



HERRAMIENTAS

CON ENFOQUE DE DERECHOS
PARA LA LABOR DE LAS
DEFENSORÍAS DEL PUEBLO

Del Monte Sacro a Salvador de Bahía (Sobre quién podría ser el Defensor del Pueblo)

AUTOR: CARLOS CONSTENLA

Ref. Bibliográfica: Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N°5, Diciembre 2013, Buenos Aires, pp. 195 a 208.

Del Monte Sacro a Salvador de Bahía

(sobre quién podría ser el Defensor del Pueblo)

Por CARLOS CONSTENLA¹

I. Presentación

El título de un trabajo puede ser engañoso. Éste lo es porque no describe un recorrido geográfico, ni histórico. Presenta un simbólico arco que entrevera un episodio de la historia romana y una novela; un potente opúsculo revolucionario, y una reunión de amigos. Por debajo de él, se procura ensayar la respuesta a un singular y en cierto modo inquietante interrogante: ¿hasta dónde el molde de un ideal (en sentido platónico) Defensor del Pueblo excluye toda posibilidad de desarrollar esta figura fuera de un canon legal?

II. ¿Cuáles son los mojones de este imaginario rumbo?

Como dice ABELARDO CASTILLO, a diferencia de la vida real, donde nada empieza ni termina nunca: simplemente sucede, toda historia necesita un comienzo². Y esta reflexión sobre el Defensor del Pueblo, tiene una historia. Comenzó con una duda que me planteó la lectura de VINCENZO ARANGIO RUIZ en torno a la figura del Tribuno de la Plebe, cuando profundicé el estudio de esta singular magistratura, aparecida hace 2.500 años en la antigua Roma, como consecuencia de la llamada Secesión al Monte Sacro. Aquel memorable abandono de Roma, fue una medida extrema de fuerza adoptada por la plebe contra los abusos y la usura de la que era objeto por parte de los patricios. El célebre romanista napolitano en su *Historia del Derecho Romano* dice que el Tribuno de la Plebe fue una institución más de *facto* que de *iure*. Se basa para ello en lo que DIONISIO DE HALICARNASO pone en boca de los patricios: “. . . Plebeyos, el asunto es grave y se presta a múltiples y absurdas sospechas, y surge entre nosotros el temor y la preocupación de que vayamos a crear dos Estados en uno”³. De esta precavida oposición del patriciado a la institución del Tribuno de la Plebe, deriva ARANGIO RUIZ que: “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

¹ Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, ex Defensor del Pueblo de Vicente López, Provincia de Buenos Aires.

² CASTILLO, ABELARDO; *El Evangelio según van Hutten*, Planeta, Buenos Aires 1999 p. 11.

³ DIONISIO DE HALICARNASO; *Historia antigua de Roma*, traducción por ALMUNEDA ALONSO y CARMEN SECO, Libro VI, 88, Gredos, Madrid 1984, Tº II p. 323.

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”⁴. A esta afirmación, abundantemente desplegada más adelante por el renombrado romanista, he intentado muy respetuosamente rebatirla mediante otras citas del propio DIONISIO DE HALICARNASO⁵, respaldado sobre todo en la autoridad tanto de Polibio entre los clásicos como de MOMMSEN y BONFANTE entre los modernos, quienes sostuvieron que esta magistratura formaba parte de la Constitución romana⁶. Si bien desde un punto de vista histórico la opinión de ARANGIO RUIZ nunca me hizo dudar de la institucionalidad de *iure* del Tribuno de la Plebe, y ratifiqué dicha postura en trabajos posteriores⁷, no dejó de llamarme la atención la subordinación de lo normativo al poder de los hechos que inducía la afirmación de ARANGIO RUIZ, secundada después por otros romanistas como Antonio Viñas que en cierto modo sugiere que la institución tribunicia no pasó de ser en sus orígenes un hecho revolucionario no convalidado formalmente⁸. Todo esto apuntalado en una antigua relación histórica del filósofo SPINOZA que afirmaba que “. . . toda la fuerza que tenían los tribunos contra los patricios, reposaba en el favor del pueblo, y que cuando apelaban al pueblo, parecían más bien suscitar una sedición que convocar a una asamblea”⁹.

La segunda duda me la planteó, una relectura del *¿Qué hacer?* de LENIN. En este libro, escrito entre 1901 y 1902 y dedicado especialmente a la organización de un partido revolucionario, Lenin exalta al antiguo *tribunus plebis* como ejemplo de la militancia revolucionaria, porque “. . . sabe reaccionar contra toda manifestación de arbitrariedad y de opresión, donde quiera que se produzca y cualquiera sea la capa o la clase social a la que afecte”¹⁰. Es evidente que LENIN no proponía, entre aquellas reflexiones pre revolucionarias, una visión institucional del Tribuno de la Plebe; su referencia señala la posible existencia de un defensor del pueblo de generación y proyección revolucionarias

⁴ ARANGIO RUIZ, VICENT; *Historia del Derecho Romano*, traducción por FRANCISCO DE PELSMACKER E IVÁÑEZ, Reus, Madrid 1943 pp. 56/7. El subrayado es mío.

⁵ CONSTENLA, CARLOS R.; *Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo*, Reus, Madrid; Zavallía, Buenos Aires; Temis, Bogotá; Ubijus, México 2010 pp. 167/8

⁶ POLIBIO; *Historia Universal*, Libro VI, 14, traducción por AMBROSIO RUI BAMBÁ, Ediciones Solar y Librería Hachette, Buenos Aires 1965. MOMMSEN, TEODORO; *Historia de Roma*, traducción por A. GARCÍA MORENO, Joaquín Gil Editor, Buenos Aires 1953, T° I p. 340. BONFANTE, PIETRO; *Historia del Derecho Romano*, traducción por JOSÉ SANTA CRUZ TEJEIRO, edición de la Revista de Derecho Privado, Madrid 1944, vol. I p. 140.

⁷ CONSTENLA, CARLOS R.; *Los defensores del pueblo del siglo XXI en el punto de vista jurídico romano*, en *Diritto e Storia*, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Facoltà de Giurisprudenza, Universidad de Sassari, Sassari 2010, num 9 p. 6. www.dirittoestoria.it

⁸ VIÑAS, ANTONIO; *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República*, Dykinson, Madrid 2007 p. 167.

⁹ SPINOZA, BARUCH; *Tratado político*, traducción por ALFONSO DI SEVERINO, Quadrata, Buenos Aires 2004 p. 121.

¹⁰ LENIN (VLADIMIR ILLICH ULIANOV): *¿Qué hacer?*, capítulo III, párrafo e), Editorial Polémica, Buenos Aires 1972 p. 138.

que pueda desarrollarse por fuera de una institución formal para cumplir los cometidos del Tribunal. (En 1918, el mismo LENIN, descartó la posibilidad de crear un “tribuno de los soviets”)¹¹. No se trataba como en el caso de ARANGIO RUIZ de una cuestión académica, sino de un estímulo político.

El tercer estadio de este hilo conductor que ya revela la intención de señalar una nueva mirada sobre el Defensor del Pueblo, me la planteó en un almuerzo entre amigos, en Valparaíso, NELSON MORGADA LARRAÑAGA, vicepresidente del Colegio de Arquitectos de Chile, el 30 de noviembre de 2012, un día después de llevarse a cabo una asamblea del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo. Preguntó si entre los urbanistas preocupados por defender el patrimonio natural, cultural y paisajístico de Chile, podían elegir un Defensor del Pueblo o figura semejante. Desinhibido del pecado que supone tener pensamientos que reduzcan la omnipotencia de la institucionalidad legal en el derecho público, contesté –tal vez un poco ligeramente- que sí, arrastrado por las tendencias de un nuevo constitucionalismo que induce a la participación y a la deliberación democrática. Pero no avanzamos más allá porque la conversación derivó por otro lado, y además porque era ir muy adentro por un peligroso sendero que tenía una visible entrada pero un incierto destino.

La última “parada” de este itinerario y la probable respuesta a mis dudas, la hallé en una novela de autor brasileño: *Tienda de los milagros* de JORGE AMADO. Allí se cuenta que existía en Salvador de Bahía un “Rábula¹² del Pueblo, Procurador de los Pobres, Providencia de los Desdichados, miembro del foro, había batido todos los records en la defensa y absolución de sus defendidos ante el tribunal que actuaba desde hacía cerca de cincuenta años. Era innumerable su clientela de reos paupérrimos, desamparados, a la mayoría de los cuales él atendía gratuitamente. Era periodista con banca en todos los diarios, pues en todos publicaba sus leídasimas *Dos líneas*, consistentes en reclamaciones y pedidos a las autoridades y en las que denunciaba violencias e injusticias, clamando contra la miseria, el hambre, el analfabetismo (. . .) tanto alzaba su voz en solemnidades cívicas como en almuerzos o cenas de bodas, cumpleaños y bautizos; tanto en inauguraciones de escuelas públicas o puestos sanitarios como en la inauguración de nuevos negocios, tiendas, almacenes, panaderías, bares; en los entierros de personajes de pro o en los comicios

¹¹ Ver CATALANO, PIERANGELO: *Prefazione* a Caputo, Antonio: *Un difensore civico per la repubblica*, Rubbetino, Soveria Mannelli, Catanzaro 2012 p. 5.

¹² Rábula: abogado charlatán y vocinglero. *Diccionario Enciclopédico Hispano Americano* Montaner y Simón, Barcelona 1912, Tº XVIII p. 23. La expresión de origen latino, tuvo tradicionalmente un sentido peyorativo en nuestro idioma. Sin embargo en el Brasil, merece otra consideración. En este país, en el que la falta de Universidades restó posibilidad de desarrollo de las profesiones universitarias durante la época colonial, se llamaba rábula o provisionado al abogado que no poseyendo formación académica, estaba habilitado por la autoridad judicial, para ejercer esa profesión en primera instancia. Era algo así como un práctico o idóneo. Suplía falta de erudición con atrevimiento y oratoria efectista. Fueron honrosos rábulas ANTONIO EVARISTO MORÁIS (1871 – 1939), reconocido criminalista y defensor de los derechos de los trabajadores, cofundador del Partido Socialista brasileño; LUIS GAMA (1830 – 1882), periodista, escritor y luchador a favor de la abolición de la esclavitud y COSME FARÍAS (1875 – 1972) progresista político bahiano del que se dice que fue el inspirador del personaje al que alude en su célebre novela JORGE AMADO.

políticos (antiguamente, cuando eran permitidos), sin distinción de partidos. Según él, para defender los intereses del pueblo, para protestar contra la miseria, la falta de trabajo y de escuelas, cualquier pasquín y cualquier tribuna sirven, y al que no le guste que rabie”¹³.

III. Los derechos de incidencia colectiva

Vivimos el tiempo de los derechos, como llamó BOBBIO¹⁴ a esta época de exaltación (que no quiere decir necesariamente de vigencia) de los derechos de las personas. Es el tiempo de los derechos humanos, lo que significa una transformación epistemológica que coloca a las personas por sobre las normas y no a la inversa. Asumir en definitiva, que el derecho sirve para la vida, o no sirva para nada.

Los derechos humanos entre las personas existen por el sólo hecho de serlo. El derecho de cada uno no es el derecho subjetivo entendido como un poder atribuido a la voluntad por el ordenamiento jurídico según la conocida sentencia de WINDSCHEID¹⁵; puede no haber tal atribución, pero el derecho, a pesar de ello existe. No es la expresión omnisciente del Estado que los puede dar o quitar, porque los derechos humanos trascienden el poder político, obviamente al Estado, y finalmente porque en su mismo reconocimiento, se condiciona la formulación de todas las políticas públicas.

Superada la visión dogmática que pareció en el pasado de su esencia, el derecho debate uno de los más graves problemas de este tiempo: su efectividad. Allí es donde todo el sistema institucional que se constuyó como su garantía, quedó en entredicho. Es evidente que ese sistema de garantías que había consagrado el constitucionalismo liberal y que se sustentaba en la democracia representativa y en la división y equilibrio de los poderes no servía o, por lo menos no alcanzaba para cumplir su objetivo. Entonces se admitieron (algunos preferirán decir que se idearon) cosas distintas (o, con la misma lógica, cosas nuevas). Decir que el pueblo no gobierna ni delibera sino a través de sus representantes es una antigualla frente a los progresos de la democracia participativa y de la más comprometida aún, democracia deliberativa. La división de los poderes, técnica política y práctica, bien inspirada en sus propósitos –por lo menos por parte de algunos-, y éticamente irrenunciable para mejorar la calidad de la democracia, a pesar de sus muchos suscriptores, pocas veces fue considerada seriamente, llegando en este tiempo a ser una fe con pocos creyentes (los que no son pocos son los ejemplos que la niegan).

La defensa de los derechos fundamentales, con esas garantías, no pudo pasar la prueba de la historia, y el siglo XX fue el tiempo de su transida agonía. Hubo que reconocer

¹³ AMADO, JORGE; *Tienda de los milagros*, traducción por LORENZO VARELA, Losada, Buenos Aires 1971, pp. 63/4.

¹⁴ BOBBIO, NORBERTO; *El tiempo de los derechos*, traducción por RAFAEL DE ASIS ROIG, Sistema, Madrid 1991

¹⁵ WINDSCHEID, BERNARD; *La teoría de la voluntad*, traducción por JORGE MARSHALL SILVA, en el apéndice a IHERING, RUDOLF VON; *La dogmática jurídica*, Losada, 2da. edición, Losada, Buenos Aires 1946 p. 222.

cosas antes increíbles e inadmisibles: el derecho de huelga (un derecho contra el derecho); la asimetría del derecho del trabajo (la desigualdad de las partes); los derechos de la mujer; el voto universal; la emancipación del Ministerio Público tanto del Poder Judicial como del Poder Ejecutivo; la creación de rampantes instituciones como la del Defensor del Pueblo, institución de garantías, protectora de los derechos humanos. De entre toda esta nómina, que no es por supuesto exhaustiva, destacamos el reconocimiento a la acción en defensa de intereses colectivos o de incidencia colectiva, por parte de instituciones y personas individuales a través de una acción procesal excepcional. Es lo que en América Latina, a partir de la Constitución mexicana de 1857 se llamó el recurso o proceso de amparo¹⁶.

El amparo comenzó siendo un recurso procesal cuya interposición obedecía a la afectación de un bien individual, generalmente de carácter patrimonial. Sin embargo, el desarrollo de los llamados derechos de tercera generación (también conocidos como de la solidaridad) hizo que el constituyente reconociese con el máximo rango normativo aquella acción excepcional, como garantía para la efectiva vigencia de tales derechos. Esta especie de instrumentalización social de garantías, quitó al Estado el monopolio de la protección jurídica de los ciudadanos. A través del amparo colectivo, la Constitución transfirió a particulares, la posibilidad de accionar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva, sin mediación de nadie. Como dice EDUARDO PABLO JIMÉNEZ: “El habitante tiene derecho para actuar en defensa de la legalidad y el patrimonio social”¹⁷.

Los intereses difusos, o más propiamente hablando según la superadora terminología constitucional¹⁸, los derechos de incidencia colectiva son aquellos que, subjetivamente, no pertenecen a una persona en particular ni a un grupo nítidamente determinado de personas sino a un grupo indeterminado o de difícil o imposible determinación, cuyos integrantes tampoco se hallan vinculados por una concreta relación jurídica. Versan, objetivamente, sobre un bien indivisible y no fraccionable, por ende en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares. Tal vez por ese motivo la doctrina, en general, no pudo eludir su emplazamiento en alguna o algunas de las citadas categorías¹⁹.

Admitir la existencia de los nuevos derechos incidencia colectiva, como dice GORDILLO “importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer legitimación

¹⁶ Ver FIX ZAMUDIO, HÉCTOR; *Jurisdicción constitucional protección de los derechos fundamentales en América Latina*, en Anuario de Derecho Constitucional (Vv. Aa.) Biblioteca Jurídica Diké, Medellín 1995 p. 55.

¹⁷ JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO; *Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el Amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación*, en Revista El Derecho, Buenos Aires 1997, T° 170 p. 1155.

¹⁸ Ver MAIORANO, JORGE LUIS; *Amparo Colectivo, legitimación del Defensor del Pueblo. Cosa Juzgada en Derecho Procesal Constitucional*, (Vv. Aa), director MARIO MASCIOTRA, coordinador Enriqueu Antonio Carrelli, Ad Hoc, Buenos Aires 2006 p. 158

¹⁹ LINO ENRIQUE PALACIO; *El “apagón” de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo*, en revista La Ley, Buenos Aires 2000 – C p. 395.

judicial para su defensa y ejercicio. No puede sostenerse racionalmente que exista derecho pero que no exista acción”²⁰.

Dar entidad jurídica a algún individuo o grupo de personas, para proteger un derecho que no es de uno, sino de muchos o de todos, es decir de incidencia colectiva, poniendo de lado las responsabilidades políticas del Estado como promotor de la supremacía del derecho y más todavía, en contra mismo de las acciones del Estado, es un gran progreso y una vía revolucionaria a la participación popular, que fortalece a la libertad y a la democracia.

IV. El Defensor del Pueblo

Intentaremos analizar el alcance de la institucionalidad del Defensor del Pueblo partir de los interrogantes y dudas consignados en el parágrafo I.

Dentro del esquema tradicional y lógico del sistema jurídico, parece que sólo puede ser Defensor del Pueblo el magistrado que reúna las condiciones y requisitos previstos en la constitución o la ley. De allí entonces que en los cuatro jalones que señalaron el vacilante camino, el Tribuno de la Plebe no fue, al menos en sus orígenes y según las citadas interpretaciones, un magistrado o una función que integrara la Constitución romana; ni debiera tenerse en cuenta la recomendación de Lenin, ni lo que indagó aquel arquitecto chileno, ni menos todavía el caso del rábula bahiano. Sin embargo, empañan esta presunción, algo dogmática dos cuestiones: a) una fáctica: los tribunos del pueblo existieron y por lo menos alguna vez –sino desde siempre- fueron de iure; los particulares (individual o colectivamente) pueden subrogar acciones también previstas (no reservadas) para el Defensor del Pueblo. Sintéticamente hablando, las acciones del Tribuno de la Plebe tuvieron efectos tanto en Roma, como en el ejemplo propuesto por LENIN, pues él mismo debió apelar, años más tarde, a la figura del *prokurator*, afín en sus orígenes y propósitos a los del Tribuno de la Plebe o si se quiere del propio *Ombudsman* escandinavo²¹. La novelesca referencia del libro de AMADO, se beneficia por su naturalidad y realismo y la sugerencia del arquitecto trasandino, en los hechos, para proteger el ambiente y la calidad de vida, podría haberse vehiculizado a través de una acción de Amparo.

¿Cuál es entonces la respuesta? La primera, la más genérica y obvia, es recordar que pocas veces lo formal se corresponde con lo real. De allí que el conocimiento jurídico nos desafía permanentemente a interpretar el derecho para evitar su divorcio o alejamiento de las relaciones sociales que le dan sustento. En ese sentido nos dice ALEJANDRO NIETO: “Las leyes manifiestan la voluntad del Estado de resolver determinados conflictos singulares. Ahora bien, como con esta casuística, por muy largo que sea el repertorio, siempre

²⁰ GORDILLO, AGUSTÍN A.; *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires Tº II, cap. II p. 11.

²¹ Ver CONSTENLA; *Teoría*. . . cit. pp.224 a 226.

quedarán casos sin contemplar, el jurista ha discurrido un método que le permite entender no sólo la realidad conocida sino la desconocida que algún día puede aparecer. Con el método conceptual el jurista va creando conceptos generales (lo que los escolásticos llamaban ‘universales’) mediante la eliminación de los datos singulares de cada figura concreta –descrita en la norma o socialmente practicada- hasta llegar, por elevación, a una nueva, lo suficientemente abstracta como para comprender a todas las individualidades de las que se ha partido”²². Interpretar el Derecho ya no es sólo indagar la intención de la ley sino también –y cada vez más- procurar respuestas para afrontar cuestiones sociales no previstas. De no hacerlo así, incurriríamos en el grave y desdichado anacronismo que vivió secularmente América Latina y que llevó a decir a OCTAVIO PAZ (refiriéndose a los mexicanos, pero muy válido para todos nosotros), que la historia “. . . consiste en una lucha entre las formas y fórmulas en que se pretende encerrar a nuestro ser y las explosiones con que nuestra espontaneidad se venga”. . . “Nuestras formas jurídicas y morales. . . mutilan con frecuencia a nuestro ser, nos impiden expresarnos y niegan satisfacción a nuestros apetitos vitales”²³

Entonces la imposición de la legalidad dogmática, pasa a un segundo plano, se relativiza. Es letra muerta o bien trunca las posibilidades de realización de la personalidad y el libre ejercicio de sus derechos, tal como describió OCTAVIO PAZ en el párrafo anterior. Eso, cuando no se convierte lisa y llanamente en un cínico argumento de opresión, como lo cantó JOSÉ HERNÁNDEZ en un contrapunto de su *Martín Fierro*²⁴:

*La ley es tela de araña,
en mi inorancia lo esplico:
no la tema el hombre rico,
nunca la tema el que mande,
pues la rompe el bicho grande
Y sólo enrieda a los chicos.*

El Defensor del Pueblo no es un personaje de la épica sino de una democracia republicana y social, que emerge de un sistema político institucional, que aspira ser participativo, justo, destinado a consolidar los valores de la libertad y asegurar a toda la sociedad iguales posibilidades de acceso a los bienes materiales y espirituales. Pero el

²² NIETO, ALEJANDRO – GORDILLO, AGUSTÍN; *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid 2003 pp. 20/1.

²³ PAZ, OCTAVIO; *El laberinto de la soledad*, 5ta. reimpression de la 2da. Edición, Fondo de Cultura Económica, México 1977 p. 29.

²⁴ HERNÁNDEZ, JOSÉ; *Martín Fierro (La vuelta)*, capítulo XXX, 4235 a 4240, Peuser, Buenos Aires 1965 p.315

Defensor del Pueblo tampoco es de la cepa de las instituciones gubernamentales; no es gobierno, no legisla, ni juzga. Defiende los derechos de las personas desde una perspectiva ética, no formal ni necesariamente jurídica. No representa al pueblo, porque por su naturaleza parte de la base de que la soberanía y la voluntad popular no se representan; no es un fiduciario público, ni un mediador neutral. Hemos acompañado la tesis de que era un órgano extra poder, pero sin aclarar tal vez debidamente, que era extra poder no sólo porque carecía de poderes, sino también, porque no siendo su poder positivo, sin desconocer su institucionalidad, su espacio de acción tiene que ver antes que con el Derecho, con la moral, la justicia y la verdad. “Su reino no es de este mundo”, es decir del mundo de la ley, del poder y de los objetivos políticos.

¿Cuántas adjetivaciones caben a MAHATMA GANDHI? Muchas, sin dudas: luchador por la independencia de su patria, por la paz, por la no discriminación, por el respeto a los derechos humanos, por la democracia, por la república, por la libertad. Él tampoco tenía poder, pero sus ideas tenían un formidable significado moral y su conducta y sus opiniones derivaron, por su intrínseca justicia en una gigantesca revolución ¿MAHATMA GANDHI, fue un Defensor del Pueblo? Entre nosotros, el escritor Ernesto Sábato, después de haber presidido la CONADEP, ¿no gozó del prestigio que alcanzan las grandes magistraturas morales? ¿Pudo haber sido ERNESTO SÁBATO un Defensor del Pueblo sin ser ungido como tal? ¿No lo fueron acaso los obispos durante los primeros tiempos del cristianismo en confrontación al poder de los gobernantes y poderosos?²⁵ ¿No pudo serlo, así sea por un tiempo, el joven y fogoso republicano COLA DI RIENZO que luego de dictar los *ordinamenti del buono stato* (principios de buena administración)²⁶, pidió por gracia al pueblo ser llamado su tribuno?²⁷ ¿No lo pretendían así para los pastores de su culto, algunos monarcómanos calvinistas?²⁸ ¿No lo podía ser así también entonces el bizarro rábula bahiano?

Analícese la nómina de los requisitos que se requieren para ser reconocido como tal un Defensor del Pueblo y veremos que fuera del de su designación, les caben todos. Si al fin y al cabo una opinión puede hacer cambiar una norma por el prestigio de quien la emite ¿porqué amenguar el reconocimiento moral -porque no es más que eso- del que esa persona, sin requerirlo es acreedor? Y todavía más ¿En qué papel queda el individuo u

²⁵ “Los obispos poco a poco adquirieron la situación del *defensor civitatis*, encargados de defender las poblaciones como árbitro de los gobernadores” (FILCHE, AGUSTÍN – MARTÍN, VÍCTOR: *Historia de la Iglesia*, [V.v. A. a.] traducción por JOSÉ MARTÍN HERNÁNDEZ, EDICEP, Valencia 1977 T° IV p. 572) Ver también CONSTENLA: *Teoría*. . . cit. p.174, y BACKHOUSE EDWARD – TYLOR C.: *Historia de la Iglesia Primitiva*, traducción por FRANCISCO ALBRICIAS, CLIE, Barcelona 1986, T° I p. 172.

²⁶ Anónimo: *La vita di Cola di Rienzo, tribuno del popolo romano. Scrita da incerto autore nel secolo XIV. Ridotto a migliore lezione con note ed osservazioni storico critiche da ZEFIRINO Re*, cap. VI, editado por Luigi Bordandini, Forli 1828 pp. 46 a 48.

²⁷ “Domandò di grazia dal popolo che esso e lo vicario del papa fussino chiamati tribuni del popolo e liberatori” *Ididem*, Cap. VII, p. 50.

²⁸ Ver SKINNER, QUENTIN: *Los fundamentos del pensamiento político moderno. II La Reforma*, traducción por JUAN JOSÉ UTRILLA, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México 1993.

ONG que promueve un amparo al abrigo de lo que dispone el artículo 43 de la Constitución nacional desbaratando un acto del poder positivo del Estado? Es de toda notoriedad que la conjunción de estas hipótesis, dibujan la figura de un Defensor del Pueblo.

V. Conclusión imprescindible

No estoy propiciando el reemplazo del actual sistema institucional del Defensor del Pueblo. Es muy bueno e importante que el Defensor del Pueblo sea un funcionario del Estado (no del gobierno). a) Muy bueno porque de esa manera tendrá medios e instrumentos para actuar que otro modo no tendría: presupuesto, personal, legitimación institucional y procesal para obrar, posibilidad de informar oficialmente a los poderes públicos, acceso calificado a la información, facultades de investigación y la obligación por parte de los funcionarios públicos de responder a sus requerimientos. b) Muy importante, porque el establecimiento de esta figura es el más significativo aporte que la democracia hizo al sistema constitucional vigente, a partir de las últimas dos décadas del siglo pasado, para proteger los derechos humanos.

Aclarada con el debido énfasis esta posición, intento demostrar que cuando el poder político es reacio a crear esta figura con independencia funcional y administrativa –como lo es en la mayor parte de América Latina-, alguien (una o más personas) podrá ser el Defensor del Pueblo, aunque le falten los atributos canónicos que lo unjan con tal investidura; sólo será necesario que asuma el papel. Pero para eso deberá tener el comportamiento del rábula de Salvador de Bahía: altruismo, solidaridad, honestidad, valentía, resguardándose muy cuidadosamente de no incurrir en fatuidad o megalomanía ni creerse un *deus ex machina* de la justicia.

No escribí todo esto para responder a la pregunta del amigo chileno sobre si los urbanistas podrían elegir un Defensor del Pueblo que se ocupara de defender el patrimonio natural, ni menos aún para proponer que se “inventen” defensores del pueblo donde no los hay; son sólo pensamientos en torno a la alicaída imagen que de nosotros mismos construimos cuando el escepticismo político nos ensombrece el ánimo y nos hacer perder fe en el Derecho. Al fin y al cabo, como dijo en las últimas palabras de su lección jubilar un catedrático español al que ya hemos citado. “. . . el conocimiento jurídico se identifica y cobra su fuerza no en la ciencia pura sino en su funcionalidad social, que pasa por alto, y aún justifica, sus carencias”²⁹.

Achirana Huasi, Calamuchita, Córdoba, enero de 2013

²⁹ NIETO – GORDILLO: *Op. cit.* p. 66.