

CAPÍTULO XXXVII

LOS ÓRGANOS EXTRA-PODER Y LOS MECANISMOS DE CONTROL (En el contexto de la reforma constitucional de 1994)

"La constitucionalización del control general de la República como órgano de enlace legislativo, pero con autonomía funcional es la respuesta necesitada para hacer eficiente la fiscalización pública"

Héctor Masnatta

"Una buena arquitectura y una gran habilidad en el diseño de las instituciones que componen al sistema político junto con la Constitución, son factores determinantes de que ese equilibrio no se rompa y que el sistema goce de buena salud y no pierda la necesaria y continua oxigenación que requiere. Pero claro, los hombres son los hombres y las medidas las dan las calidades humanas"

Jorge Vanossi

37.1.- Los órganos extra-poder en el ideario de la reforma constitucional de 1994.-

Es interesante rescatar aquí que nuestro primigenio esquema de ingeniería constitucional a fin de edificar los controles adecuados para el buen funcionamiento de la República, se limitó a marcar sólidos contornos en los confines de acción de cada Poder de Estado, que asimismo interaccionaban con los restantes, acompañándolos pero limitándolos a la vez.

Así, la Constitución histórica de los argentinos se limitó a regular los vínculos en los diversos estamentos del Poder, dejando el resto librado al accionar de la opinión pública, que actuaba a consecuencia del tajante cumplimiento por parte del Estado, de la regla de publicidad en los actos de gobierno. La *imparable* marcha del Siglo XX, y el estallido de la tercera revolución industrial, a partir de la que el hombre conquista al átomo, al cosmos y al genoma humano, generaron un cambio "copernicano" en la institucionalidad del sistema, imponiendo a la "globalización" como metodología idónea para sacralizar la variable posmoderna que parece animar nuestras existencias en la declinación del segundo milenio.

En ese contexto, es palpable y evidente la realidad que nos indica que el viejo esquema de controles recíprocos - articulador por excelencia de la

ingeniería del sistema constitucional - se tornó insuficiente y defectuoso, ya que:

Los órganos que titularizan cada una de las funciones estatales han sido desbordadas por las exigencias de la realidad cotidiana, y frecuentemente manipuladas ya sea por los partidos políticos, en su calidad de articuladores del sistema, o las corporaciones económicas - hoy fuertemente concentradas - que imponen masivamente los hábitos de consumo en la sociedad.

Por otra parte, esas corporaciones y los partidos políticos son los actores que habitualmente conforman la opinión pública, más allá del (sólo formalmente cumplido) deber de publicidad de los actos de gobierno que se impone a los poderes públicos. El diagnóstico precedente hacía necesario bregar por estructurar desde el propio sistema constitucional, un esquema de control que tuviese mínimamente las siguientes características:

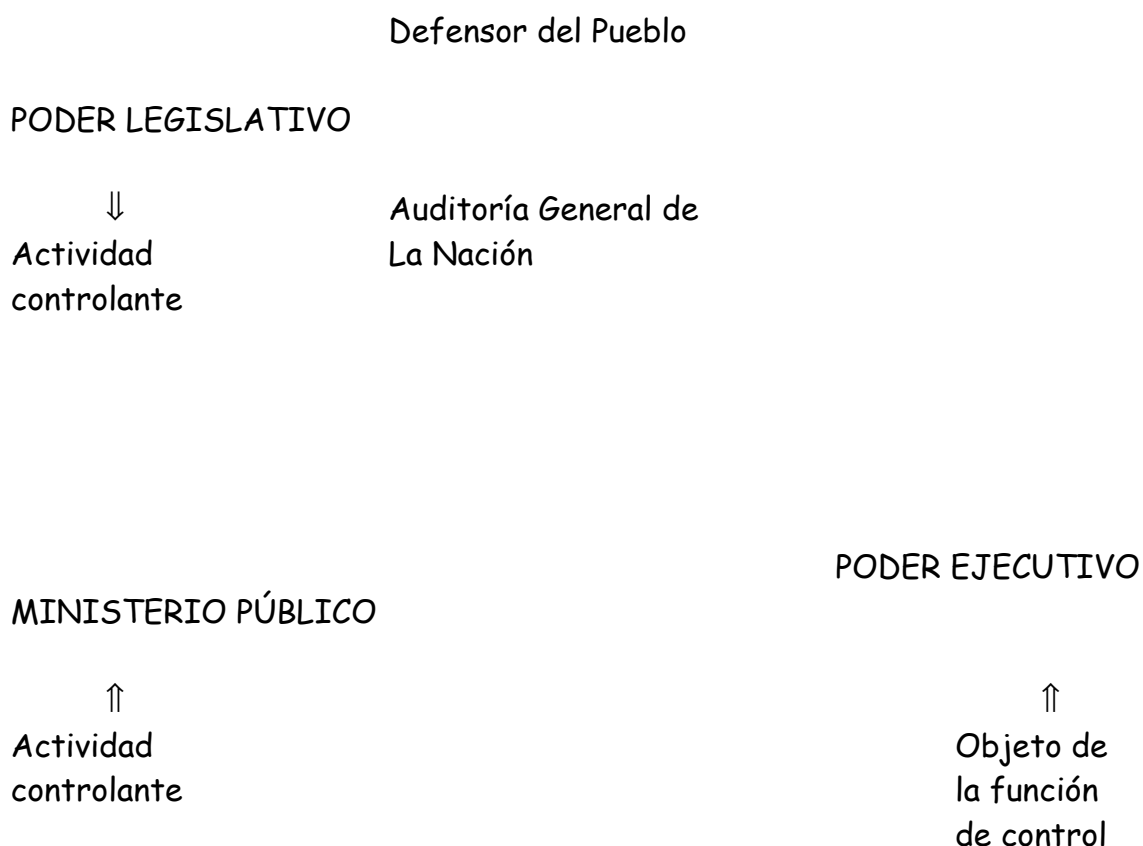
- Que garantice la eficiencia, la transparencia y la legalidad en la conducta de los órganos estatales
- Que sirva como contención al desbordante accionar del Estado, lo que constituye un riesgo adicional permanente en las democracias latinoamericanas
- Que defina una nueva versión del modo de ejercicio del Poder de Estado, verificando constantemente desde su seno el grado de respeto que los órganos instituidos para gobernar guardan por las normas jurídicas que instituyen y reglan su accionar, invitando la constitución de órganos "extra poder" que destraben y agilicen los controles institucionales derivados únicamente de la división de poderes y la regla de publicidad de los actos de gobierno

Es a partir de lo expuesto, que creemos importante rescatar la justa preocupación que - en estas cuestiones - animó al mandato de la Ley de Declaración de Necesidad de la Reforma (24.309), ya que no nos cabía duda alguna de que el texto de 1853 requería de una actualización a fin de articular y complementar el diseño de los controles institucionales del sistema. ¿Y cuál fue la solución propuesta en este punto por la reforma?

Dejaremos de lado aquellas modalidades de control intra-organos que ya han sido estudiadas en el ámbito de análisis de cada uno de los Poderes de Estado. Sólo se estudiará aquí el *sistema complementario* dispuesto por los convencionales constituyentes, el que básicamente se asienta en las regulaciones de los artículos 85, 86 y 120 de la C.N., que instituyen respectivamente a la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, y presenta en líneas generales, la siguiente

propuesta de interacción controlante y articuladora del sistema:

**DIAGRAMA BÁSICO DEL FUNCIONAMIENTO DEL ESQUEMA DE
CONTROL COMPLEMENTARIO DISPUESTO POR LA REFORMA DE
1994**



En realidad, el criterio de la reforma ha radicado en depositar la nueva actividad controlante en modalidades desconcentradas del Poder Legislativo (a las que de esa manera se les pretendió dar mayor eficacia que la que tendría para el supuesto de que el mismo cuerpo asumiese esa modalidad de control). Ello ocurre con el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación. Otra modalidad adoptada por el sistema es la de hacer converger la tarea institucional del control en órganos situados fuera de la esfera de los otros Poderes, como es el caso del Ministerio Público

El rasgo comun de estos nuevos órganos de control instituidos por la Constitución, es que se sitúan fuera de la esfera del poder Ejecutivo, y se los dota de autonomía funcional para que de ese modo puedan focalizar su rol básicamente en la función administrativa que ejerce el Poder Ejecutivo

(y de cuya ejecución es responsable también el Jefe de Gabinete de Ministros).

En este sentido, la reforma ha pretendido - y tal pretensión es acertada - equilibrar la puja constante que existe entre la libertad y el Poder dentro del sistema, acotando el lugar de mayor amenaza para los derechos individuales y sociales, entendiendo que ella proviene de la actividad administrativa del Estado. Y es allí donde ha concentrado la atención de éstos órganos de control

¿Cuál es la orientación general del sistema?

La faz preventiva frente al eventual abuso, ya que la actividad de control es por lo general desplegada con anterioridad o en modo concomitante con la actividad que realiza la administración, y desde organismos externos, intentando seguir aquí la regla de oro que pretende que el controlante se debe situar en un lugar institucional independiente de aquél que ocupa el controlado. Se acota asimismo que predomina la modalidad de controles subjetivos (sobre el funcionario, referidos a la conducta del agente) que se adecuan a la nueva imposición constitucional de obrar ético (art. 36 C.N.), aunque ello no descarta el control sobre la actividad que despliega el órgano controlado.

Ha de quedar claro también que este nuevo esquema complementa, pero no desplaza a la anterior articulación de controles recíprocos que originariamente dispuso la Constitución, y sobre el que largamente hemos hablado a lo largo de nuestro transito explicativo del sistema constitucional argentino.

Finalmente, cabe ahora preguntarnos si es eficiente el nuevo esquema de controles estructurado por la reforma de 1994. Intentaremos responder al interrogante a partir del análisis pormenorizado de cada uno de los nuevos institutos.

37.2.- El Ministerio Público y su ubicación constitucional; reflexiones acerca de la teoría del "cuarto poder". Independencia y control: significado constitucional de los términos. La autonomía funcional y la autarquía financiera del cuerpo..-

La Constitución regula a este instituto como un "órgano extrapoder". Ciertas motivaciones jurídicas, históricas e institucionales, indicaban la necesidad de situar en ese lugar al Ministerio Público.

Desde la técnica constituyente, bueno es resaltar que la propia Ley 24.309 de Declaración de Necesidad de Reforma, en su artículo 3º

apartado "g", habilitaba el tratamiento del instituto, pero a fin de considerarlo como un órgano "extrapoder".

Con ello queremos señalar que la Convención tenía el arbitrio de instalar o no esa figura en la Constitución, pero en el caso de incorporarla - como finalmente se lo hizo - no podía darle otro lugar que no fuese el sitio de órgano extrapoder, porque así se lo había impuesto el Congreso de la Nación desde su rol preconstituyente

Partiendo del plano histórico e institucional, era también claro el reclamo social para que el Ministerio Público tuviese una regulación mínima y básica en la Constitución, y que asimismo, dejara de ser un órgano dependiente del poder Ejecutivo. No olvidamos - a los fines de la crónica histórica - que en el momento (anterior a la reforma de 1994) en que el Poder Ejecutivo se disconformó con la actuación del Fiscal de Investigaciones Ricardo Molina, y los Fiscales Ibarra y Cañón, los removió por medio de un simple decreto. En esa ocasión se echó por tierra la doctrina que sustentaba que el Ministerio Público - entonces de creación legal, ya que su enunciación constitucional había sido suprimida por la reforma constitucional de 1860 - constituía una función *independiente del Poder Ejecutivo de la Nación*. Esa tendencia se extendió y completó cuando con el dictado de la Ley 23.774 se determinó que el Procurador General de la Nación ya no pertenecía a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino que su designación y remoción dependía del arbitrio del Presidente de la República

En ese contexto, la reforma constitucional de 1994 clausura definitivamente las pretensiones del Poder Ejecutivo de mantener bajo su órbita al Ministerio Público, regulándolo como un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, de lo que se desprende:

- Su carácter de órgano independiente, tanto del poder Ejecutivo, cuanto del Poder Judicial
- El hecho de que sus integrantes gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneración.
- La determinación de sus funciones

Algunos autores deducen de la incorporación constitucional de esta nueva figura, la existencia de un "cuarto Poder de Estado" cuya misión consiste en verificar el grado de respeto por la legalidad y los derechos humanos que guardan los restantes órganos de gobierno. Nosotros no lo

creemos así.

En primer lugar, porque la propia Ley 24.309 no habilitó a la Convención Constituyente para crear un nuevo y diferente Poder de Estado, sino a situar la institución del Ministerio Público, en su calidad de órgano de control de la institucionalidad política vigente y la legalidad, fuera de la órbita de los tres ya existentes.

En segundo lugar, porque creemos que deviene un facilismo conceptual pretender hablar de "cuarto poder" frente a un claro contexto en el que solo se previó una estructura Estatal con tres estamentos de gobierno. En todo caso, la reforma de 1994 intentó acentuar el control del accionar en los poderes constituidos, separando en lo posible la esfera propia del controlado y del controlante. Obsérvese que el artículo 121 de la Constitución le ordena al Ministerio Público coordinar su actividad con las *restantes* autoridades de la República, por lo que este órgano si bien ha sido instituido como autoridad de la República, no adquiere por ello la jerarquía de Poder de Estado.

Por lo expuesto, creemos nosotros que toda estructura que no integre la clásica trilogía de gobierno que ideó el sistema constitucional y se halle alojada en la estructura de la Constitución textual, será necesariamente en tal contexto, un órgano "extrapoder", y no un supuesto "cuarto poder".

Desde esa arista de pensamiento, cabe preguntarse ¿qué significa independencia y control, cuando los términos se insertan en la regulación normativa del Ministerio Público?

El carácter independiente del órgano se garantiza al consagrar la Constitución su *autonomía funcional* y su *autarquía financiera*. Es claro e indudable que la libertad de criterio para el ejercicio de la función se restringe seriamente si no se dota materialmente al cuerpo para el cumplimiento de sus roles. En trance de evitar modos elípticos que deriven en la dependencia del Ministerio Público, es que la Constitución habilita al órgano para calcular sus gastos y administrar sus recursos, sin injerencia de los Poderes de Estado y particularmente del Poder Ejecutivo de la Nación.

La circunstancia de que el cuerpo atienda sus cuestiones sin sujeción a instrucciones o sugerencias de los Poderes Políticos, aduna su potestad autónoma de control. Regulando este perfil, la Constitución admite que el Ministerio Público asuma el poder discrecional y exclusivo de ejercer la función en el modo y con la dirección que establezca el propio órgano de control. Podemos entonces encontrar las siguientes derivaciones de la autonomía funcional y la autarquía financiera del Ministerio Público

Como derivación de la
Autonomía funcional
Del Ministerio Público

El Poder Ejecutivo no puede impartirle órdenes o instrucciones de ninguna índole

No está funcionalmente sometido al control del Consejo de la Magistratura

El Consejo de la Magistratura no puede reglamentar su funcionamiento ni ejercer sobre el cuerpo facultades disciplinarias

Las políticas y reglamentaciones del Ministerio Público sólo pueden ser elaboradas por ése órgano

En consonancia con la autarquía del Ministerio Público, la Ley de Presupuesto le debe asignar los recursos en forma de partida separada, a fin de que el cuerpo lo administre en forma autónoma, lo que no implica que ésa gestión se encuentre exenta de los controles habituales a que es sometido el manejo de los fondos públicos del Estado

¿Cuál es la composición y cuáles son las funciones del órgano?

La Constitución en su artículo 120, sólo hace referencia a la cabeza de ese órgano, que está integrada por el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación. Tan escueta enunciación generó un interesante debate en doctrina, al momento de definir quién presidiría el cuerpo. Existen quienes han propugnaban que el Ministerio Público era un Órgano extrapoder de conducción bicéfala, ejercida en forma conjunta por el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación. Otro sector enfatizaba que cada uno de los mencionados funcionarios era la cabeza del cuerpo en su respectiva área. Bidart Campos terció afirmando que el hecho de que la Constitución individualice a ambos funcionarios, no podía implicar sin más que la conducción del Ministerio Público era bicéfala. Si bien entendía que la ley debía desglosar esta cuestión, no dudaba en destacar que el organismo era presidido por el Procurador General de la Nación afirmando además que el Defensor General dependía de él, aunque tuviese a su cargo el área propia de la defensa oficial.

A su turno, el Congreso de la Nación indicó en la ley orgánica respectiva, que el Procurador General de la Nación es el jefe máximo del Ministerio Público Fiscal (art.33), y el Defensor General de la Nación es el jefe máximo del Ministerio Público de la Defensa (art.51).

Como vemos, las dudas subsisten. Aún así, no vemos nosotros la razón constitucional por la que un funcionario pueda prevalecer sobre el otro en las cuestiones que no sean de su competencia específica. Optamos en consecuencia, por suponer que la representación del órgano deriva en dos líneas jerárquicas independientes, con cabeza institucional bifronte.

Respecto del resto de su conformación, la Constitución la ha dejado en manos del Congreso. En relación a sus funciones básicas, a éste órgano le competen, por mandato constitucional directo, las siguientes:

Funciones del Ministerio Público	Velar por la defensa de la legalidad vigente Velar por la tutela de los intereses de la comunidad Velar por la consecución de una recta Administración de justicia Titularizar - en su caso - la acción Penal
-------------------------------------	---

En cumplimiento del mandato constitucional dispuesto en el art. 120, el Poder Legislativo de la Nación dictó la Ley Orgánica 24.946¹, estableciendo con particularidad la estructuración del cuerpo, incluyendo modalidades propias de designación y remoción de sus miembros. Nosotros desarrollaremos sus contenidos esenciales a partir del siguiente cuadro:

MINISTERIO PÚBLICO :

Es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de

¹ B.O. del 23/3/1998

los intereses generales de la sociedad. (art. 120 C.N. y 1 de ley 24.946).

Funciones del Ministerio Público.

Entre las principales encontramos (art. 25):

1. Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.
2. Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera.
3. Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo que sea necesaria instancia o requerimiento de parte.
4. Promover la acción civil en los casos previstos por la ley.
5. Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República.
6. Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal.
7. Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales.
8. Intervenir en los procesos de, por ejemplo: filiación, estado civil y nombre de las personas ; en los que se alegue privación de justicia ; en los que intervengan menores, incapaces e inhabilitados, cuando carecieren de asistencia o representación legal o fuera necesario suplir la que ya tengan ; en los que intervengan pobres y ausentes.
9. Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica.

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL.

Composición :

- Procurador General de la Nación.
- Procuradores fiscales ante la C.S.J.N. y fiscal nacional de investigaciones administrativas.
- Fiscales generales ante los tribunales colegiados, de casación, de segunda instancia, de instancia única, los de la Procuración General de la Nación y los de investigaciones administrativas.
- Fiscales generales adjuntos ante los tribunales y de los organismos enunciados en el inc.c).
- Fiscales ante los jueces de primera instancia, los fiscales de la Procuración General de la Nación y los fiscales de investigaciones administrativas.
- Fiscales auxiliares de las fiscalías de primera instancia y de la Procuración General de la Nación.

Nota: La regulación del Ministerio Público Fiscal está prevista en los artículos 33 a 50. De la ley

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA.

Composición :

- Defensor General de la Nación.
- Defensores Oficiales ante la C.S.J.N.
- Defensores Públicos de menores e incapaces ante los tribunales de segunda instancia, de casación y ante los tribunales orales en lo criminal y sus adjuntos, y defensores públicos oficiales ante la Cámara de Casación Penal, adjuntos ante la Cámara de Casación Penal, ante los tribunales en lo criminal, adjuntos ante los tribunales orales en lo criminal, de primera y segunda instancia del interior del país, ante los tribunales federales de la Capital Federal y los de la Defensoría General de la Nación.
- Defensores Públicos de Menores e incapaces adjuntos de segunda instancia, y defensores públicos oficiales adjuntos de la Defensoría General de la Nación.
- Defensores Públicos de menores e incapaces de primera instancia y defensores públicos oficiales ante los jueces y cámaras de apelaciones.
- Defensores auxiliares de la Defensoría General de la Nación.
- Integran el Ministerio Público de la Defensa en calidad de funcionarios los tutores y curadores públicos cuya actuación regula la presente ley.

Nota: La regulación del Ministerio Público de la Defensa está prevista en los artículos 51 a 64. De la ley

37.3.- El Defensor del Pueblo: consideraciones introductorias. Acerca

del origen de la institución.

Demás está decir que la regulación del Ombudsman en las legislaciones y constituciones latinoamericanas pone de resalto una realidad que - al menos desde la faz normativa - se acentúa y perfecciona en los tiempos recientes, como puede seguirse de la simple lectura de las propuestas constitucionales de Puerto Rico (1977), Guatemala (1985), México (1990), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Paraguay (1992), Honduras (1992) y Bolivia (1994) entre otras. A ello se suman las instituciones que promueven su implementación en el área, como por ejemplo, el Instituto Latinoamericano del Ombudsman nacido en Venezuela hacia 1993, con el objeto de coordinar los esfuerzos dedicados al estudio, promoción y creación del instituto en latinoamérica, o la Asociación Iberoamericana del Ombudsman, fundada en Buenos Aires en agosto de 1992, con similares fines.

¿Cuál es el origen de la institución? Es común rescatar en ámbitos académicos, su antiguo origen en Suecia, con consagración normativa en la constitución de 1809. Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar que sus antecedentes se remontan a principios del Siglo XVIII. El primer esbozo preciso de la institución se sitúa en la legislación sueca del 26 de octubre de 1713, mediante la que se instituye un "konungens Hogsta Ombudsman", aunque también se puede seguir buceando en la historia para llegar a la figura del "Gran Sénecal", surgida promediando el Siglo XVI.

37.4.- Las notas distintivas de la figura (independencia funcional, protección y promoción de los derechos humanos, legitimación procesal). Potestades y deberes del Ombudsman.-

En principio hemos de resaltar que el Defensor del Pueblo es un Magistrado de Opinión y su rol básico, es el de dotar a los particulares de una eficaz herramienta para la tutela de sus derechos fundamentales, frente al *funcionamiento irregular* de la Administración Pública. Por lo general, su actividad se limita a emitir recomendaciones a los organismos respectivos, con el fin de impedir la reiteración de prácticas administrativas viciadas. Creemos que efectivamente, este órgano del Estado cumple principalmente una función de contralor, con vistas a equilibrar esa fuerza política que las legislaturas han perdido en su rol

institucional, ante el avasallamiento producido por el avance del Poder Ejecutivo, principalmente en la última mitad de este Siglo.

Cabe destacar que en los tiempos que corren, patentizados en el evidente desgaste de las legislaturas como cuerpo colegiado controlante de la operatividad del sistema, estos funcionarios - generalmente salidos de su seno - ejercen roles delegados por los parlamentos, a fin de concentrar eficazmente la labor de mediación, básicamente informal, entre los intereses públicos confiados al Estado y aquellos de la sociedad y sus integrantes.

Es claro que el Ombudsman *no posee* imperium punitivo, ya que no juzga ni condena. Nos encontramos aquí frente a un funcionario que detenta un rol desacralizado, que en modo informal, controla a la Administración verificando el eventual irregular funcionamiento en su seno, a fin de que no impacte en los derechos fundamentales de los habitantes, recomendando su reparación, y generando así una propuesta de rectificación en los "malos hábitos" de la burocracia administrativa. El nuevo órgano, en los sistemas en que ha funcionado, generó una modalidad de eficacia de carácter social, que permite superar - desde el éxito de la gestión del funcionario que detente el cargo - la inseguridad provocada por una administración básicamente gigante, y en la mayoría de los casos, insensible a los intereses de los administrados. Este peculiar rol de contralor, cuya presencia se edifica en la mayoría de los casos fundada en el prestigio y calidades de la persona que detenta el cargo, genera diversos modos posibles de actuación que puede abarcar el siguiente arco de posibilidades:

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Instrumentación de un "defensor general" a quien se le confía la totalidad del control de la actividad de la administración, a la • Desconcentración que implica la | <p>existencia de varios funcionarios (de igual o distinto rango) a quienes se les confiere el control de áreas delimitadas de la administración</p> |
|--|---|

Respecto de los roles que puede asumir la figura del Ombudsman, los mismos pueden derivar de las siguientes alternativas institucionales:

Roles del Defensor Del Pueblo según los Modelos adoptados	Unicamente posee facultades de mediación Entre la Sociedad y el Estado Posee además legitimación (amplia o restringida) para Asumir la defensa en juicio de los derechos de los habitantes
---	--

El tránsito institucional de la figura del Ombudsman hasta lograr el perfil que detenta hoy en día (particularmente en las sociedades latinoamericanas), puede ser desglosado en las siguientes etapas de evolución:

ETAPAS EVOLUTIVAS RESPECTO DE LA FISONOMÍA DEL OMBUDSMAN

- Primera Etapa: Comienza en Suecia en 1809 con el advenimiento constitucional del Ombudsman
- Segunda Etapa: Transita por los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con la generalización de la figura debido a las mayores demandas de participación democrática en las decisiones y en el control de la actividad pública, y también para asegurar una mayor protección al ciudadano frente a las disfuncionalidades en la conducción administrativa del Estado
- Tercera Etapa: Se consolida con la Constitución Española de 1978, que le asignó al Defensor del Pueblo la misión de defensa de los derechos fundamentales y lo dotó de legitimación procesal
- Cuarta Etapa: Esta fase se encuentra actualmente en franca evolución, y se expresa con la incorporación de esta figura en numerosas constituciones de Latinoamérica

Es justamente esta etapa, la que enmarca determinadas características que configuran el modelo más dinámico de la institución, que contribuya a la cultura de la paz mediando y solucionando conflictos sociales, e intentando superar antinomias sociales que pueden - en perspectiva - generar situaciones de discriminación o falta de protección de los sectores sociales más débil, como sucede en el supuesto específico de los usuarios y los consumidores

Notas distintivas
De la figura

Independencia funcional
Protección y promoción de los Derechos Humanos
Control sobre la buena marcha de la Administración Pública
Legitimación procesal para comparecer a juicio
Protección y promoción de los Derechos Humanos.

37.5.- El caso argentino: diseño del órgano y establecimiento de sus competencias. Valoración de la figura.-

Es sabido que al momento de producirse la reforma constitucional de 1994, nuestra Nación ya había instituido la figura en los tres ámbitos de la federación: el federal, el provincial y el municipal. Por ello, y como primera aproximación a la cuestión, hemos de sostener que - entre nosotros - el Ombudman podrá ser federal o local (provincial, municipal o dependiente de la ciudad autónoma de Buenos Aires).

La ley regulatoria del instituto a nivel nacional, fue dictada por el Congreso con anterioridad a la constitucionalización de la figura. Al mismo tiempo, también algunas provincias habían avanzado en el punto incorporando la figura en sus constituciones, como en el caso de Salta (art.124 inc.15.), San Luis (art.235), Córdoba (art.124), La Rioja (art. 144), San Juan (art.150), Río Negro (art.167) y Formosa, entre otras. Finalmente, la reforma de 1994 incorpora la figura del ombudman al texto fundamental.

¿Qué características posee la figura del Defensor del Pueblo que regula nuestra Constitución Nacional?

Diremos respecto de su naturaleza, que pese a encontrarse situado en la órbita del Congreso, resulta ser un órgano independiente, dotado de plena autonomía funcional y que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Éste órgano pertenece al poder Legislativo, pero su obrar y organización - en lo que respecta a su atribución de competencias - es totalmente autónomo. Podemos considerarlo extra-poder sólo concibiendo a esa categoría como la presenta Palazzo, quien ha dicho al respecto que:

"Son órganos extra poder aquellos que pueden manejarse con independencia de criterio, es decir, con autonomía funcional, aún cuando se encuentren en la órbita de alguno de los Poderes tradicionales"

Si bien desde esta postura serían órganos extrapoder tanto el Ministerio Público, como la Auditoría General de la Nación, los jurados de enjuiciamiento, la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo, nosotros diremos que los mencionados son órganos de control situados bajo la esfera de determinado Poder Político, salvo el caso del Ministerio Público, que es el único órgano extra poder estricto sensu que ha regulado el sistema de la reforma

La misión del Defensor del Pueblo es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por las leyes (a ellos deben ser asimilados los instrumentos de derechos humanos jerarquizados por el art. 75 inc.22, en principio porque antes de haber sido jerarquizados, fueron incorporados por leyes de la Nación a nuestro derecho interno, y por otra parte, porque su objeto es el de la tutela de los derechos humanos)

Su actividad de promoción y contralor es desplegada ante hechos, actos u omisiones de la Administración, controlando además el ejercicio de las funciones administrativas públicas, limitándose allí su accionar a la verificación de la legalidad en tal ejercicio, aún cuando no irroguen violación a derechos o no se proyecten a ellos.

Bueno es destacar aquí que en el debate de la Convención Constituyente se sustituyó la fórmula "las funciones administrativas Estatales", por la actualmente vigente (funciones administrativas públicas), ya que de haber primado la redacción originariamente propuesta, los entes concesionarios de los servicios públicos no habrían podido caer bajo la esfera de control de esta peculiar institución

Otra de las novedades de nuestro instituto, es que el Ombudsman del sistema constitucional argentino posee legitimación para obrar en juicio, la que - según nosotros creemos - debe ser necesariamente amplia. Sostenemos, junto a Gil Domínguez, que la legitimación para promover acción de amparo colectivo conferida al Defensor del Pueblo frente a los supuestos contenidos en el 2º párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional debe ser concurrente, permitiendo así la comunidad entre el individuo y el Ombudsman, a través de un litisconsorcio activo voluntario.

¿Cómo se designa y remueve al Defensor del Pueblo?

En este punto el constituyente optó por el sistema que pone tales atribuciones (la de designar o remover al Defensor del Pueblo, con el voto de las 2/3 partes de los miembros presentes de cada Cámara) al Congreso de la Nación, con la contrapartida de otorgarle al funcionario que detente ése cargo, las inmunidades y privilegios de los legisladores para el cumplimiento de sus funciones. Respecto del mandato, es de cinco años y el Ombudsman puede aspirar a ser reelecto, sólo por una vez

Para terminar el desarrollo de esta figura, hemos de sostener que nuestra valoración de la misma es - pese a algunos tonos grisáceos de la estructura normativa contenida en el artículo 86 de la C.N. - altamente positiva: el *Defensor del Pueblo*, como su nombre lo indica, defiende, protege, promueve los derechos humanos de todas las personas.

Creemos que el Dr. Jorge Maiorano, actual Ombudsman federal, se encuentra a la altura de su designación

Veremos ahora un pequeño cuadro con el cual esquematizaremos a la ley 24.284 , reguladora de la Defensoría del Pueblo. Aclararemos previamente que el cuadro tiene en cuenta la reforma a la ley efectuada en septiembre de 1994 mediante ley 24.379.

Por supuesto, no dejamos de hacer notar que la ley 24.284 es anterior a la reforma constitucional que introduce la figura de Defensor del Pueblo en su artículo 86, por lo tanto alguna de sus disposiciones podrían haberse tornado inconstitucionales luego de dicha reforma en atención a la fuerza normativa de la Constitución

<u>DEFENSOR DEL PUEBLO.</u>		
La Constitución Nacional en su artículo 86 nos dice que 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."		
TITULO I.		
Creación. Nombramiento. Cese y condiciones.		
Capítulo I. Carácter y elección. La C.N. en su artículo 86 nos dice que 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. El art. 2 de la ley 24.284 expresa que ambas Cámaras deben elegir una Comisión Bicameral Permanente integrada por siete senadores y siete diputados, quienes se encargan de la designación. Duran cinco años es sus funciones.	Capítulo II. Este capítulo se refiere a las incompatibilidades del cargo, al cese de las funciones, a la sustitución, y prerrogativas. Respecto de las incompatibilidades, no podrá ejercer la actividad pública, comercial o profesional - excepto la docencia - ni la actividad política. La C.N. nos dice que goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. La ley también lo establece en su art. 12.	Capítulo III. Este capítulo trata de los adjuntos del Defensor del Pueblo, los que deben ser dos, pudiendo reemplazarlo provisoriamente.
TITULO II.		
Del Procedimiento.		
Capítulo I. Trata sobre la Competencia, iniciación y contenido de la investigación. En su art. 14 nos da el marco de su actuación estableciendo que puede <i>"iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado, 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</i>	Capítulo II. Es el referente a la tramitación de la queja, respecto de su forma, a las causales de rechazo, recurribilidad, y procedimiento. En el artículo 23 se establece que admitida la queja, el Defensor del Pueblo debe promover la investigación sumaria para el esclarecimiento de los supuestos de aquella, y solicitar informe por escrito a la autoridad responsable. Si respondida la requisitoria, las razones alegadas por el informante fueren justificadas, se dará por concluida la actuación.	Capítulo III. Impone un deber de colaboración a todos los organismos públicos, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas con respecto a las investigaciones e inspecciones efectuadas por el Defensor del Pueblo. Se regula el régimen de responsabilidad para el caso de entorpecimiento a la labor de aquél.

funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos". En su art. 15 dice la ley que ante los comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la Administración Pública, debe el Defensor del Pueblo, procurar los mecanismos para eliminar o disminuir dicho carácter.		
TITULO III. De las resoluciones.		
Capítulo Unico. Establece el alcance de las resoluciones, comunicaciones e informes dictados por el Defensor del Pueblo. El artículo 27 limita su competencia prohibiéndole modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas. Sí puede proponer modificaciones. Puede formular también, advertencias y recomendaciones, teniendo el responsable obligación de responder a ellas en el plazo de 30 días. Si no se producen medidas adecuadas a sus recomendaciones, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial, con los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud.		
TITULO IV. Recursos humanos y materiales.		
Capítulo Unico. Trae las normas relativas al personal, recursos económicos y modo de contar los plazos en la ley.		

37.6.- La Auditoría General de la Nación: diseño del órgano. La oposición con mayor número de legisladores en el Congreso propone al Poder Legislativo la designación del funcionario a cargo del instituto de contralor.-

Es esta otra de las modalidades de control institucional incorporadas al sistema por la reforma constitucional de 1994. Al igual que lo expresado respecto del Ombudsman, nosotros consideramos que este órgano de contralor, se aloja en el ámbito del poder Legislativo, pero tiene la *característica* de que pese a esa *dependencia institucional* del Congreso, su rol específico es complementar la labor del parlamento nacional en el área del control externo del sector público, ya que sustentará el examen que efectúe el Congreso de la Nación respecto de la actuación del Poder Ejecutivo, a partir de la emisión de sus dictámenes.

En consecuencia, diremos que la Auditoría General de la Nación es un organismo institucionalmente dependiente del Congreso de la Nación, cuyo rol es acompañar y dar sustento con sus dictámenes técnicos al examen y opinión que el Congreso efectúe al producir el control externo del sector público nacional.

Nosotros lo consideramos un organismo de asistencia

técnica de las cámaras legislativas, que complementa el rol de contralor el cuerpo, actuando con autonomía funcional en el contexto del ámbito en que la Constitución lo ha situado

¿Cómo se integra la Auditoría General de la Nación? La ley suprema ha derivado - también en este caso - a la ley reglamentaria la determinación del modo de integración el cuerpo, aunque propiciando en su artículo 85 que el presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Como en el caso del Ombudsman, la ley de creación de éste cuerpo había sido dictada con anterioridad a la reforma de la Constitución², que no hizo otra cosa que jerarquizar su rango, determinando las atribuciones de la Auditoría General de la Nación, que gráficamente, pueden derivarse del siguiente cuadro:

Son atribuciones de La Auditoría General de La Nación	El control de legalidad, gestión y Auditoría de la actividad de la Administración Pública centralizada Y descentralizada Interviene en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción o inversión de los fondos públicos las demás funciones que la ley le otorgue
---	---

Igual que lo hemos expuesto respecto de la ley que regula la actuación del Ombudsman, la reforma constitucional de 1994 ha tenido sobre ésta normativa que estructura la Auditoría General de la Nación, un efecto ampliatorio, o supresivo - según el caso - por la propia fuerza normativa que impone la mismísima carta fundamental. En consecuencia, y a diferencia de la normación legal del Defensor del Pueblo que en líneas generales coincide con la manda constitucional respecto del perfil de la figura, en éste caso las discordancias son evidentes, ya que la Ley 24.156 no hace referencia a las vinculaciones entre el nuevo cuerpo y el Congreso de la Nación, ni respeta el diseño que la reforma de 1994 ha dado al instituto.

Por ello, augura Bidart Campos que el Congreso deberá producir una nueva ley que regule este peculiar organismo de control constitucional, en concordancia con las disposiciones de la Constitución al respecto.

² Se trató de la Ley 24.156, que básicamente había propiciado un perfil del cuerpo similar al que consagró la reforma constitucional: la concibió como un ente de control externo del sector público Nacional, dependiente del Congreso de la nación, al que se le otorgaba personería jurídica propia e independencia funcional

Recordamos que el órgano legislativo requerirá para la sanción de esta norma, generar su aprobación con la mayoría absoluta del total de legisladores de cada Cámara.

A fin de garantizar imparcialidad y equilibrio en el funcionamiento del nuevo órgano, la Constitución prescribe que su presidente habrá de ser designado a propuesta *del partido político de la oposición* que cuente con el mayor número de legisladores en el Congreso (se computan para ello las dos cámaras legislativas), aunque ha omitido indicar a quién le incumbe su nombramiento y de qué modo. Tampoco sabemos si tal propuesta ha de ser vinculante. Bidart Campos estima que sí.

En la actualidad el cuerpo ha sido conformado de tal modo que tres auditores fueron designados por cada una de las Cámaras del Congreso, y el restante por resolución conjunta de ambas. Este último lo preside.

Pese a los cuestionamientos apuntados, podemos incluir en el haber de la nueva institución, que ha "sacado" al viejo Tribunal de Cuentas de la Nación de la órbita del Poder Ejecutivo, y además ahora el cuerpo estará presidido por un miembro de la oposición. Bien apunta en este aquí Bidart Campos que no bastará de todos modos, que la Auditoría esté presidida por un miembro de la oposición, si la estructura no le permite coordinar adecuadamente el cuerpo

Esperemos que ello no sea así, ya que de esa forma se puede llegar a convalidar con el nombramiento de un miembro de la oposición, una estructura de control que se agote en lo formal...

37.7.- Las competencias de la Auditoría general de la Nación. Denominación y funciones. Las áreas sujetas a su control.-

En realidad este órgano desarrolla *dos funciones* principales. En un caso es asesor directo del Congreso a partir de su dictámenes, con los que obligatoriamente el Congreso debe conformar sus opiniones, en el segundo efectúa control de legalidad, gestión y auditoría en el contexto que le demarca el art. 85 de la C.N.

Para el supuesto del control, este órgano es al Congreso de la Nación lo que el Consejo de la Magistratura a la Corte suprema; ya que le retrae ciertas funciones al Poder legislativo que pasan a instalarse en la esfera de su competencia. En este punto no hay roles compartidos por el Congreso y la Auditoría General.

¿En qué momento ejerce la Auditoría su función de contralor?

Bidart Campos interpreta en forma amplia el artículo 85 de la C.N. y

en consecuencia estima que puede ser ejercido a posteriori, con anterioridad y en circunstancias en que los actos que controla se están produciendo

Bueno es destacar que este órgano carece de atribuciones jurisdiccionales, y su rol de contralor se limita a informar al Congreso a fin de que este Poder de Estado actúe en función de lo colectado y sus atribuciones constitucionales. Por supuesto que será en última instancia el Poder Judicial quien evalúe el resultado de las eventuales acciones civiles o penales que se promuevan a instancias de los informes que este cuerpo debe remitir a una comisión bicameral permanente revisora de cuentas, que deberá crear la ley.

Demás está decir que la Auditoría General de la Nación no posee legitimación procesal propia para ocurrir en justicia en defensa de la legalidad.

37.8.- Las áreas sujetas a control de la Auditoría General de la Nación.-

Es ésta una cuestión que no ha sido definida con nitidez por la reforma, ya que el concepto "administración pública" es lo suficientemente ambiguo como para admitir todo tipo de interpretación.

En principio, las administraciones públicas de las provincias quedan exentas de su esfera de control. Sin perjuicio de ello, se propugna en doctrina la postura que habilita el control de la Auditoría en el siguiente contexto competencial:

- En todo órgano de Poder
- En todo órgano extrapoder
- En toda entidad - aún no estatal ni federal -

Entendemos nosotros que el contralor se circunscribirá a la esfera de actuación del Poder Ejecutivo Nacional, aunque no podrá ejercerse sobre aquellos funcionarios pasibles de juicio político, ya que en esos casos la competencia para controlar es privativa del Congreso, por la vía del juicio

político o la moción de censura, según los casos.

Por otra parte debemos resaltar también que el marco de contralor ejercido por la Auditoría General de la Nación se limita a la esfera del ámbito externo del sector público, ya que el ámbito interno es monitoreado por la Sindicatura General de la Nación

37.9.- Preguntas, notas y concordancias.

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.

1. **¿Cree Ud. que existe cabida para la inclusión de órganos extra poder en el sistema de la Constitución? Fundamente su respuesta.**
2. **¿Considera que el Ministerio Público es el "cuarto Poder del sistema"? Fundamente su respuesta.**
3. **¿Cómo calificaría Ud. el desempeño del Defensor del Pueblo de la Nación?**
4. **¿Cree Ud. en la eficacia de la modalidad de contralor dispuesta por la Auditoría General de la Nación?**

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Loewenstein, Karl: Teoría de la constitución. Edit. Ariel, Barcelona, 1983.
2. Gil Domínguez, Andrés y Jiménez, Eduardo: El Defensor del Pueblo en Argentina y Perú: dos propuestas constitucionales latinoamericanas. En Revista jurídica "La Ley" del 30 de diciembre de 1997.
3. Gil Domínguez, Andrés: En busca de una interpretación constitucional. Edit. EDIAR, 1997 (En particular, Capítulo V)
4. De autores varios (Coordinación Juan Carlos Cassagne): Estudios sobre la reforma constitucional, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1995 (En particular, Capítulo final)

5. De autores varios: La reforma constitucional interpretada. Edit. Depalma, 1995 (en particular, pag. 469 y ss.)
6. De Autores Varios: Leyes Reglamentarias de la Reforma Constitucional. Edit.A.A.D.C., Buenos Aires, 1996
7. Padilla, Miguel: La institución del Comisionado Parlamentario. Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1972

37.10. Autoevaluación.

1. **Conceptualice y desarrolle el diagrama de funcionamiento del esquema de control complementario dispuesto por la reforma de 1994:**

.....
.....
.....
.....
.....

2. Defina y desarrolle brevemente las funciones del Ministerio Público en el sistema de la reforma de 1994:

.....
.....
.....
.....
.....

3. ¿Cuáles son la implicancias de la autonomía funcional y la autarquía financiera del Ministerio Público?

.....
.....
.....
.....
.....

4. Defina y desarrolle las notas distintivas de la regulación constitucional del Defensor del Pueblo:

.....
.....
.....
.....
.....

5. ¿Cuáles son las características generales de la Auditoría General de la Nación en el esquema propuesto por la reforma de 1994:

.....
.....
.....
.....
.....