es que la designación recaiga sobre una persona aséptica políticamente. La incompatibilidad de la militancia política no pretende incluir la inexistencia de una ideología política, sino que se intenta evitar que una vez en el ejercicio de su cargo el Defensor del Pueblo pueda encontrarse condicionado por la disciplina de partido. Aquel que antes de la elección haya estado afiliado hace que se exceda a la tolerancia impuesta por la norma,

En este sentido, aunque formalmente se cumpla la Ley, pareciera un fraude al espíritu del fin de radical distanciamiento de la militancia partidista que hasta la víspera de su toma de posesión pudiera desempeñar cargos y responsabilidades en un partido político y que la simple dimisión invistiera al candidato con la púrpura de la imparcialidad¹⁹.

La postura que propicio me permite ir más allá de los que a prima facie, los detentadores del poder sostienen: la incompatibilidad por el hecho de participar en actividades partidarias se origina desde el momento que el concursante manifiesta dicha actividad, la cual atenta contra la independencia del cargo.

¹⁹ ANTONIO COLOMER VIADEL LA INDEPENDENCIA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO FRENTE A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 26, 2010, pp. 353-367.

Nosotros vamos más allá, el Defensor del pueblo ¿Cómo podría defender los intereses de la comunidad, si se encuentra involucrado por lazos morales o por respeto reverencial al partido que gobierna?

Es que el hecho de estar afiliado a un partido político condiciona la independencia del órgano.

Dicha afiliación es objetivamente incompatible para el cargo que pretende y el cual muchos postulantes ostentan actualmente, puesto que es la misma incompatibilidad que descansa en el Artículo 123 de la Constitución Provincial. Una interpretación contraria sería una afrenta al pueblo tucumano, puesto que la norma exige que un ciudadano ejerza el cargo con total independencia: **No podrán... intervenir activamente en política.** En ese sentido el Artículo es tajante.

Recuerdo que en impugnaciones, el abogado correntino Omar Cáceres hizo suyas las palabras del Defensor del Pueblo de dicha provincia al manifestar **“Tomando las palabras del Defensor del pueblo que recientemente ceso en su mandato, quién pidió a los legisladores que cuiden la institución del defensor del pueblo, y conociendo a hombres lúcidos que forman parte de la comisión bicameral creada para su selección, seguramente, uno de los primeros filtros, o criterios de selección será el analizar con los padrones electorales, y rechazar in limine, no sólo a los que sean autoridades de partidos y a los candidatos en la próxima elección, sino también a quiénes figuren como afiliados a alguna fuerza política, y esto además sería saludable para la ciudadanía, el tener un defensor del pueblo no sólo ajustado a derecho, sino también apto moralmente, es decir que comprobadamente sea independiente, cumpliendo y haciendo extensivo el pedido del anterior defensor del pueblo, para que no solamente sean los legisladores, sino también los ciudadanos, quiénes cuidemos esta institución de la defensoría provincial del pueblo, es mediante la que surge la presente inquietud, reservándonos las acciones legales en el caso de que como señalamos, no se cumpla un principio básico de respeto de la norma constitucional como específica, pero confiando en la inteligencia de nuestros representantes, que no nos harán llegar a una dilación innecesaria”** *finiquita el abogado, atento al*

*proceso de re-inscripción para luego selección del defensor del pueblo Correntino, quién al parecer no deberá estar afiliado a ningún partido político.*²⁰

Más allá de lo que establezcan las leyes o de cómo deba interpretarse el ordenamiento por parte de la doctrina o la jurisprudencia, los postulantes deberían recordar la célebre máxima romana de que **“la mujer del César, no sólo debe ser honrada; además debe parecerlo”**.

Esta incompatibilidad *-afiliación partidaria e incluso un cargo electivo-*, la cual tiene la virtualidad, potencia o poder de comprometer seriamente la independencia de aquellos frente al partido político de cuyas aguas ideológicas abrevaron y al que se encuentran adscritos siendo esta la acabada prueba del compromiso partidario asumido. Se hace obligadas las siguientes preguntas: si aspiraban a ocupar tan egregia designación ¿por que no cesar su afiliación política con anterioridad?, ¿acaso se trata de una suerte de especulación?; veamos el caso de aquellos que no solo están afiliados, sino que además ocupan un cargo público electo y de claro corte partidario. No dudamos para nada de la idoneidad y probidad del ciudadano para ocupar ese honorable escaño electivo, sin embargo el mentado cargo electo está claramente imbuido de una impronta partidaria, esto es normal en el ámbito parlamentario, pero traspolado a un órgano como la Defensoría del Pueblo desnaturaliza el espíritu de dicho órgano en su faz más íntima, máxime si por casualidad coincidieran en identificación partidaria con quienes detentan la administración pública que en definitiva es con quien deberá actuar como contralor; una identificación partidaria podría fácilmente subjetivizar el criterio de control y tornarlo servil e ineficaz.

Hemos oído decir a parte de la opinión pública, que lo ideal sería un miembro de la oposición respecto de la fuerza política gobernante, respetuosamente también disintimos en este caso ya que una vez más la subjetividad partida ganaría nuevamente, eventuales diferencias politico-partidarias tornarían a la Defensoría del Pueblo en un elemento de presión que podría coadyuvar a maniobras obstructivas del accionar de la gestión de gobierno, el criterio que debe tener el defensor del pueblo al ejercer sus funciones deberá ser siempre objetivo y su función principal defender al

²⁰ <http://www.comunaslitoral.com.ar/nota/5358/el-defensor-del-pueblo-no-debe-estar-afiliado-a-ningun-partido-politico>

ciudadano de decisiones tomadas por la administración pública que pudieran ser lesivas del bien común, siempre y cuando estas decisiones sean realmente así y no estratagemas para obstruir acciones de gobierno.

Como ya dijimos no pretendemos una suerte de ser aséptico carente de cualquier idea política, pero sí un/a ciudadano/a alejado de la constante pugna partidaria, un claro ejemplo de un afán de alejarse de la arena política es una auto-escisión a priori de postularse a cabeza de la Defensoría y no una apurada desafiliación posterior para cumplir con la exigencia legal y nada más, pero demostrando una conducta antitética en su fuero interno.

Se afirmó *legislativamente* que la independencia del Defensor del Pueblo es un desiderátum constitucional que encuentra su horizonte de posibilidad en la conciencia de cada funcionario, que debe resultar impermeable a todo tipo de injerencia en el ejercicio de su función. La inhibición de afiliación es sólo un camino formal destinado a garantizar la independencia.

Observará, que el clamor popular reclama esta Independencia y mayor transparencia en la designación del Ombudsman Tucumano; debido a la renovada conciencia ciudadana sobre la importancia de este funcionario.

La Independencia debe ser acorde a la función que se le encomienda. Con esto no se le prohíbe algún tipo de ideología -que roza el fuero interno- y cuyo juzgamiento está reservado para Dios.

La afiliación partidaria condiciona de alguna manera a la función del Defensor del Pueblo. Esclaviza la conciencia y condiciona la voluntad. Ergo no existe tal independencia. Metafóricamente: **Es como poner un lobo en lugar del perro pastor para que cuide las ovejas.** Siempre va a existir el condicionamiento. O, dicho de otro modo -v.gr.-, purpurizado el candidato, luego de 10 días se convierte en un traidor al partido; ya que renuncia y tendrá que controlar a otros que estuvieron afiliados. Entonces si se le encomienda la función a un traidor, no me imagino que le puede deparar al pueblo del presunto “Defensor del Bicentenario”.

Se observa por hechos vividos luego de las elecciones que la ciudadanía mostró su hartazgo con un **sistema político presuntamente corrupto**, es tiempo de remediar las falencias del sistema y mostrar a las

próximas generaciones lo gallardo de un hombre del bicentenario; la comunidad por cierto espera eso y más.

Por ello *-insisto-*, uno de los requisitos sin lugar a dudas es la independencia y ella implica la *independencia política partidaria*, por la cual se exige que un candidato carezca de un vínculo formal o material con cualquier partido político para que su elección sea legítima. El hecho de que pueda pertenecer a un partido político y que sea aceptado para concursar porque la norma *-aparentemente-* lo permite, resulta insuficiente al momento de comprender de forma sistemática la Constitución (cuyo rasgo característico de sus disposiciones es la abstracción e indeterminación) ya que atenta contra el espíritu del cargo que se pretende.

Sin ir más lejos, tomemos nuevamente el ejemplo del saliente Defensor del Pueblo, el mismo manifestó que pasados 10 días renunciaría a su afiliación partidaria; sin embargo, en la página de afiliaciones partidarias se encontraba activo. Es decir que mis argumentos y pensamientos me otorgan razón, al coincidir en la práctica; los mismos partidarios de la legislatura no controlaron al Defensor de Pueblo del partido, que por cierto ellos mismos eligieron, pasados los 10 días. Ingenuo de nosotros por confiarnos en nuestros representantes.

En conclusión, si los candidatos impugnados quieren representar a la comunidad que lo busquen como Legisladores o Gobernador o Intendente o Concejal, etc. pero no como Defensor del Pueblo.

La Independencia del Defensor del Pueblo, es una regla jurídica, imperativa y exigible en el marco de la legislación imperante, impuestas por el Derecho Internacional de lo que se desprende entre las calidades que debe poseer como complemento de la Independencia *-poseer una trayectoria de imparcialidad política e neutralidad respecto de todos los actores del sistema.*

VI. El imperium del Defensor del Pueblo.-

El defensor del pueblo dispone de un poder bajo su esfera interesante que constituye un *Flagrum* para el cumplimiento de sus órdenes.

El Art. 14, dispone: “Deber de Asistencia. A tal efecto todos los poderes públicos están obligados a auxiliar con carácter preferente y urgente al Defensor del Pueblo quien en sus investigaciones e inspecciones puede requerir la más amplia colaboración de todos los organismos que integran el Estado, incluso la fuerza pública.

La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables de brindar la información solicitada en el plazo máximo de quince (15) días podrá ser considerada como hostil y entorpecedora de sus funciones, lo que se hará constar en el informe anual.

La transgresión a esta obligación se considera falta grave, a los fines disciplinarios, sin perjuicio de hallarse incurso en el artículo 239 del Código Penal u otra calificación y responsabilidades que correspondieren, quedando habilitado para promover las acciones criminales respectivas. La persistencia de una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación del Defensor del Pueblo por parte de cualquier organismo, funcionario o agente público será objeto de un informe especial sin perjuicio de ser destacado en el informe anual.”

De este Artículo se desprende:

- 1) Deber de colaboración y asistencia.
- 2) La negativa a colaborar es considerada hostil, -moral-
- 3) El no cumplimiento es considerado una falta grave -pasible de sumario administrativo-
- 4) Un comportamiento hostil, puede ser considerado un delito (incumplimiento de los deberes de funcionario público).

Creo también que en sus inspecciones puede requerir el auxilio de la fuerza pública; asimismo dispone de un abanico de acciones que podría ejercerlas.

VIII. A modo de Colofón.

Concluyo afirmando que el *Ombudsman* en su versión legal actual, debe ser revestido desde su elección con un perfil independiente; preservarlo del poder político para evitar la corrupción de su investidura.

Por otro lado, convendría que el Poder Legislativo se aboque a una reforma que posibilite una selección transparente y pública; con criterios objetivos y no dejados a “*conciencia*” de las comisiones legislativas.

Téngase en cuenta que el *Defensor del Pueblo* “es un interlocutor privilegiado entre el pueblo y sus necesidades y el poder en cualquiera de sus expresiones; además, se erige en un mediador calificado desde su posición de independencia, no para buscar responsables, sí para articular soluciones a los problemas que generan las antinomias; es también un signo de identidad democrática; un instrumento de participación ciudadana; un medio de legitimación cotidiana de las instituciones estatales; una forma de recrear la confianza de la ciudadanía en las instituciones estatales; un instrumento ágil, diferente, informal e inmediato para defender los derechos humanos; en suma, es un medio de sensibilización del poder público acerca de las reales insatisfacciones de una sociedad”²¹.

²¹**Jorge Luis Maiorano** “El Ombudsman y el fortalecimiento de los derechos ciudadanos ante los retos del siglo XXI. Memorias del VI Congreso Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman”, con el artículo titulado “En los umbrales del siglo XXI: ¿Crisis de identidad o evolución?”, Ed. Defensor del Pueblo de la Nación, Buenos Aires, 1997.

IX. Bibliografía

ANGUITA SUSI, A. El Defensor del Pueblo andaluz y la tutela de los derechos fundamentales. Medios mecanismos y procedimiento, Coedición Defensor del Pueblo Andaluz y Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ARANGIO RUIZ, VICENTE; Historia del Derecho Romano, traducción por FRANCISCO DE PELSMACKER E IVAÑEZ, Reus, Madrid 1943

BARRAZA, Javier I. “El origen y la evolución del Defensor del pueblo” Conceptos. Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino. Año 77. 2.002. Número 3.

_____ www.sajj.jus.gov.ar .Id Infojus:
DACF030021.

_____ “La parodia de una institución. En torno a la Ley de Creación del Defensor del pueblo de la Provincia de Buenos Aires” Abeledo-Perrot. 2.008.

BONFANTE PIETRO, Historia del Derecho Romano, traducción por José Santa Cruz Tejeiro, Edición de la Revista de Derecho Privado, Madrid 1944.

CANOSA, Armando N. “El Defensor del Pueblo y el control de la administración” en Control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial. Ediciones RAP. 2.003

CARDON, Rubén C. A. “El Defensor del pueblo” en Régimen de la Administración Pública. Editorial Ciencias de la Administración S.R.L. 1.984.

COLOMER VIADEL, ANTONIO LA INDEPENDENCIA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO FRENTE A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 26, 2010.

CONSTENLA CARLOS R. El tribuno de la Plebe al Defensor del Pueblo latinoamericano, en revista Res Pública Argentina, Buenos Aires, mayo- agosto de 2008, N° 2008-2 p. 27 a 40.

MAIORANO, JORGE LUIS, "El Ombudsman: defensor del pueblo y de las instituciones republicanas". Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1987.

_____ “El Defensor del pueblo en América latina: la necesidad de fortalecerlo” Revista de Derecho Administrativo Lexis-Nexis 2.003.

_____, "El Defensor del Pueblo de la Nación, los entes reguladores y la defensa de los consumidores", publicado por el Instituto de Investigaciones de Políticas y Estrategias Gubernamentales del Partido Justicialista de la Ciudad de Buenos Aires, octubre de 1996.

_____, "El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas", 2da. Edición, ampliada y actualizada, Ediciones Grupo Macchi, Buenos Aires, 1999.

_____, “El Defensor del Pueblo en la República Argentina” en colaboración con Antonio Cartaña y Jorge Reinaldo Vanossi, con el capítulo titulado “El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas”, pág. 21 y ss., Ed. Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, agosto 1991.

_____, “Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad”, con el artículo titulado “El Defensor del Pueblo: una institución constitucional de control y tutela”, pág. 201 y ss. Editado por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 1996.

_____, “El Ombudsman y el fortalecimiento de los derechos ciudadanos ante los retos del siglo XXI. Memorias del VI Congreso Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman”, con el artículo titulado “En los umbrales del siglo XXI: ¿Crisis de identidad o evolución?”. Ed. Defensor del Pueblo de la Nación, Buenos Aires, 1997.

_____, “Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff”, con el artículo titulado: “El Defensor del Pueblo de la Nación: una nueva institución de la República”, Buenos Aires, 1999.

MAGDALENA GONZÁLEZ ÁLVAREZ. PRERROGATIVAS E INCOMPATIBILIDADES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 26, 2010.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, El Ombudsman, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p.15.

RAYMUNDO GIL RENDÓN, ROBERT PAÚL BLACIO AGUIRRE. El defensor del pueblo en el Ecuador. <http://www.ambito-juridico.com.br>.

PAGINA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO DE TUCUMAN:
www.defensoriatucuman.gob.ar