

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y LA CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS

La Defensoría del Pueblo de Santa Fe:
derechos ciudadanos y métodos de
pacificación en la reforma constitucional



DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Provincia de Santa Fe

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y LA CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS

La Defensoría del Pueblo de Santa Fe:
derechos ciudadanos y métodos de
pacificación en la reforma constitucional

Disertantes:

Raúl Lamberto

Carlos Constenla

María Soledad Manin

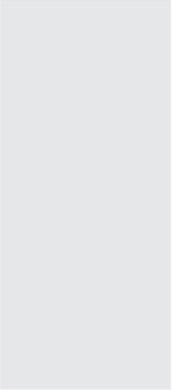
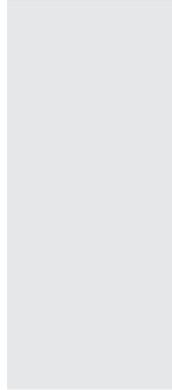
Alejandro Nató

Marta Paillet

Participación especial:

Hugo Quiroga

CONTENIDO

Introducción	01_ Hacia una Constitución de derechos en Santa Fe: la incorporación de la Defensoría del Pueblo en la norma fundamental de la provincia	02_ No puede existir una verdadera democracia sino existe una institución que proteja los derechos de las personas	03_ Las defensorías del Pueblo de Argentina en relación con su consagración jurídica constitucional	04_ ¿De qué hablamos cuando hablamos de afianzar la Justicia?	05_ Tenemos que darle a la mediación el rango constitucional que le corresponde	06_ La reforma constitucional como la “Constitución de los derechos”	07_ Citas y referencias
							
	Raúl Lamberto Abogado, Defensor del Pueblo de la provincia de Santa Fe.	Carlos R. Constenla Abogado, presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensorías del Pueblo. Fue presidente de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina (Adpra), y Defensor del Pueblo de Vicente López (Buenos Aires).	María Soledad Manín Abogada en la Defensoría del Pueblo de la Nación, subdirectora de la revista jurídica En Letra, docente de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y especialista en Derecho Administrativo.	Alejandro Nató Abogado, mediador, docente y ex Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.	Marta Paillet Abogada, especialista en mediación y pedagogía de la paz.	Hugo Quiroga Profesor de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) y Universidad Nacional del Litoral (UNL).	
Pág. 05	Pág. 07	Pág. 19	Pág. 29	Pág. 37	Pág. 45	Pág. 55	Pág. 61

Introducción

La presente publicación recopila las exposiciones realizadas por profesionales y referentes nacionales en la ciudad de Santa Fe en una jornada que tuvo como título “La Defensoría del Pueblo en la Reforma Constitucional: derechos ciudadanos y métodos de pacificación”, y que se llevó a cabo el día miércoles 23 de mayo de 2018.

La actividad, y los nombres que componen el trabajo, contó con la participación del Defensor del Pueblo de la provincia de Santa Fe, Raúl Lamberto; el presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO), Carlos Constenla; la abogada de la Defensoría del Pueblo de la Nación, María Soledad Manin; el mediador y ex Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Alejandro Nató; y la especialista en mediación, Marta Paillet. El cuadernillo culmina con un aporte especial a la temática por parte del profesor de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) y de la Universidad Nacional del Litoral (UNL), Hugo Quiroga.

La **Defensoría del Pueblo y la Constitución de los Derechos** es una publicación que brinda un compendio de voces acerca de la temática de la reforma constitucional en Santa Fe, y la necesaria incorporación de la Defensoría del Pueblo en la norma fundamental de la provincia en tanto institución de derechos que cuenta con la amplitud necesaria para dar respuesta a los reclamos de la ciudadanía.

En suma, el cuadernillo pretende ser un aporte más para la discusión pública que en estos tiempos tiene lugar en la población de la provincia de Santa Fe, acerca de la necesidad de una reforma de la Constitución.

Impreso en la provincia de Santa Fe
en el mes de julio de 2018.

Diseño:
Cristián A. Cordovado

“El reconocimiento de nuevos derechos en el texto constitucional requiere la consagración de garantías para su efectiva tutela y protección; ésta es una razón suficiente para justificar por qué la Defensoría del Pueblo debe ser una institución constitucional”.

01_

Hacia una Constitución de derechos en Santa Fe: la incorporación de la Defensoría del Pueblo en la norma fundamental de la provincia

Raúl Lamberto

Abogado, Defensor del Pueblo de la provincia de Santa Fe.

Con este panel queremos sumar al debate público que se está dando hoy en la provincia de Santa Fe, en particular a partir del momento en que el gobernador presentara el proyecto de ley que declara la necesidad de la reforma constitucional¹ y por el cual se propone incorporar a la figura del Defensor del Pueblo en la ley fundamental de la provincia², lo cual nos parece correcto y adecuado: es una institución que debe estar claramente en la Carta Magna. Y si se nos permite, querríamos explicitar algunas razones que justifican esta posición.

En primer lugar, creemos que toda Constitución responde -y en cierto modo encarna- un valor superior, una razón prioritaria, que guía la organización del ordenamiento normativo. Muchas leyes han dejado impreso un valor específico en la vida institucional argentina. Por ejemplo la Ley Sáenz Peña³, que tuvo como valor terminar con el fraude electoral; o la ley del voto femenino⁴, que tuvo como valor terminar con el aislamiento político de la mitad de la población, que era la población femenina.

Todas las constituciones responden a un clima de época y expresan a su vez un proyecto político y social enraizado en su tiempo histórico. La Constitución de 1853 constituyó así un programa de desarrollo liberal, un proyecto de país abierto al mundo con amplias libertades y derechos para todos aquellos que quisieran poblar un territorio hasta entonces considerado “vacío”.

La Constitución de 1949 reflejó a su turno la llegada al poder de un movimiento popular surgido con posterioridad a la gran crisis del '30 y a la fragmentación del mercado mundial, fenómenos históricos ambos que habían conducido a los países a replegarse sobre sí mismos y a favorecer el avance y el fortalecimiento del Estado en materia de desarrollo económico y social -con la nacionalización de recursos y diversas estatizaciones incluidas-, como vía prioritaria para reencauzar y sostener el crecimiento.

La reforma del 57, a su turno, pretendió restablecer un cierto equilibrio entre el programa liberal original y el

reconocimiento de los nuevos derechos sociales, que se incorporaron justamente como artículo 14 bis, esto es, acoplados junto al artículo 14 que proclama una suerte de paradigma de los derechos liberales.

“Como vemos, cada constitución, cada reforma, aún cuando pretenda superar las particularidades de su tiempo, responde a un clima de época”.

La reforma de 1994, por su parte, abre una entrada al universalismo jurídico al dotar de rango constitucional a los tratados internacionales. Ese universalismo de los derechos es el que alienta ahora los Objetivos de Desarrollo Sustentable previstos en la Agenda 2030 de la ONU, pero con la idea de generar instrumentos institucionales que permitan transformar en realidad los enunciados proclamados. En esa búsqueda se insertan también las defensorías de Latinoamérica, al asumir el compromiso de actuar como órganos de control de políticas públicas vinculadas a derechos humanos. En definitiva, se le dio a la constitución un carácter internacional ubicando nuestros derechos a la luz de los derechos internacionales o los derechos de la humanidad.

Como vemos, cada constitución, cada reforma, aún cuando pretenda alzarse por encima de las ataduras terrenales de sus circunstancias temporales, responde a un clima de época.

También ha ocurrido así con nuestra Constitución Provincial. Es evidente que necesita adecuarse, que demanda una actualización, no sólo en el plano estrictamente normativo respecto de la actual Constitución Nacional, sino asimismo respecto de las novedades económicas, sociales, culturales y políticas que registra la dinámica provincial.

En este sentido, es el momento para consagrar constitucionalmente el estado de desarrollo actual de los derechos. Recordemos que esta naturaleza evolutiva de los derechos fue puesta de manifiesto ya hace muchos años por el sociólogo británico Thomas Marshall, cuando expuso la conocida hipótesis secuencial de expansión de los derechos, que partía de los derechos civiles reconocidos ya en el siglo XVIII, seguía con los derechos políticos a lo largo del siglo XIX y culminaba con los derechos sociales en el siglo XX.

Hoy se habla de nuevas generaciones de derechos humanos que responden a las necesidades creadas por el avance de la civilización humana y sus problemas. Debemos reconocer entonces que las normas constitucionales devienen antiguas cuando no se vinculan con las demandas y desafíos de su tiempo. Y en ese sentido, si nos preguntamos cuáles fueron las notas características de la Constitución Nacional modificada del año 1994, es decir, cuál ha sido su valor determinante, creo que, sin dudas, debemos mencionar al universalismo jurídico encarnado en la incorporación de los tratados internacionales.

SANTA FE: LA CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS

Si vamos a modificar nuestra constitución, nos debemos preguntar cuál es el valor predominante que debe darse para que esta reforma constitucional esté a la altura de los tiempos sociales, culturales e institucionales que Santa Fe vive y se merece en el futuro, con una nueva Constitución.

Evidentemente en un mundo que va evolucionando, que pelea por sus reivindicaciones, por el bienestar del ciudadano, se procura que estos derechos no sólo sean reconocidos sino también respetados. Hoy no basta enumerar derechos sino establecer garantías que es lo que más necesitan las constituciones, para que sean efectivos esos derechos.

“Hoy se habla de nuevas generaciones de derechos humanos que responden a las necesidades creadas por el avance de la civilización humana y sus problemas. Debemos reconocer entonces que las normas constitucionales devienen antiguas cuando no se vinculan con las demandas y desafíos de su tiempo”.

Guillermo Escobar Roca⁵ en su obra “El Derecho, entre el Poder y la Justicia”, señala la importancia que la constitucionalización de los derechos produjo a partir del año 1948, permitiendo reconducir la idea abstracta de justicia a las ideas más concretas de libertad y de igualdad y a los derechos humanos que desarrollan estos valores; pues bien, los derechos humanos están incorporados a los derechos vigentes, y en concreto al derecho constitucional, como derechos fundamentales. De esta forma el debate sobre la justicia se traslada al análisis de los derechos fundamentales.

Es decir, la reforma constitucional permite no sólo dotar de operatividad a derechos humanos declarados, sino también dar las garantías suficientes para su real cumplimiento.

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO COMO INSTITUCIÓN DE DERECHOS

Lo expuesto se relaciona con la Defensoría del Pueblo que se caracteriza por ser, principalmente, una institución de derechos. Originariamente se le asignó

el rol de representar al ciudadano ante los abusos y omisiones de la Administración Pública, actuar como un nexo entre el ciudadano y el Estado⁶.

Me pregunto si podemos decir que ése es el paradigma de la defensoría actual. Creo en este sentido que podemos afirmar que es una mirada insuficiente. Hoy la defensoría es una institución de derechos; y como tal tiene que tener la amplitud necesaria para dar respuesta a los reclamos de los ciudadanos por sus derechos. En la actualidad la defensoría no puede limitarse a los fines y objetivos que tenía hace 40 años, pese a que es una institución joven. En nuestra provincia, ya al poco tiempo de la entrada en vigencia de la institución del Defensor del Pueblo, sus prerrogativas originarias se ampliaron con la creación de los centros de Asistencia a la Víctima y los centros de Mediación, trascendiendo desde sus mismos comienzos a las meras facultades de contralor y posicionándose como una institución protectora de derechos humanos.

Conforme con esta afirmación Jorge Luis Maiorano⁷ señala que desde sus inicios la figura del Ombudsman en América Latina estuvo íntimamente vinculada a su compromiso con la protección de los derechos fundamentales, siendo, precisamente, la necesidad de añadir una cuota mayor de seguridad a la creciente demanda de tutela integral de los derechos humanos lo que determinó acudir a esta institución que gozaba de prestigio en el resto del mundo.

El autor que citamos agrega que las defensorías del Pueblo en Latinoamérica toman el modelo español donde se supera, pero no se agota, la clásica definición del Ombudsman como un órgano de control de la disfuncionalidad, de mediador en conflictos y de promotor de reformas, para involucrarlo, además, en la defensa y protección de los derechos humanos.

Cuando se sancionó la Constitución española de 1978 se incorporó la figura del Defensor del Pueblo con características distintas a aquellas ligadas a la idiosincrasia del sistema jurídico escandinavo donde

encuentra su origen la figura del Ombudsman en el año 1809 con el advenimiento constitucional en Suecia. La Constitución española le asignó al Defensor del Pueblo la misión de defensa de los derechos fundamentales y lo dotó de legitimación procesal. El antecedente español más próximo era el Diputado de los Comunes de Canarias. En España la figura del Defensor del Pueblo, con las particularidades señaladas, aparece ligado al poder legislativo y forma parte del sistema de control de ese poder sobre el ejecutivo.

LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO Y LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS

Esa impronta de las defensorías del Pueblo tomada del derecho español, hoy se ve resaltada con el surgimiento de nuevos derechos fundamentales, denominados de tercera generación (sin desconocer que cierta doctrina ya hace referencia a derechos de cuarta generación), que tienen origen en problemáticas globales propias de las décadas finales del siglo XX y principios del XXI. Esta nueva etapa en el reconocimiento de derechos se caracteriza por encontrarse en permanente evolución, incorporando nuevos derechos, pudiéndose efectuar enunciación de algunos de ellos en forma no absoluta: derecho a proteger un desarrollo sostenido; derecho a la autodeterminación de los pueblos; derecho a la paz; derecho a la protección de los datos personales; derechos de usuarios y consumidores; derecho al patrimonio común de la humanidad; derecho a gozar de un medioambiente sano; etc.

Trazando un paralelismo entre el surgimiento de los derechos de tercera generación y el nacimiento y evolución del Instituto del Ombudsman en Argentina y en nuestra provincia, vemos que surgen prácticamente de manera simultánea. Y pienso que no se trata de una mera coincidencia temporal, sino todo lo contrario: se encuentran interrelacionados, son engranajes de un mismo proceso de reconocimiento y protección de los derechos.

“Hoy la defensoría es una institución de derechos; y como tal tiene que tener la amplitud necesaria para dar respuesta a los reclamos de los ciudadanos por sus derechos”.

A título ejemplificativo de lo dicho, se observa que en el año 1990 se crea la Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe, en 1993 se sanciona la Ley Nacional que aprueba el Defensor del Pueblo de la Nación y en el mismo año se promulga la primera Ley de Defensa al Consumidor. Finalmente, en 1994, se produce la reforma constitucional nacional consagrándose en su artículo 42 el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios; a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. A su vez, en su artículo 43, se mencionan las herramientas de protección de los derechos concediendo no sólo al afectado sino también al Defensor del Pueblo (consagrado constitucionalmente en el artículo 86), el derecho de interponer acción expedita y rápida de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general.

Los derechos de tercera generación demandan una protección activa del Estado, a diferencia de lo que ocurre con los de primera generación donde en principio basta con una abstención del Estado en la ejecución de actos que los vulneren.

El consumidor o el individuo relacionado con el ambiente

se encuentran en un plano de debilidad jurídica frente al proveedor de bienes o servicios o ante los principales contribuyentes a la contaminación ambiental, viendo que el cumplimiento de sus derechos no sería posible sin la intervención de instituciones del Estado creadas para equiparar las fuerzas entre las partes en conflicto. Este es uno de los roles que debe asumir la Defensoría del Pueblo en esta nueva etapa de surgimiento de nuevos derechos, siendo trascendental plasmarlo en el texto constitucional.

Es decir, y como corolario de lo expuesto, los tiempos actuales muestran una gran dinámica en el surgimiento y posterior reconocimiento de derechos. Junto a ello deviene imprescindible crear garantías tendientes a asegurar su eficacia y herramientas de protección ante la vulnerabilidad, debiéndose tener como aspiración máxima la consagración de todo ello en la Ley Suprema provincial. Según vimos anteriormente ése es el camino que siguió el constituyente nacional en el 94: reconoció nuevos derechos, consagró la figura del Defensor del Pueblo como garantía y lo dotó de herramientas jurídicas y procesales para su actuación.

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

El reconocimiento de nuevos derechos en el texto constitucional requiere la consagración de garantías para su efectiva tutela y protección; de ahí viene el por qué la Defensoría del Pueblo debe ser una institución constitucional. Nuestra defensoría fue creada por ley y existe antes de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994. En ese entonces se modifica y se incorpora la figura del Defensor del Pueblo como institución constitucional.

Ya en ese momento prácticamente nadie discutía que debía ser una figura constitucional. Del estudio numérico de los proyectos presentados por los convencionales constituyentes sobre la inclusión del

Defensor del Pueblo en la reforma, sólo uno, presentado por el bloque del MODIN⁸, planteaba que la Defensoría del Pueblo debía crearse por ley y no por constitución. Los otros 49 proponían que debía ser constitucional.

En el Diario de Sesiones⁹ de la Convención Constituyente se observa que el convencional Masnatta manifestó respecto a la necesidad de incorporar a la Constitución la figura del Defensor del Pueblo: “...Con Quiroga Lavié, enumeramos los verbos que conjugan la actividad del Defensor del Pueblo: informar, inspeccionar, investigar, controlar, discutir pública y privadamente, disenter, recomendar, exhortar, influir, criticar, censurar, accionar judicialmente, encuestar, proyectar y programar [...] más que un promotor de reclamos judiciales, es un investigador objetivo, un inspector de asuntos públicos, un factor de la opinión pública y, sin duda, responde a un reclamo de exigencias sociales con vigencia tanto en Escandinavia como en nuestras latitudes”.

ARGUMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES PARA LA INCORPORACIÓN DE LA DEFENSORÍA EN LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

Voy a enumerar sintéticamente algunos fundamentos jurídicos e institucionales de por qué la Defensoría del Pueblo debe ser incorporada a la Constitución, sin perjuicio de detenerme luego en efectuar consideraciones respecto de algunos de ellos:

1. Es una institución del Estado santafesino que trasciende a todos los gobiernos.
2. La inserción del Defensor del Pueblo en la Constitución imprime solidez y prestigio jurídico-político a las instituciones del Estado.
3. Si bien en estos tiempos la supresión de la institución del Defensor del Pueblo no sería posible sin un franco retroceso en las garantías, derechos y libertades de

un Estado democrático, su consagración en el texto constitucional impediría la abrogación mediante una ley ordinaria.

4. El Defensor del Pueblo en sus años de vigencia y práctica ha ido evolucionando y su función de contralor de la administración pública fue complementada con la defensa y protección de los derechos humanos y como tal no puede estar afuera del sistema constitucional.

5. Resulta importante reconocer constitucionalmente su autonomía funcional, su plena libertad e independencia con relación a los poderes a los que debe controlar, erigiéndose al Defensor del Pueblo como órgano extra poder que forma parte de un sistema de control propio de un sistema republicano de gobierno. “...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*”¹⁰.

6. La autonomía funcional para no devenir en abstracta debe insoslayablemente ir acompañada de autonomía financiera, lo que implica contar con un presupuesto propio y garantizar la independencia de la institución.

7. La consagración constitucional del Ombudsman debe ir acompañado de su legitimación procesal para la interposición de acciones colectivas tendientes a tutelar derechos de incidencia colectiva y derechos individuales homogéneos.

8. La institución del Defensor del Pueblo se encuentra en la Constitución Nacional, en la mayoría de las constituciones provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo la mayoría de los países latinoamericanos han consagrado constitucionalmente la figura del Defensor del Pueblo u Ombudsman.

9. La Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe presenta la particularidad de contar en su ámbito con el Defensor de Niñas, Niños y Adolescentes; el Centro de Asistencia a la Víctima de Delitos; el Centro de Mediación; como así también con un Órgano de Revisión de Salud Mental por lo que su constitucionalización afianzaría también a tan importantes instituciones.

“El reconocimiento de nuevos derechos en el texto constitucional requiere la consagración de garantías para su efectiva tutela y protección; de ahí viene el por qué la Defensoría del Pueblo debe ser una institución constitucional”.

En cuanto a la autonomía de la Defensoría del Pueblo decimos que resulta importante su reconocimiento constitucional, su plena libertad e independencia respecto de los poderes a los que debe controlar, erigiéndola como órgano extra-poder (aún en la órbita del Poder Legislativo), que forma parte de un sistema de control propio de la forma republicana de gobierno.

La existencia de autonomía funcional hace a la esencia misma del Defensor del Pueblo. *“El objetivo final de la autonomía hace a la efectividad real del Ombudsman y, por lo tanto, a su credibilidad ante la sociedad... la autonomía del Defensor del Pueblo se traduce en la imposibilidad de recibir instrucciones. En efecto, puesto que no existe una subordinación jerárquica, el Defensor no puede considerarse como un mero mandatario del Parlamento, pese a que ese es el escenario en el que tiene origen...”*¹¹.

La autonomía está íntimamente vinculada con la

independencia del Defensor del Pueblo entendida por el Instituto Internacional del Ombudsman (IIO) como *“La capacidad de un miembro de desempeñar la función de Ombudsman sin injerencia del organismo que lo nombró y que puede ser destituido únicamente por una causa claramente definida en los estatutos, términos de referencia y/o reglas de gobernanza establecidos por un proceso legal formal”*.

La autonomía financiera o presupuesto propio es una exigencia de la ONU que se debe garantizar a los organismos de derechos humanos. En ese sentido, en el acuerdo de París¹², uno de los principios declarados es que *“la institución nacional dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de créditos suficientes. Esos créditos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de lograr la autonomía respecto del Estado y no estar sujeta a controles financieros que podrían limitar su independencia”*.

En el caso de la provincia de Santa Fe, el Defensor del Pueblo según su ley de creación, pertenece a la órbita del Poder Legislativo provincial, pero la imputación presupuestaria, a raíz de modificación posterior, se incluye dentro de las partidas relativas al Poder Ejecutivo provincial. Más allá de que se reivindique y se respete la independencia y se reafirme el funcionamiento autónomo y autárquico, estamos ante una incongruencia institucional muy grande que puede afectar el perfil de autonomía. Creo que esto hay que superarlo. Si se procura coherencia al ser un órgano legislativo debe tener partidas del ámbito legislativo, sin ninguna duda.

Otro elemento esencial sería la consagración constitucional del Ombudsman que incluya su legitimación procesal para la interposición de acciones colectivas tendientes a garantizar la eficacia de los derechos de tercera generación y otros derechos fundamentales incorporados a la Constitución de la provincia.

“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”¹³.

La Constitución Nacional del año 94 incorporó las acciones colectivas, lo que significa que cuando se interpone una acción que involucra a más de una persona, a una clase o colectivo, el resultado de esa acción le puede alcanzar a todos aquellos que estén en la misma situación. ¿Cuáles son los dos requisitos centrales? La homogeneidad y la unidad, fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos fallos: Halabi¹⁴ primero y CEPIS¹⁵, este último en cuestión de tarifas en el sistema de gas por redes.

En el caso del fallo CEPIS se planteó por acción colectiva la inconstitucionalidad de los aumentos tarifarios en el servicio público de gas natural por red por haberse omitido la realización de audiencia pública previa. Ese perjuicio alcanzaba a todos los usuarios cumpliéndose así con el requisito de unidad fáctica y/o jurídica estipulado por la Corte en el precedente Halabi, pero se discutió la homogeneidad. Y ¿quiénes eran homogéneos en ese reclamo? La Corte Suprema de la Nación entendió que sólo los usuarios residenciales, quedando excluidos el comercio y la industria bajo el argumento de que estas clases de actores no veían comprometidos sus derechos de acceso a la justicia. O sea, que solamente los usuarios residenciales, es decir los vecinos, tenían intereses comunes, y contaban con dificultades para el acceso a la justicia, verificándose una homogeneidad para ser partícipes de una acción colectiva.

Creo que la incorporación de la acción colectiva debe estar explícitamente determinada en los derechos

a incorporar a la Constitución, y por supuesto, la legitimación procesal del Defensor para actuar en procesos colectivos que tengan por objeto bienes colectivos y/o derechos individuales homogéneos en el marco de la Constitución Nacional y de lo que disponga la Constitución Provincial.

Estas son las bases que sustentan el por qué el Defensor del Pueblo debe estar en la Constitución Provincial. No sólo porque su existencia institucional resulta incontrovertible y así lo demuestra su consagración en las constituciones provinciales y nacional, sino también porque su propia naturaleza y su necesidad de independencia, es que resulta correcto que tengamos al Defensor del Pueblo en la Carta Magna de los santafesinos.

REFERENCIAS RESPECTO AL CONTENIDO DEL ARTÍCULO REFERIDO AL DEFENSOR DEL PUEBLO

En cuanto a su competencia, resulta incontrovertible su rol de defensor de los individuos ante actos y omisiones de la administración que implique algún perjuicio, pero, como se dijo anteriormente, no debe limitarse a esta función, y sobre todo debe ser una institución encargada de velar por la protección de los derechos humanos y fundamentales de todas las personas. Es decir, además de su competencia genérica de ser el representante del ciudadano ante el Estado, es necesario reconocerlo como garantía para la tutela de los derechos fundamentales.

En sintonía con lo expuesto anteriormente vemos por un lado que el estatuto constitutivo del IIO (Instituto Internacional del Ombudsman) refiere a la *“supervisión a nivel de país, estado o a nivel regional y local de una amplia gama de agencias públicas, incluidas las entidades privatizadas total o parcialmente, que prestan servicios públicos; asociaciones públicas/privadas o externalización de servicios transferida por una agencia pública”*.

Por otro lado, en los Principios de París se observa que respecto a la competencia enumeran una serie de responsabilidades para las instituciones nacionales que caen en cinco categorías. En primer lugar, la institución deberá poder supervisar cualquier situación de violación de los derechos humanos. En segundo lugar, la institución deberá ser capaz de asesorar al gobierno, al parlamento y a cualquier otro órgano competente sobre violaciones específicas, en temas relacionados con la legislación, y en lo que concierne al cumplimiento y la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En tercer lugar, la institución debe mantener relaciones con las organizaciones regionales e internacionales, a fin de consolidar un mayor respaldo para los derechos fundamentales. En cuarto lugar, la entidad contará con un mandato de educar e informar en materia de derechos humanos. En quinto lugar, a algunas instituciones se les da una competencia cuasi judicial.

En este sentido, estimo conveniente agregar un párrafo que daría proyección de futuro a la entidad constitucional, le quitaría el corsé ante un mundo cambiante y un mundo que elabora derechos y garantías progresivamente. Pensemos a modo de ejemplo cuántos derechos van a surgir de la Agenda 2030 de la ONU, si hoy estamos discutiendo 17 objetivos y 169 metas. Cabe preguntarnos, ¿cuántos ya son derechos, cuántos son aspiraciones de las sociedades, cuántos son garantías? En este sentido, nuestras legislaciones deben tener la flexibilidad necesaria para incorporar lo que el mundo va elaborando, a fin de que esos cambios tengan cabida en las competencias institucionales que en este caso debe tener el Defensor del Pueblo.

Por eso, como parte del texto, propongo *“que la defensa, promoción y protección de derechos reconocidos y tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y ésta Constitución no actuarán en ningún caso como una limitación del accionar del Defensor del Pueblo respecto de los derechos reconocidos en el futuro”*.

En el mismo sentido, *“las funciones actuales consagradas*

no obstarán al otorgamiento de otras que resulten necesarias para la protección de los derechos individuales y colectivos”.

Creo que con una fórmula de estas características no sólo estamos dando competencia respecto a lo reconocido hasta hoy, vale decir, a los derechos de las generaciones actuales, sino que previendo la elaboración doctrinaria, jurisprudencial y legislativa que tenga lugar nacional e internacionalmente, estaremos reconociendo competencia también respecto a nuevos derechos que formarán parte de la incumbencia del Defensor del Pueblo.

En cuanto a la **ubicación institucional y elección** del Defensor del Pueblo existen varias alternativas.

El defensor puede pertenecer a la órbita del Poder Legislativo; puede ser parte -quizás- de un Ejecutivo, aunque en esta alternativa lo aleje de los Principios de París¹⁶; y la tercera de las posibilidades es que sea un órgano extrapoder. Esto tendrán que resolverlo los convencionales, pero sin duda la tradición lo consagra como un mandatario o un colaborador privilegiado de la Legislatura o Congreso o en un órgano extrapoder que no dependa, ni de los ejecutivos ni de los legislativos. ¿Cómo elegirlo? La elección plantea varias opciones¹⁷. Existen por lo menos seis variantes de elección de las cuales me limitaría a tres, que creo que son las más utilizadas y respetuosas de los principios y/o naturaleza de la institución.

La primera que tenemos es la que está vigente en Santa Fe donde el Defensor es propuesto por el Ejecutivo y se designa con acuerdo legislativo. La segunda, es la histórica, tradicional, la que está fijada en la Constitución española que lo propone y lo elige por la mayoría de los dos tercios de las cortes o las cámaras legislativas y lo comunica al Ejecutivo para su sanción o decreto.

La tercera, que es una de las opciones planteadas y discutidas, y que rige en algunos lugares, es que sea

elegido electoralmente (como sucede en las localidades de La Banda y Posadas), pero en comicios separados de los normales y ordinarios en cada uno de los estados.

DEFENSOR DEL PUEBLO. INSTITUCIÓN UNIPERSONAL. ADJUNTOS.

El Defensor del Pueblo tendrá adjuntos. Yo creo que el adjunto tiene que tener características flexibles tanto en su designación como en sus funciones que deben ser por delegación del defensor titular. El Defensor del Pueblo es una institución unipersonal, está definida como tal y es el mismo criterio que, por ejemplo, se establece en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Los adjuntos deben tener la flexibilidad de estar acorde a las necesidades institucionales de cada tiempo. Quizás la fórmula más adecuada es que sea el propio defensor quien los proponga y que se les dé acuerdo legislativo como al defensor general. Con la siguiente particularidad: el adjunto debe empezar y terminar en los mismos tiempos que el defensor general. Esto es fundamental, porque si termina su mandato el defensor general y sigue un adjunto, tergiversa la naturaleza de una figura institucional que es unipersonal.

En definitiva, estamos hablando de una institución que tiene una esencia diferente al Ministerio Público Fiscal, a las Auditorías Generales y a los tribunales de Cuentas. No tiene *imperium*, actúa como una magistratura de opinión, cuenta con autoridad moral, o sea, no resuelve pero sí se constituye, por su propia realidad y naturaleza jurídica, en un receptor de los reclamos del ciudadano, debe proteger sus intereses y derechos y ser un garante del cumplimiento de ellos, siendo la forma de dar certeza a los mismos.

La Defensoría del Pueblo es una institución en evolución permanente, reconocida en la Argentina y en el mundo y con una amplitud de alcance internacional que la

distingue de otras semejantes, dotada de una flexibilidad institucional que le permite adaptarse a las necesidades de los seres humanos y que cuenta con representación en la mayoría de los países de Latinoamérica, Europa y demás continentes del mundo.

Por ese motivo, en la citada Agenda 2030 de la ONU, se les recomendó a los defensores del Pueblo que asuman el rol protagónico en el seguimiento de las políticas públicas previstas, observando el cumplimiento de sus metas. No resulta casual esta función asignada a los defensores, sino que surge de sus alcances cuantitativos y cualitativos, en orden al control de los derechos de los ciudadanos de todo el mundo.

Síntesis

Pienso que es necesario pero no suficiente el reconocimiento de derechos humanos. Es imprescindible que los mismos se vean plasmados en las constituciones juntamente con las garantías y mecanismos de protección.

En ese sentido, vemos que los Objetivos de Desarrollo Sustentable (Agenda 2030) trazados por la ONU como así también los derechos de tercera y hasta de cuarta generación, gozan sin dudas del estatus de derechos humanos; ahora bien, se requiere de un esfuerzo para vincularlos con el mundo del derecho positivo y, especialmente, del derecho constitucional.

Si volvemos a la obra “El Derecho, entre el Poder y la Justicia” de Guillermo Escobar Roca, antes citada, podemos observar que se plantea una distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales cuando se argumenta que los primeros son demandas morales que el ordenamiento jurídico debe reconocer, mientras que los derechos fundamentales son los mismos pero reconocidos por el derecho positivo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 como así también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron de una importancia insoslayable para todas las personas, pero sin dudas, su consagración en nuestro país con jerarquía constitucional en 1994 implicó para todos los individuos gozar de derechos fundamentales plenamente operativos dotándose a los mismos de las garantías necesarias para su protección.

Finalmente y como corolario de lo expuesto, podemos decir que nos encontramos ante la posibilidad histórica de plasmar en el texto constitucional todos los derechos que surgieron y lograron reconocimiento a los largo de todo el lapso transcurrido desde la última modificación

de la Ley Suprema provincial, con la necesidad correlativa, desde luego, de instituir los mecanismos de protección y de garantía de su efectivo cumplimiento. Recién entonces tendríamos una constitución adecuada a las condiciones y las exigencias económico-sociales, culturales y jurídicas de nuestra época.

**“El Defensor o Defensora del Pueblo
tiene muchas veces la obligación
de apartarse de la ley para cumplir
y respetar los principios de la Justicia”.**

02_

**“No puede existir una
verdadera democracia
si no existe una institución
que proteja los derechos
de las personas”**

Carlos R. Constenla

Abogado, presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensorías del Pueblo. Fue presidente de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina (Adpra), y Defensor del Pueblo de Vicente López (Buenos Aires).

Quiero expresarles que es para mí un gusto particular estar acá en Santa Fe. Vine muchas veces a hablar del Defensor del Pueblo y guardo el mejor de los recuerdos. Sobre todo del personal de la Defensoría del Pueblo que me ha acompañado, que me ha brindado su apoyo y su amistad, y naturalmente es ése el mejor recuadro como para hablar de esta institución que creo es una de las de mayor significación que ha puesto sobre la mesa el moderno constitucionalismo. Adelanto que será muy saludable que esté en la Constitución de la provincia.

Hay en la Argentina muchas defensorías provinciales. También las hay municipales, y es muy bueno que las defensorías municipales que tienen estatuto de autonomía, estén en la carta municipal porque de lo contrario quedan libradas a la suerte de las mayorías temporarias de las legislaturas locales.

Aquí se presenta una oportunidad interesante porque si bien esta institución es muy nueva –tengan en cuenta que la primera defensoría que hubo en América Latina fue en Guatemala en 1985, es decir hace 33 años-, y es poco el tiempo como para haber podido analizar en profundidad su naturaleza, la novedad que plantean los límites de su competencia, y particularmente su singular nombre: “Defensor del Pueblo”, que incomoda; a veces preocupa, pero que creo es un título adecuado.

Yo no participo de la idea de que el Defensor del Pueblo sea lo mismo que el Ombudsman. Creo que tienen otros recorridos, otras trayectorias, otras funciones, otras responsabilidades, aunque tienen parentesco.

El caso de Santa Fe es propicio porque ya hay toda una experiencia recorrida de 33 años. Les repito que es poca, pero que sí es suficiente como para haber llegado a determinadas conclusiones.

La primera cuestión es que históricamente se ha considerado que el Defensor del Pueblo es un organismo de control. O mejor dicho, la Defensoría del Pueblo, porque tenemos que corregir el lenguaje, en la medida

de lo posible, indiferente a las cuestiones de género. A pesar de que también tengo mis reservas porque la institución creo que debe llamarse Defensor o Defensora del Pueblo ya que es absolutamente unipersonal pues depende de las características y calidades personales de cada cual, no como el Ministerio Público que se adecua a lo que determina la ley, es decir que no puede apartarse de ella.

En cambio, el Defensor o Defensora del Pueblo tiene muchas veces la obligación de apartarse de la ley para cumplir y respetar los principios de la Justicia. Muchas veces, ustedes saben, la ley contradice al mismo Derecho y a la Justicia. Y en estos casos no hay dudas que el Defensor o Defensora del Pueblo tiene que seguir lo que le dice la Justicia y no lo que dice la ley. Como decía el gran jurista uruguayo Eduardo J. Couture: *“Tu deber es luchar por el Derecho; pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia”*.

Nadie puede discutir que si alguien está ocupando un terreno que no es su propiedad no tiene derecho a permanecer en él para siempre. Pero si lo desalojan y tiene una familia y hay chicos o personas mayores de por medio, el Defensor o Defensora del Pueblo tiene que intervenir para tratar de ver que esas personas esa noche no duerman a la intemperie, por más irresponsable que haya sido el papá en no haber acudido a algún otro tipo de protección preventivamente, porque los chicos no tienen la culpa de lo que no haya hecho el padre. Doy un ejemplo así, muy casuísticamente hablando. Esto quiere decir que las competencias del Defensor o Defensora del Pueblo no están determinadas por lo que dice canónicamente la ley sino por lo que dice el derecho que está obviamente por encima de la ley. Por eso es importante lo que dijo el Defensor Lamberto cuando habló de la significación que tenía la incorporación de los tratados en nuestra Constitución Nacional dándole un rango superior. Al Defensor y o Defensora del Pueblo se lo concibió como Ombudsman durante mucho tiempo y casi en estos años, si se quiere extender aún

más el parentesco, hasta 1976, cuando se sancionaron las constituciones ibéricas (Portugal en 1976 y España en 1978). Pero no más allá porque fueron éstas las que le dieron un giro copernicano a la institución, desviándola a un camino diferente al del Ombudsman tradicional.

“El Defensor o Defensora del Pueblo tiene muchas veces la obligación de apartarse de la ley para cumplir y respetar los principios de la Justicia”.

Las defensorías del pueblo no son órganos de control. O los son un poco indirectamente. Pero cabe preguntarse ¿por qué se suele decir que es un órgano de control? Porque originariamente se lo concebía como un delegado del parlamento, sobre todo en los países del norte de Europa. El parlamento elige a un funcionario para que controle a la Administración. Pero hay una diferencia enorme con el Defensor del Pueblo. En primer lugar en el sistema parlamentario del Ombudsman nórdico, me refiero a todo el norte de Europa, a Nueva Zelanda, Israel y Australia, que son los países que adoptaron este perfil; el defensor es un magistrado de confianza del parlamento, es decir, lo elige la mayoría del parlamento y cuando esa mayoría se pierde tiene que renunciar. Pero como los países nórdicos tienen una muy larga y arraigada práctica democrática y como eligen generalmente a un respetabilísimo o una respetabilísima ciudadano o ciudadana para ser el o la Ombudsman nunca se le acepta la renuncia. No parece elegante que se le acepte la renuncia porque un partido le ganó a otro las elecciones. Pero eso pasa en Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia.

No es esa la idea de las defensorías del Pueblo, como bien apuntaba el doctor Lamberto, porque no puede ir en paralelo el mandato temporal de un Defensor y/o Defensora del Pueblo y el del poder político. Por

otra parte, el concepto tradicional del comisionado del parlamento tiene como mandato –como ya dije antes- vigilar por la vigencia y el cumplimiento de la ley. El Defensor o Defensora del Pueblo, según lo que pensamos nosotros, no está instituido en el texto constitucional con ese objetivo. A tal punto que el parlamento que lo nombra puede sancionar una ley, y si al Defensor del Pueblo le parece que es inconstitucional, la constitución lo habilita como para que plantee su inconstitucionalidad y logre que la Justicia derogue una ley que sancionó el propio parlamento que lo nombró a él. Un profesor español sostiene que es una contradicción esquizofrénica, y verdaderamente es así si sacamos a esta institución de su contexto.

La vinculación de las defensorías del pueblo con el parlamento es consecuencia de que es éste el que lo elige. Es una técnica de elección, que yo comparto, porque es la más atendible y la más razonable de las hipótesis que se plantean. Que sea el parlamento el que lo designe es altamente democrático porque exige mayorías calificadas que sustraen la designación del designio político del sector que gobierna. La elección del Defensor del Pueblo es más democrática que la de la mayoría de los gobernantes, porque no refleja un sector de la población, sino a un conjunto mucho más amplio que representa esa mayoría calificada.

De modo entonces que el sistema de elección parlamentario me parece más razonable. No existe en el mundo un sistema por el voto directo, al menos nacionalmente. Ni creo tampoco que en una escala regional. Sí los hay municipales. Curiosamente el país que más apela a la elección popular en los municipios es la Argentina, por ejemplo Corral de Bustos, Villa María, en Posadas, en la ciudad de Corrientes y algunas más. Lo cual no garantiza absolutamente nada, porque como todos los defensores que van a elección popular coinciden temporariamente con la elección general, el grupo político que gana el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, gana la Defensoría del Pueblo. Además una campaña electoral para elegir al defensor, debe ser

por demás deslucida. Imagínense a algún candidato diciendo: “vótenme a mí porque defendiendo los derechos humanos mejor que tal o cual”. Sería algo patético.

El sistema de la elección por el parlamento en forma exclusiva no es el ideal. Se debería involucrar más a la sociedad civil en el proceso de selección.

Cuando se establece en Portugal, en 1974 un régimen democrático, con la llamada “Revolución de los Claveles”, se plantea como novedad la creación de un Ombudsman. El constituyente portugués resuelve encararlo de una manera muy particular: no lo ubica en la parte orgánica de la constitución sino en la parte declarativa. Hace una enumeración en un artículo de cuáles son los derechos que tienen los habitantes de Portugal y en el artículo siguiente dice que la asamblea designará con una mayoría calificada de los dos tercios de sus miembros a un Provedor de Justiça que se va a ocupar de proteger y defender los derechos que esa misma constitución consagra.

Cuando se sanciona en España la constitución para una recuperada democracia, dos años más tarde, en 1978, repite la misma fórmula: se enumeran los derechos de los habitantes y en el artículo siguiente se establece que las cortes elegirán a un Defensor del Pueblo, pero le agrega en el texto constitucional, cosa que no tenía la portuguesa, que la agrega por una ley posterior, que puede plantear el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo. Es decir, le confiere legitimación procesal activa, sin tener que invocar absolutamente más que ser el Defensor o la Defensora del Pueblo. Esto es un cambio fundamental porque el Defensor o la Defensora del Pueblo desde su matriz ibérica, se convierte en un protector de los derechos de las personas y no es un protector solamente en virtud del mérito o valor de su opiniones y de su reconocimiento y prestigio, sino que además, le otorga los instrumentos legales como para poder lograr que se declare la inconstitucionalidad de una ley, de un reglamento o de un acto administrativo. Ya no es sólo una magistratura de opinión; ejerce una

especie de contrapoder que la doctrina conoce como “Poder Negativo”.

El estatuto de Catalunya fue mucho más allá todavía, porque le da al Defensor o Defensora -que se llama Sindic de Greuges- la posibilidad de vetar un proyecto de ley mediante un dictamen vinculante del Consejo Constitucional. Un proyecto de ley en Catalunya enviado por el ejecutivo o presentado por un legislador puede ser paralizado por el Defensor o Defensora del Pueblo, con el respaldo de un Consejo Constitucional.

“El poder obstructivo, el poder de control sobre las posibles extralimitaciones en que pueden incurrir los gobiernos es una constante que viene desde antes de los romanos, de los griegos que tenían los éforos en Esparta y el *Euthinoy* en Atenas”.

El Defensor del Pueblo del Ecuador puede dictar medidas pre cautelares y vetar temporariamente de ese modo actos de la administración.

A esta altura podemos dar cuenta de la gran duda acerca de la raíz de esta institución, al tiempo que revelar una perturbadora pregunta ¿de quién defiende el Defensor del Pueblo?, ¿del gobierno que el pueblo mismo eligió democráticamente? Parecería una contradicción lógica.

Esta vinculación bajo la cual subyacen los ejes del poder en la historia tiene un proceso muy antiguo, que arranca con la institución del Tribuno de la Plebe cinco siglos antes de Cristo. El Tribuno de la Plebe tenía la misión de defender, a un sector de la sociedad, los plebeyos, con un poderosísimo instrumento que era el veto. La

república romana consagra todas las magistraturas que son elegidas por el pueblo en asamblea, pero le da a la plebe la posibilidad de elegir a un Tribuno que la represente para poder paralizar las resoluciones de los magistrados ordinarios de la república. Y no le da ninguna posibilidad de poder positivo del mismo modo de como sucede modernamente con el Defensor o Defensora del Pueblo. Éste como aquél, no puede dictar ni ordenar ni corregir nada, no puede generar derecho; simplemente ejercer algo así como un contrapoder, un poder obstructivo. Como decía Rousseau en *El Contrato Social*, el Tribunado, no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo.

Este planteo está formulado -como adelantamos-, a partir de lo que se llama la teoría del “Poder Negativo”, de fuerte desarrollo en algunas universidades italianas con raíz en el pensamiento de Giuseppe Grosso y luego desarrollada con el mayor rigor científico por Pierangelo Catalano, y que fue recogida por el destacado politólogo francés Pierre Rosanvallon, que lo plantea como una de las infinitas variantes en las cuales las sociedades políticas del mundo han creado un instrumento generado en otra parte o dimensión del sistema democrático.

La democracia se sustenta sobre dos pilares o bases: una es la legitimidad normativa que determina que a los gobiernos los eligen los pueblos. La otra es la desconfianza que siente el mismo pueblo por lo que pueda llegar a hacer (o no hacer) el gobierno que ellos mismos eligieron para que los represente y gobierne. Estos pilares o bases no van necesariamente de la mano. La desconfianza hizo que se crearan institutos u organismos que actuaran como control o para defender los derechos, pero siempre como poder obstructivo, o negativo o contrario al poder político.

Sobre este tema sería muy extenso analizar el silencio que ha guardado el constitucionalismo durante muchísimos años. El primer *Ombudsman* fue creado en Suecia en 1809, con un carácter distinto al nuestro. Es un

funcionario elegido por el parlamento para que controle a la Administración. En esto evidentemente tiene un importante parentesco o relación con el Defensor o Defensora del Pueblo. Aquello ocurría en 1809.

El segundo Ombudsman del mundo se creó en 1919, 110 años después, en Finlandia. Ese país acababa de independizarse de los zares de Rusia. Finlandia recupera su independencia y se hace una república.

El tercero aparece en Dinamarca, pero en 1954. Fijense en el lapso de tiempo en Escandinavia: 1809-1954. Y el cuarto en Nueva Zelanda en 1962. Es, como se ve, un recorrido muy poco representativo y significativo en toda esta evolución. No es porque sean países poco importantes, pero si los comparamos al resto del mundo, parece poco.

La historia del Ombudsman, hasta mediados del siglo pasado, refleja un desinterés total y absoluto por esta figura. Sin embargo, si uno se pone a estudiar lo que significaron las expresiones de la desconfianza institucional, advierte que éste ha sido un tema de debate muy profundo durante la gran Revolución francesa. De esto, lo que hemos estudiado en la universidad y en el campo de la ciencia política se ignora o se lo oculta totalmente; sabemos que de eso no se habla y hasta se llega a desviarnos de saber que la Constitución de Pennsylvania había creado un cuarto poder, copiado por la Constitución de Vermont, que estaba para controlar que todos los demás poderes que no se excedieran en lo que hacían. Y sobre todas las cosas, que no violaran los derechos de las personas.

Hay otros casos, sin ir tan lejos, en la República Argentina. El primer proyecto de Constitución fue en 1811, escrito no se sabe por quién, pero atribuido en solitario por el historiador uruguayo Flavio García, a un tal Felipe Cardozo, nacido en Buenos Aires, que fue un ardoroso participante de la Revolución de Mayo del sector morenista, que después terminó en muy malos términos con algún gobierno y emigró al

Uruguay. Allí se vinculó con Artigas y murió apartado de la política.

Esta constitución que escribe, hipotéticamente, el morenista Felipe Cardozo, era de fortísima inspiración rousseauniana. Prevé la necesidad de que exista un Tribuno en Buenos Aires, que tenía que pedir al Cabildo que convocase en asamblea al pueblo cada seis meses para rendir cuentas y controlar si se habían cumplido con los compromisos contraídos, si se respetaba la ley y el derecho de la población. Y si el Cabildo no lo convocaba, él tenía las facultades de poder hacerlo.

Estas referencias históricas se traen para indicar que la creación de las defensorías del pueblo no fue una idea ingeniosa, aquí ni en ninguna parte, sino que es un proceso evolutivo de enorme significación. El Tribuno de la Plebe en Roma tuvo tanta importancia que cuando se crea el Imperio Romano, la primera magistratura que asumía el emperador era la potestad tribunicia. Se identificaba él como Defensor o Tribuno del Pueblo.

Esto se reflejó posteriormente en la misma Roma cuando se crea el Defensor Civitatis hacia el siglo IV que termina por introducirse en los países de Occidente, especialmente en la península ibérica, y allí mismo, en los cabildos municipales de la España medieval a medida que iba avanzando la Reconquista de los territorios ocupados por los árabes, se crea una figura que se llama el Síndico Procurador, cuya misión era defender los intereses del pueblo frente a las eventuales arbitrariedades que pudiera cometer la autoridad comunal.

Los que estudian más detenidamente el 25 de mayo de 1810 y los episodios de la época, van a encontrar que la mayoría de los pronunciamientos y propuestas hablan del “voto decisivo” del Síndico Procurador que tenían que tener en las resoluciones de una junta de gobierno que se podía llegar a crear.

El Síndico Procurador del Cabildo de Buenos Aires, que

para colmo estaba en contra de un gobierno patrio, era Julián de Leiva, un argentino que nació en Luján y murió en San Isidro y que fue muy maltratado después porque se lo consideró toda la vida un traidor. Casi todos los votos hacen aquella reserva. Y hubo un patriota participante de esa reunión que se llamaba Francisco Planes, primo de Vicente López y Planes, que era muy ardoroso, que pregunta “¿quién es el síndico procurador para oponerse a la institución del virrey?” Entonces alguien le contesta a Francisco Planes que al Síndico Procurador había que escucharlo porque era la persona, el funcionario, que tenía la responsabilidad de representar y defender al pueblo frente a las eventuales arbitrariedades que pudiera cometer el gobierno.

“La legitimidad del poder no es suficiente para acreditar como democrática a una sociedad. Para ello es necesario superar el obstáculo que plantea la desconfianza al poder constituido. Y eso únicamente se puede hacer de otros modos igualmente legales y constitucionales: desde un tribunal de censura y las defensorías del pueblo a una movilización popular o una huelga”.

Con esto quiero decir que el tema de las defensorías del pueblo es más complejo y con mayores arraigos de lo que puede parecer. El poder obstructivo, el poder de control sobre las posibles extralimitaciones en que pueden incurrir los gobiernos es una constante que viene desde antes de los romanos, de los griegos que tenían los *éforos* en Esparta y el *Euthinoy* en Atenas.

Fíjense que se llega en Atenas al extremo de elegir por sorteo a los gobernantes y por elección popular al funcionario que los controlaba. Es decir, que esa base que plantea Rosanvallon con respecto a lo que significa el poder positivo de los gobiernos que se sostiene en su legitimidad de origen, tiene una paralela sustentación democrática en la expresión de la desconfianza del pueblo.

Y es ahí donde encontramos, entre otros elementos a la huelga (y aquí es muy ilustrativo leer el debate de la Constitución italiana en el año 1948), cuando el gran procesalista Francesco Carnelutti impugna el derecho de huelga diciendo que eso no tiene nada de jurídico. Dice “¿cómo es posible que haya jurídicamente una huelga?”, y para colmo se estaba discutiendo si la huelga podía ser además de económica, política. Y Carnelutti dice “es un disparate. Si una ley la sanciona el Parlamento que es la representación del pueblo, ¿cómo es posible que haya un derecho de oponerse a ella?” Y le contestan que eso era el “poder negativo” del pueblo, que se expresaba, como había sucedido en Roma, directa o indirectamente. Si directa a través de la huelga; si indirecta, por intermedio del Tribuno de la Plebe. Al fin y al cabo el Tribunado se instituyó después de un movimiento de características claramente huelguistas como fue la secesión al Monte Sacro.

Este debate está señalando que la legitimidad del poder no es suficiente para acreditar como democrática a una sociedad. Para ello es necesario superar el obstáculo que plantea la desconfianza al poder constituido. Y eso únicamente se puede hacer de otros modos igualmente legales y constitucionales: desde un tribunal de censura y las defensorías del pueblo a una movilización popular o una huelga.

En América Latina, esta institución se consagró por primera vez en Guatemala en 1985, con un fuerte condicionante externo como consecuencia de las atrocidades que se habían cometido por las dictaduras en ese país. Los países europeos influyeron muy

notoriamente para encontrar la paz y uno de los puntos que se plantearon, era la necesidad de crear una Defensoría del Pueblo.

La segunda institución análoga se establece en El Salvador, en 1991, y esto es todavía más significativo porque se incluye la creación del Procurador de los Derechos Humanos (que es el Defensor del Pueblo en El Salvador), en las cláusulas del Pacto de Paz.

En México la institución tiene un recorrido particular, que se produce a través de la Defensoría de los Derechos Universitarios, y de ahí saltó a las comisiones de derechos humanos de los diferentes estados, y al Estado federal que es la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

“La democracia es el mejor sistema, pero no hay sistema democrático en el mundo que haya dejado satisfecho a todos, ni siquiera a la mayoría”.

Paralelamente, el Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO) creado en 1983 para promover la creación de estas figuras en América Latina, influyó para crearlas en Costa Rica, Panamá, y prácticamente todos los países sudamericanos, con excepción de Chile que no tiene Defensor del Pueblo. Es más: Chile no tiene una institución nacional de derechos humanos que cumpla con los llamados “Principios de París”.

Brasil tampoco tiene Defensor del Pueblo. En la reforma de la Constitución del año 1988 prevaleció la postura del ministerio público, que se opuso a la creación de las defensorías del pueblo y se creó así una subprocuraduría de defensa de los derechos de los ciudadanos que tiene muchas similitudes con el Defensor del Pueblo. Puede

ejercer la acción de clase, la protección de los intereses difusos, tiene independencia del poder político, pero es un cargo de carrera dentro del ministerio público. No tiene la responsabilidad política que tienen los sistemas donde se los elige a través del parlamento, y además lo hace un magistrado de la ley. No puede apartarse de la ley. Puede plantear la inconstitucionalidad de ley, pero no puede intervenir cuando la ley no lo habilita, cosa que sí puede hacer el Defensor del Pueblo.

La democracia es el mejor sistema, pero no hay sistema democrático en el mundo que haya dejado satisfecho a todos, ni siquiera a la mayoría. Un gobierno democrático siempre comienza con una gran expectativa favorable, pero de a poco y lentamente se deteriora, encuentra dificultades, y las frustraciones comienzan a percibirse. En Francia se llama “estado de gracia” al período durante el cual el gobierno goza de credibilidad y confianza de los electores.

Esto revela claramente que el sistema político necesita encontrar una forma de expresar, con una vocación participativa, un instrumento de defensa de los derechos. No es solo la cuestión de defender el derecho de una persona, sino el de incidir en las políticas públicas, que es el otro aspecto que hay que tener en cuenta al momento de establecer la institución.

No se trata siempre de apagar incendios, se trata más bien de prevenirlos. ¿Y cómo se lo puede prevenir? A partir de su inserción en la elaboración de políticas públicas, por un lado, y por otro controlando el cumplimiento de esas políticas públicas. Este mecanismo de incidencia y contralor de las políticas públicas, yo, en mis 11 años de mandato como Defensor del Pueblo, nunca lo pude articular. Por esa razón quedé insatisfecho con el cumplimiento de mis funciones, porque sabiendo la preeminencia de la prevención, no tuve la capacidad de poder sortear el círculo que me planteaba la satisfacción inmediata de las demandas cotidianas que demandaba la población. Nunca pude superar de salir de lograr que le entreguen el medicamento a quien le habían suspendido

el tratamiento; nunca pude superar el hecho de pelear el tema de una tarifa, o de proteger a una persona a que le estaba afectando el desarrollo industrial que le estaban haciendo al lado de la casa y que lo mataban de angustia. Nunca pude ir más allá de grado de inmediatez.

“El sistema político necesita encontrar una forma de expresar, con una vocación participativa, un instrumento de defensa de los derechos. No es solo la cuestión de defender el derecho de una persona, sino el de incidir en las políticas públicas, que es el otro aspecto que hay que tener en cuenta al momento de establecer la institución”.

Pero lo importante es poder desarrollar esa estrategia preventiva, porque los defensores y defensoras del pueblo tienen una sensibilidad y un contacto con la sociedad muy grande, directo e informal. Y eso facilita el mejor conocimiento de los problemas y perfila mucho más agudamente el contralor.

Todo esto me convence de que no puede existir un verdadero sistema democrático si no existe una institución que proteja los derechos de las personas del modo en que lo puede hacer una Defensoría del Pueblo, porque las razones del poder, por democrático que sea por la legitimidad de su elección y por su disciplina a las normativas constitucionales y legales, muchas veces difieren de las razones del pueblo individual y colectivamente hablando.

El Defensor del Pueblo socorre las angustias. Como decía un Ombudsman africano, “nunca pude matar ningún

león, pero maté muchísimas moscas”. En realidad, el Defensor o Defensora del pueblo se justifica a partir de tres condiciones: la primera, ponerle oído a quien o quienes tienen un problema. La mitad del camino ya está recorrido escuchando a alguien al que nadie escucha. La segunda, es orientar y ayudar a resolver ese problema. Si alguien va a la Defensoría del Pueblo y dice: “tengo este problema ¿cómo lo puedo solucionar?”, y le responden: “ah no, señora o señor, discúlpeme pero no soy competente”. Bueno, este defensor o defensora no cumple con su deber. Si él no es competente, tiene que tomar el tema y ayudar a resolverlo así actuando como gestor del apelante. Y el tercer aspecto, es que la primera forma de participación que tiene la sociedad se conduce a través de la Defensoría del Pueblo, porque la queja de una persona, puede determinar la sanción o la corrección de una norma que pueda perjudicar o afectar a una persona o a un colectivo.

Cicerón decía que sin Tribunado no hay República. Es muy interesante lo que dijo gran orador romano en el Tratado de las Leyes, donde relata un imaginario debate que tiene con su hermano.

Cicerón era una expresión de la oligarquía romana. Estaba en contra del Tribuno de la Plebe, porque afectaba a sus intereses. Y el hermano, que además de ser un aristócrata o un oligarca, era bastante duro de cabeza, según se desprende de las palabras de Cicerón, quería proponer que se eliminara esa institución porque obstruía el desarrollo de la grandeza de Roma. Y entonces Cicerón le hace notar que una vez que Roma asumió la forma de una república, no podía dejar de existir alguien que se ocupara de la defensa de los que eran más débiles, por más que compartía su opinión negativa sobre el Tribuno de la Plebe que defendía a la chusma.

Y esta es nuestra profunda convicción. Si no existe esta institución, no se cierra el círculo de la democracia, porque no se da cabida ni contenido a la desconfianza que los pueblos tienen hacia el poder. Para superar esas contradicciones, los gobiernos apelan muchas veces a

la descalificación antes que a las razones del derecho.

Los desafíos que plantean la democracia y la insatisfacción de los derechos de la sociedad pasa por garantizar institucionalmente el ejercicio de los factores de la desconfianza hacia el poder político. Esto, a esta altura de los tiempos no puede desmentirlo nadie, porque si hay una institución o un sistema que ha caído en la falta de credibilidad, es el sistema político representativo.

“No puede existir un verdadero sistema democrático si no existe una institución que proteja los derechos de las personas del modo en que lo puede hacer una Defensoría del Pueblo, porque las razones del poder, por democrático que sea por la legitimidad de su elección y por su disciplina a las normativas constitucionales y legales, muchas veces difieren de las razones del pueblo individual y colectivamente hablando”.

Las defensorías no están para reemplazar a ninguna institución política, muy por el contrario están para robustecerlas y afirmarlas a partir de la defensa de los derechos humanos, manteniendo en alto la confianza en el sistema republicano.

“Es importante lograr un flujo de comunicación entre las defensorías de todo el país sobre los temas de la agenda en materia de protección de derechos”.

03_

Las defensorías del Pueblo de Argentina en relación con su consagración jurídica constitucional

María Soledad Manín

Abogada en la Defensoría del Pueblo de la Nación, subdirectora de la revista jurídica En Letra, docente de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y especialista en Derecho Administrativo.

Mi relación con el tema acerca del cual conversaremos hoy es que trabajo en la Defensoría del Pueblo de la Nación desde 2006 y en el Área de Servicios Públicos desde 2009. Allí se generó la vocación y el profundo interés que me despierta la Defensoría del Pueblo como objeto de estudio. Por este motivo, me dediqué a investigar el tema, y lo he vinculado con diferentes aspectos del derecho público en general y el derecho administrativo en particular, que es el área jurídica en la que me especializo. He dictado diferentes conferencias y tengo varios artículos publicados al respecto, y sigo estudiando todos los días, de la mano de maestros como el Dr. Constenla aquí presente.

La idea de esta parte de la charla es, en primer lugar, analizar la situación de las provincias argentinas, determinar si tienen o no Defensoría del Pueblo a nivel provincial y municipal. Respecto de cada institución provincial, analizar cómo está regulada, si está incorporada en la Constitución o en una ley y cuáles son los elementos comunes que podemos sistematizar y analizar, con vistas a la futura incorporación de la Defensoría del Pueblo en la Constitución de la provincia de Santa Fe.

Al momento de proponer un texto, sería importante tener en cuenta el análisis que hizo Carlos¹⁸ respecto de los rasgos que tienen las defensorías en otros países y también los antecedentes a nivel nacional. ¿Cuáles son los elementos que sería deseable incorporar, y cuáles no, a la luz de la experiencia recogida a nivel provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? En este sentido, procuraremos realizar una serie de reflexiones que permitan lograr el mejor texto posible.

La idea es comenzar hablando de las provincias, de las diferentes características que tienen hoy por hoy las defensorías del Pueblo en los textos vigentes de las constituciones que las incorporan.

Las provincias que tienen defensorías del Pueblo incorporadas en la Constitución son: Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Corrientes, Formosa, Río Negro, San

Juan, Santiago del Estero y Tucumán. En todas estas provincias el Defensor está incorporado en el texto constitucional y también en la Nación. Hay, además, tres provincias donde el Defensor del Pueblo está incorporado en la Constitución pero el puesto se encuentra vacante. Se trata de Entre Ríos, Neuquén y San Luis. No obstante, existe una defensoría municipal en Paraná, y también en las ciudades de Zapala, Bariloche, San Martín de Los Andes, Centenario y Neuquén.

Las provincias que tienen Defensor del Pueblo por ley son Chubut, Jujuy y Santa Fe. Las que no tienen defensor son Tierra del Fuego, Santa Cruz, La Pampa, Mendoza, Catamarca, La Rioja -aunque hay defensor municipal en Chilecito-, Misiones -que tiene esta institución en Posadas-, y Salta -que tiene en la ciudad de Salta un Defensor del Pueblo municipal y también en San José de Los Cerrillos.

“Las provincias que tienen defensorías del Pueblo incorporadas en la Constitución son: Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Corrientes, Formosa, Río Negro, San Juan, Santiago del Estero y Tucumán”.

Las provincias que tienen defensorías tanto provincial como municipal son la provincia de Córdoba, que tiene defensorías municipales en Corral de Bustos, Villa María, Río Cuarto, Cosquín y Villanueva; Corrientes, en la ciudad de Corrientes, Virasoro, Ituzaingó y Goya; Santiago del Estero, además del provincial, tiene defensoría en Santiago del Estero, La Banda y Frías. Por su parte, dentro de la provincia de Buenos Aires hay defensores en La Matanza, Quilmes, General Pueyrredón, Avellaneda, Escobar, Pilar, Lanús y La Plata.

Por más que nos parezca una institución peculiar o joven, al enumerar las defensorías que hoy funcionan,

nos damos cuenta de que conforman una red muy importante. Por otra parte, es interesante detenernos a analizar la relación que tienen las defensorías entre sí.

No existe relación jerárquica entre las defensorías municipales, provinciales y la nacional; se trata de una relación de coordinación y cooperación. Esos lazos interinstitucionales se plasman además en algunos organismos como la Asociación de Defensores del Pueblo de la Argentina (Adpra).

“Las provincias que tienen Defensor del Pueblo por ley son Chubut, Jujuy y Santa Fe”.

La relación de coordinación también se ve reflejada en el mecanismo de derivación contemplado en las leyes que crean las defensorías del Pueblo; la posibilidad de derivar a otras defensorías u organismos los trámites en función de la jurisdicción o las competencias que se dirimen en un determinado reclamo y, de esta manera, poder brindar una respuesta concreta al ciudadano y evitarle el tener que iniciar nuevamente el trámite en otra dependencia.

Es importante lograr un flujo de comunicación entre las defensorías de todo el país sobre los temas de la agenda en materia de protección de derechos. Hay temas, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, que pueden ser tratados por la Defensoría de Nación o de la ciudad, como puede ser las quejas contra las empresas distribuidoras de energía eléctrica, EDESUR o EDENOR. Por ello la importancia de estar informados sobre las diferentes acciones que se emprenden en las diferentes jurisdicciones del país y actuar coordinadamente.

Con el fin de sistematizar los datos y analizarlos, he tomado los textos constitucionales de las provincias que tienen Defensor del Pueblo por Constitución y

que están actualmente en funcionamiento, incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A partir del estudio de este material, he detectado ciertos elementos que en mayor o menor medida se reiteran en los textos constitucionales, que enumero y que describo a continuación:

MISIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. Todos los artículos constitucionales analizados se refieren a cuál es la misión del Defensor del Pueblo. Una gran mayoría de las constituciones habla de la defensa y protección de los derechos humanos. La mayoría usa esta expresión (defensa y protección) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia de Tucumán, además de ello incorporan la promoción. Es decir, expresamente, hablan de promover derechos humanos, instalar una agenda en materia de derechos humanos, que es una misión muy importante de las defensorías del Pueblo. Es interesante tener en cuenta que hay dos constituciones que dicen expresamente “defensa, promoción y protección de los derechos humanos”.

DERECHOS COMPENDIDOS EN SU MISIÓN. Al referirse a esto, una minoría de textos menciona la defensa de derechos individuales. La mayoría de las constituciones hablan de derechos colectivos o de incidencia colectiva o derechos difusos. En otros casos, indican los cuerpos normativos de donde emanarían estos derechos: la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, las leyes provinciales, entre otros.

A modo enunciativo, podríamos señalar que en caso de querer realizar una mención a estas normas, no cabría omitir la Constitución Nacional, los tratados internacionales de Derechos Humanos, las constituciones provinciales, otras leyes, etc. Sin embargo, lo ideal sería lograr una fórmula lo más amplia posible respecto de derechos e intereses, intereses colectivos, derechos humanos y otros derechos.

Es importante tener en cuenta el léxico que se utiliza para no limitar el ámbito de competencia de la defensoría

o hacerlo lo menos posible ya que el derrotero jurisprudencial ha demostrado que muchas veces se ha denegado o restringido legitimación o competencias a la defensoría accionante en función de que los textos constitucionales no son lo suficientemente amplios.

AUTONOMÍA. Se usan diferentes fórmulas para hablar de esto; por ejemplo, decir que el Defensor del Pueblo no recibe instrucciones de ninguna autoridad, que es una institución independiente, que posee autarquía financiera.

Cuando nos referimos a la relación que tiene un ente público respecto de los demás, cabe hablar de autarquía o autonomía. El mayor grado de libertad se refleja en el término “autonomía”. Ello queda demostrado al analizar la Constitución Nacional; cuando el constituyente ha querido dar un mayor grado de libertad ha calificado a ciertos entes de autónomos; por ejemplo, las universidades nacionales, defensorías del Pueblo o la Auditoría General de la Nación.

De todos modos, la mención expresa a la autarquía financiera, parece tener la intención de dejar sentada la necesidad de establecer una partida presupuestaria propia.

UBICACIÓN INSTITUCIONAL DE LAS DEFENSORÍAS. Algunos textos expresan que la defensoría se encuentra ubicada en el ámbito del Poder Legislativo.

En algunas provincias se menciona a la Defensoría del Pueblo dentro del capítulo de las atribuciones del Congreso o de la Legislatura: “Corresponde al Congreso dictar una ley de la Defensoría del Pueblo”. Esto nos plantea un interrogante: ¿Es necesario puntualizar en la órbita de qué poder del Estado está ubicada la defensoría? En realidad, el tema trascendental es saber quién tiene la facultad de designar y de remover al Defensor y de donde salen las partidas presupuestarias para financiar la existencia y funcionamiento de la institución.

“Es importante lograr un flujo de comunicación entre las defensorías de todo el país sobre los temas de la agenda en materia de protección de derechos”.

DESIGNACIÓN. En la mayoría de las constituciones provinciales, los defensores son designados por la Legislatura o por las cámaras del Congreso provincial; y las mayorías requeridas, generalmente, son agravadas, dos tercios de los miembros presentes; en algunos casos, se requiere mayoría absoluta, como Tucumán y Santiago del Estero. La Constitución de Formosa establece que la designación del Defensor del Pueblo se efectuará por el mismo procedimiento que para los miembros del Superior Tribunal de Justicia.

Las mayorías agravadas tienen su justificación, aunque esto no las exime de presentar algunos inconvenientes. Lo podemos ver en el caso de la Defensoría del Pueblo de la Nación que está sin titular hace muchos años, desde 2009. Todos los legisladores encargados de elegir al candidato que han sido consultados al respecto, manifiestan que conseguir los votos de los dos tercios de los diputados y senadores es muy difícil. Y realmente es así. ¿Por qué los convencionales han decidido establecer mayorías agravadas? Para lograr un consenso amplio que incluya diferentes fuerzas políticas que permita dotar al defensor del mayor grado de autonomía posible. Es decir, lograr que tenga un respaldo político tan importante que se pueda dar el lujo de “sentar posiciones fuertes” por más que no sean convenientes o simpáticas al gobierno de turno. En eso radica la lógica de los dos tercios, que se puede transformar en un obstáculo porque es mucho el consenso que se necesita para lograr esa cantidad de votos y se cae en el riesgo de quedar indefinidamente sin titular, si no se utiliza una fórmula que prevea diferentes mecanismos para cubrir el cargo en caso de vacancia.

ÓRGANOS BAJO LA COMPETENCIA. Generalmente, los artículos hacen una mención a que el Defensor del Pueblo interviene ante hechos, omisiones, irregularidades, ejercicios abusivos, defectuoso de las funciones de las administraciones provinciales y los prestatarios de servicios públicos.

Hay un caso, el de la Constitución de Tucumán, que atribuye a la Defensoría del Pueblo provincial competencia sobre las autoridades municipales, lo cual podría generar objeción de los municipios por entrometerse en su esfera propia.

DURACIÓN DEL MANDATO. El período común es de 5 años. Hay un solo caso de 4 años de mandato, el de Santiago del Estero. Generalmente se indica si es posible reelegir al Defensor o Defensora, y el mecanismo para removerlo.

Algunos textos constitucionales especifican que éste puede ser reelecto una sola vez. En este caso se debe puntualizar bien, si la limitación es a cumplir mandatos consecutivos, o si solo puede ser reelecto una vez.

MECANISMO PARA LA REMOCIÓN. La mayoría de los casos que lo menciona se hace alusión al sistema de juicio político. La Constitución de Santiago del Estero establece su designación por mayoría absoluta y su remoción por los dos tercios de los votos.

REGLAMENTACIÓN. En casi todos los textos se indica que determinados detalles van a ser reglamentados por una ley especial, en particular lo relacionado a la organización y funcionamiento, porque todas las defensorías tienen leyes que regulan el funcionamiento de la institución. En algunos casos éstas son anteriores a la incorporación de la figura al texto constitucional, por lo que se debe procurar una armonización de todos los textos o, al menos, que los textos posteriores sean más amplios y protectorios o complementarios, nunca más restrictivos. Asimismo, si bien no es deseable un texto constitucional demasiado extenso, tampoco resulta

conveniente dejar demasiados elementos sujetos a reglamentación, máxime aquellos que se consideren esenciales para respetar el espíritu que se quiere dar a la institución y permitir su pleno funcionamiento.

REQUISITOS PARA SER DEFENSOR DEL PUEBLO. Por lo general, los requisitos, inmunidades, incompatibilidades son similares a los necesarios para ser legislador.

La propuesta que se eleva para la incorporación al proyecto de reforma de la Constitución de Santa Fe se refiere a la idoneidad del candidato; lo cual es un concepto interesante, que no está desarrollado en ninguna constitución provincial. Por lo general, se hace referencia a cuestiones objetivas, como ser argentino, mayor de 30 años. Si bien hay algún procedimiento para la elección del Defensor o Defensora que tiene en cuenta la idoneidad, como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no es algo que esté determinado en el texto constitucional. Entiendo que perfectamente podría ser incorporado y sería interesante que así fuera.

La Constitución de Santiago del Estero establece que el Defensor tiene prohibida la política partidaria mientras dura el ejercicio de su función, en otros casos la prohibición es por ley.

FACULTADES DEL DEFENSOR. Es deseable incorporar las más trascendentes, como la legitimación procesal y la de iniciativa legislativa, y luego ampliarlas por ley. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires es la única que reconoce expresamente la iniciativa legislativa y prevé la posibilidad de requerir información a todos los organismos de los tres niveles: provincial, municipal y nacional, a los fines de poder desempeñar mejor sus funciones.

CARÁCTER UNIPERSONAL DE LA DEFENSORÍA. Algunos textos lo indican expresamente y otros no; en algunos -no en todos-, se establece que está asistido por adjuntos y fija el número de adjuntos a designar

o bien utiliza una fórmula para que su número y especialidad pueda determinarse por ley. En los casos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Tucumán se establece que la cantidad de adjuntos necesarios serán dispuestos por ley, lo cual es interesante porque las leyes permiten una mayor flexibilidad y posibilidades de adecuación de los campos de intervención de los adjuntos, que suelen variar en función de la agenda pública en materia de protección de derechos. Esto funcionaría en forma similar a la ley de ministerios que se reforma para responder a las necesidades de un modelo político o económico, creando, o disolviendo ministerios.

Otro dato de interés es que en la defensoría nacional se necesita cumplir más requisitos para ser adjunto que para ser defensor; porque el adjunto, tiene que ser abogado con 8 años de profesión o docencia universitaria y en el caso del defensor no hace falta ser abogado; simplemente ser mayor de 30 años y argentino.

EXIMICIÓN DE GASTOS PROCESALES. Se refiere a ello la Constitución de Tucumán que establece una exención de pago de impuestos y depósitos para las acciones que interponga el Defensor del Pueblo. En la ciudad de Buenos Aires está eximido de las costas procesales, si bien esto se determina en la Ley N° 3 de la ciudad y no en la Constitución. Esto es muy interesante porque estos gastos pueden tener un impacto muy importante en los presupuestos de muchas defensorías, e interferir con la decisión de iniciar una acción judicial.

PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Unas pocas constituciones mencionan el informalismo, la gratuidad, la celeridad. Los procedimientos que se desarrollan para la defensa de derechos en las defensorías son, en su gran mayoría, no judiciales. Se pueden asimilar al procedimiento administrativo, pero técnicamente no conviene decir administrativo porque la defensoría no está en la órbita del Poder Ejecutivo, no es parte de la Administración

Pública Nacional. No obstante ello, la mayoría de los procedimientos que se desarrollan en la defensoría están regulados en sus propias leyes y, supletoriamente, en la Ley de Procedimientos Administrativos. Por lo que la mención en el texto constitucional de tales principios no parece necesaria.

A continuación analizaremos otras cuestiones que también surgen del análisis de los textos constitucionales y que me dispararon algunas reflexiones:

TÉRMINOS UTILIZADOS PARA NOMBRAR A LA INSTITUCIÓN Y/O AL FUNCIONARIO. La utilización del término Defensor para referirse a la institución y no al hombre o mujer que ocupa el cargo puede ser criticable. La Defensoría de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires habla de Defensoría del Pueblo cuando se refiere la institución y cuando se refiere al cargo, dice el cargo será ocupado por un Defensor o una Defensora, mencionando expresamente los dos géneros, para ser más inclusivo.

INSERCIÓN DEL/LOS ARTÍCULOS QUE REGULAN A LA DEFENSORÍA DENTRO DEL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN. Algunas constituciones incorporan la facultad de reglamentar la Defensoría del Pueblo dentro de las atribuciones del Poder Legislativo (Chaco y San Juan). Esto deja muy pocos rasgos de la defensoría incorporados en la Constitución y una gran porción sujeta a la reglamentación posterior, lo que no parece aconsejable.

En algunos casos se incorpora en capítulos donde se regulan otros organismos con los que se encontraría emparentada (Ríos Negro y Córdoba). Por su parte, la provincia de Buenos Aires la introduce en la sección de derechos y garantías.

La mayoría de los textos, le dedica un capítulo propio (CABA, Formosa, Corrientes, Santiago del Estero, Tucumán); es lo mismo que ocurre en la Constitución Nacional y parecería lo más deseable.

“Me preocupa un sinnúmero de personas que la desigualdad social las deja sin voz. Y no las deja solo sin la materialidad de su voz, sino que las dejan con impotencia, con una falta de confianza tal que no reclaman”.

04_

“¿De qué hablamos cuando hablamos de afianzar la Justicia?”

Alejandro Nató

Abogado, mediador, docente y ex Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Me es grato en esta oportunidad darle un agradecimiento enorme por la invitación y por la confianza, tanto al Defensor del Pueblo, Raúl Lamberto, como a todo el equipo de la Defensoría del Pueblo de Santa Fe.

Festejo que la Defensoría del Pueblo de Santa Fe tome como tema para llevar a una propuesta constitucional a este instituto de métodos apropiados y adecuados, no adversariales, para la gestión constructiva de conflictos, ya sea mediación, facilitación, negociación, procesos colaborativos, de planificación cooperativa o de construcción de consensos. Pero por sobre todas las cosas concebido desde un enfoque dialógico y con un objetivo de pacificación social.

Ayer me pasaron algunas cosas que las quiero comentar. Una de ellas es que, en la ciudad de Buenos Aires, no sólo hubo una medida de fuerza sino que ha sido un caos¹⁹. Un caos total. La gente deambulando por las calles, un paro por tiempo indeterminado decretado por los metrodelegados, una medida de fuerza llevada adelante, como así también una discusión en medio de la cuestión de si un gremio tenía o no personería jurídica. Y la verdad es que la discusión va mucho más allá y a mí me invitaron en muchos medios de comunicación a hablar de este conflicto. Quiero compartir con ustedes mi lectura sobre esta temática porque tiene que ver con la cuestión de los derechos ciudadanos y los métodos de pacificación.

Debemos decir que esta situación no es ajena a lo que acontece generalmente, como práctica de una inercia en la cual el Estado toma partido de la conflictividad cuando la conflictividad llega a un estadio de crisis.

El conflicto en este sector laboral, llevado adelante por un sistema de organización de facto, viene de un tiempo atrás con medidas de fuerza que venían realizando por el grado de legitimidad que tienen con los trabajadores, y además con un grado de ascendencia enorme que tienen con los trabajadores de subterráneos. Y cuando digo enorme es porque,

por más que tenga una colisión de visiones con el gremio al cual estructuralmente y legalmente deberían adscribir por un fallo de la Corte Suprema de Justicia, la realidad es que ellos vienen materializando medidas de fuerza. Claro que cuando una de esas medidas de fuerza tienen que ver con el ejercicio de ese poder negativo (al cual hacía alusión Carlos Constenla en su exposición reciente), y que es disruptivo porque representa una discontinuidad o una ruptura, a partir de allí vienen las tipificaciones y emerge todo el andamiaje judicial.

“Hay una visión del aparato judicial, y hay una acción del aparato judicial que, de modo habitual, está al servicio del sistema de poder. Hay una cultura de la Justicia, que generalmente está al servicio del sistema de poder, y esto es lo preocupante”.

Esto es exactamente lo mismo que cuando un chico pequeño, de 6 años, deja de ir a la escuela y empieza a ir a las calles y se ocupa de abrir las puertas de los taxis e inhala pegamentos. Y después algún día se le ocurre cometer algún delito. Ahí aparece el Estado, cuando tiene 11 años, que lo ve cometiendo un delito y lo institucionaliza. Ese es el mismo Estado que no estuvo presente al momento de no asistir a la escuela. Acá dejan andar, teóricamente, cuadros de ilegalidad pero nunca se ocupan de tener un rol protagónico como Estado en cuanto a la posibilidad de tomar los conflictos en un sistema de alerta temprana. Es decir, de tomar los conflictos en una etapa de latencia, cuando los conflictos son conflictos o plantean sus primeros síntomas, donde los actores manifiestan a través de estos acontecimientos su malestar.

Claro, recién aparece el andamiaje judicial con un enfoque que lleva al “punitivismo” de estas cuestiones jurídicas. Y lo cierto es que esta visión es absolutamente sesgada porque deja afuera otros derechos, pero deja afuera también un sinnúmero de acciones que podrían haber hecho antes, tanto una empresa como también el rol del Estado. Entonces aquí, cuando los delitos denotan cosas y nadie hace nada nos deberíamos preguntar qué es lo que pasa que nadie hace lo que, en verdad, tendría que hacer, y recién se ocupan de los conflictos cuando los conflictos estallan con visibilidad de la acción colectiva.

Esto no sería tan preocupante si el rol del Estado no fuera éste que típicamente acontece en la región que habitamos, que es considerar fuerzas regulares a las fuerzas de seguridad. Y dejan de lado a las fuerzas regulares que te acompañaron para llegar al poder o que tienen la participación ciudadana, que es el activo social que ejerce ese poder negativo, y lo caracterizan como fuerzas irregulares.

Carlos²⁰ se fue a un profesor español para hablar de esquizofrenia. Yo me quedo acá para hablar de esquizofrenia estatal. Ésta es la esquizofrenia estatal: que el Estado cuando ejerce el gobierno en el poder se sostiene con las fuerzas de seguridad en nombre de un orden preestablecido que teóricamente lo enmarca dentro de lo jurídicamente establecido en el cual solo se mira una parte de la ley, y toda la otra parte de la ley no se tiene en cuenta. Esto es: derecho de reunión, libertad de expresión, derecho de peticionar a las autoridades, principio de legalidad, etc.

Estoy hablando de cuestiones constitucionales. Porque, en verdad, todo esto que estoy diciendo proviene de los tratados internacionales que contemplan derechos humanos que tienen tanto rango normativo en la pirámide jurídica de Kelsen²¹ como la Constitución Nacional. Así también, hay una visión del aparato judicial, y hay una acción del aparato judicial que, de modo habitual, está al servicio del

sistema de poder. Hay una cultura de la justicia, que generalmente está al servicio del sistema de poder, y esto es lo preocupante.

Ayer al atardecer, luego de ir a una radio, fui a mi clase de portugués y me encontré con un compañero que contó todas las peripecias que tuvo que hacer para poder conseguir hacer un reclamo ante el Servicio del Derecho del Consumidor. Dijo que se anotó en un curso de peluquero, y que de veinticuatro clases que le iban a dar, le dieron solo dos presenciales y le entregaron un compact. Le hicieron saber que las otras veintidós clases están en el cd y le cobraron de antemano \$7.000. Comentó que eran veintidós alumnos, y que en lo particular se sintió defraudado luego de hacer muchos reclamos para que le devolvieran lo abonado porque eso no era lo pautado en el contrato con el cual él había iniciado este curso con quienes lo ofertaron. Le pidió a los demás compañeros que le acompañaran en este reclamo y ninguno lo quiso acompañar diciéndole “para qué, esto es así, no vamos a conseguir nada”.

“Me preocupa un sinnúmero de personas que la desigualdad social las deja sin voz. Y no las deja sólo sin la materialidad de su voz, sino que las dejan con una impotencia tal, con una falta de confianza tal que no reclaman”.

Y claro, él después personalmente me comentó a la salida del curso que había hecho infructuosos intentos para poder ir al Poder Judicial debido a que es una persona que tiene escasos recursos y que no encontró cómo entrarle al sistema de justicia ya que no había llegado -en su momento- a un acuerdo en el ámbito del consumidor de la ciudad de Buenos Aires. Entonces me dijo: “¿No sabés cómo puedo hacer?” Además me

contó que se había levantado dos veces a las 6 de la mañana para ir al Servicio Jurídico gratuito, que está en el octavo piso del Palacio de Justicia y que más allá de hacer durante dos mañanas una larga fila para poder tener la posibilidad de obtener justicia no le asignaron aun un abogado para este cometido.

Pero a mí no me preocupa tanto lo que le pasa a él porque accederá seguramente a la justicia de algún modo. Seguramente esto acontecerá porque su férrea voluntad de seguir hacia adelante así lo demuestra y además le he sugerido que vaya a ver a una colega y amiga que sin duda lo va a orientar y ayudar en ese objetivo.

“¿De qué hablamos cuando hablamos de afianzar la Justicia? Seguramente hablamos de la justicia que posiblemente esté en función de un criterio judicial donde prevalecen más algunas cuestiones que le interesan al sistema, que por su capacidad tiene más facilidad de movilizar el andamiaje judicial”.

A mí verdaderamente me preocupan los otros que no reclaman. Me preocupa un sinnúmero de personas que la desigualdad social las deja sin voz. Y no las deja sólo sin la materialidad de su voz, sino que las dejan con una impotencia tal, con una falta de confianza tal que no reclaman. Ahora, no reclamar no quiere decir que no hacen funcionar el andamiaje del aparato judicial. No reclaman quiere decir que se quedan quietos y, para peor, enmudecidos.

Constenla hablaba de Rosanvallon²² y yo lo voy a traer a este autor para algo que viene al caso, y que es su

planteo en cuanto a que “nunca se habló tanto de desigualdad como en esta etapa histórica, pero nunca se hizo tan poco para poder erradicar la desigualdad en esta etapa histórica”.

América Latina tiene 187 millones de pobres. Tiene un 10 por ciento de la población que, al mismo tiempo, tiene el 68 por ciento de todos los recursos de América Latina. Los negocios crecen exponencialmente y los excluidos también. Ahora, los negocios se perfeccionan en este sistema de desigualdad y a los excluidos se los observa de modo cuantitativo, o en su caso, ellos mismos elaboran sus prácticas al calor de esa subjetivación negativa que genera el hecho de la exclusión social.

Ahora, cuando aquellos que tienen impotencia desde lo que puede ser lo individual como cuando hacía mención a este caso en particular de los aspirantes peluqueros, o aquellos que en la acción colectiva se potencian también, tenemos la posibilidad de ver la cara y contracara de un Estado. Por un lado, por omisión, en su ausencia tangible y por otro lado, por acción, cuando el Estado reprime y muestra de ese modo su cara más deleznable frente a la conflictividad social.

Entonces me pregunto dónde queda esto de afianzar la justicia como principio constitucional, porque antes de hablar de las constituciones provinciales permítanme hablar del preámbulo de nuestra Constitución. ¿De qué hablamos cuando hablamos de afianzar la Justicia? Seguramente hablamos de la Justicia que posiblemente esté en función de un criterio judicial donde prevalecen más algunas cuestiones que le interesan al sistema, que por su capacidad tiene más facilidad de movilizar el andamiaje judicial.

Aquí es donde me parece fundamental tener en cuenta que cuando se conciben estos métodos de gestión constructiva de conflictos no se los puede concebir como complementarios del servicio de justicia, que es lo que se viene haciendo en cada uno de los plexos

normativos, que es como se viene institucionalizando de hecho en las mismas constituciones provinciales.

El sistema se mira a sí mismo, se estudia a sí mismo, ve cuáles son sus necesidades y echa mano a otro recurso que cree que también le es propio y pertenece. No lo concibe como un derecho ciudadano. Lo concibe como una necesidad del sistema.

“Es fundamental tener como objetivo político, como consagración de derechos, y al mismo tiempo como garantía del ejercicio del acceso a la justicia, una norma constitucional como las demás normas que promuevan, asimilen y que desarrollen la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos”.

Por eso me parece importantísimo que desde el Ombudsman se piense cuál es el lugar que tiene esto si lo vamos a discutir constitucionalmente. ¿Desde este campo vamos a seguir siendo parte, como patio de atrás, del propio recurso, que por falta de recursos, el Poder Judicial hoy se ve abierto a que esto se incorpore?

El acceso a la justicia está previsto en todos los ámbitos normativos que uno podría llegar a traer aquí a modo de ejemplo: las reglas de Brasilia para las personas vulnerables, la ODS²³ en su objetivo 16 como habló recientemente el defensor Lamberto, las reglas de Mandela para las personas con encierro, las directrices de Naciones Unidas para una mediación eficaz, los bancos que empiezan a generar ámbitos de facilitación y procesos colaborativos concebidos ya como una lógica de sus necesidades y también como parte de los procesos que procesan los desajustes del sistema.

Creo que tener en cuenta que una constitución puede incorporar esto es fundamental porque es un plafón que justifica, como lo hacen muchas constituciones provinciales, la posibilidad de hacer cultura. Hay una justicia dialógica. La Junta Federal de Cortes acaba de emitir una resolución interna que hace pie sobre la necesidad de promover sistemas de alerta temprana en todas las cortes supremas de justicia o tribunales superiores de las provincias de nuestro país. ¿Por qué? Porque se ve rebasado con la conflictividad social. Porque lo toman ya como una cuestión política no justiciable y los jueces algo siempre tienen que decir, porque están obligados legalmente a expedirse y cuando dicen, optan generalmente por la vía del punitivismo y no por la vía de la garantía de derechos de las personas.

En el Parque Indoamericano²⁴ pujaron dos justicias. Uno que decía: censo, baños químicos, atención a las necesidades de los niños, la demarcación un perímetro para que no entren más personas que las que ya estaban instaladas, pero al mismo tiempo permitiera resguardar a los que estaban allí. Y otra que bregaba e instaba por la criminalización de la protesta. Una justicia se inhibió frente a la otra en nombre de una lógica de poder. Generalmente siempre acontece lo mismo. Y como aquí se dirime desde lo jurídico en vez de tutelarse los derechos fundamentales de las personas prevalecen los criterios del punitivismo penal.

“En las prácticas sociales aquellos que se caen del sistema y pujan por entrar lo hacen en clave de conflicto y cada vez más se presentan con mayor violencia. Nosotros trabajamos para que no haya violencia”.

Por eso es fundamental tener como objetivo político,

como consagración de derechos, y al mismo tiempo como garantía del ejercicio del acceso a la justicia, una norma constitucional como las demás normas que promuevan, asimilen y que desarrollen la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos.

Es para hacer cultura, por un lado; pero por el otro es para garantizar una justicia básica desde una lógica de seguridad jurídica sustancial, no de seguridad jurídica que garantiza al poder, para que ganen los que habitualmente ganan en nombre de la desigualdad social.

La seguridad jurídica inclusiva tiene que incorporar al que está afuera del sistema, aquel que no tiene voz, aquel que ya no reclama porque ya no confía. En definitiva, se trajo a colación en esta jornada a Carnelutti²⁵, y este autor tiene dentro de sus postulados la distinción entre *“los obreros calificados del Derecho y los obreros no calificados del Derecho”*. Los operadores del Derecho son aquellos que no siempre son los obreros calificados, o sea, los abogados, los jueces, los legisladores, etc. Los operadores del Derecho la integramos los miembros de la sociedad en nuestras acciones cotidianas, en nuestras negociaciones, en las omisiones y acciones, etc.

En las prácticas sociales aquellos que se caen del sistema y pujan por entrar lo hacen en clave de conflicto y cada vez más se presentan con mayor violencia. Nosotros trabajamos para que no haya violencia. Pero cuidado: no quiero que pensemos que los que estamos en el campo de la gestión constructiva de conflictos somos tan inocentes que vamos a seguir siendo funcionales a un sistema que nos requiere para pacificar los barrios mientras hacen los negocios inmobiliarios; o para poder hacerle fácil el negocio a las mineras a través del *“diálogo minero”* financiado por las mismas compañías o por las embajadas de los países de las propias empresas extractivas; ni tampoco para sacarle trabajo menor a Tribunales porque el Poder Judicial está atiborrado de trabajo importante. Entonces,

como necesitan nuevos recursos que puedan llegar a hacer parte de lo que siempre fue concebido como su rol, bienvenido sean aquellos que descompriman y desagoten el sistema. Se lo podría caracterizar de este modo: incorporemos a quienes me puedan resolver estos temas que representan temas “menores”, pero en realidad “estas cuestiones menores” son por los cuales las personas se matan, menores por los cuales se generan prácticas propias de resolución de conflictos donde, lógicamente, impera la violencia y el nuevo mandamás resuelve los temas a su modo. Y menores también, para aquellos que no se dan cuenta de que se está creando una nueva estatalidad en la cual si no somos todos conscientes que tenemos que proveer de recursos para que esa justicia básica vuelva a edificarse, donde las personas puedan volver a confiar en ella y que tenga especial atención en su afianzamiento institucional, lo único que estamos logrando -de este modo- es alimentar un modelo que nos deja a todos afuera, ya que la nueva estatalidad que emerge en esta ebullición social es sin nosotros.

“La comunidad está viviendo una violencia naturalizada que es creciente y provoca un malestar en todos los ciudadanos. Ni siquiera los ciudadanos de mayor estatus social, político o económico están libres, porque en un mundo injusto, los que tienen, tienen que estar esperando que los que no tienen vengan a robarle. Entonces el malestar es colectivo, general y total”.

05_

“Tenemos que darle a la mediación el rango constitucional que le corresponde”

Marta Paillet

Abogada, especialista en mediación y pedagogía de la paz.

Es un gusto para mí poder compartir con todos ustedes y haber escuchado a las personas que me precedieron de las cuales aprendí muchísimo. Muchísimas gracias.

Pero lo que más me gusta de esto es que estamos poniendo en debate los temas que realmente son importantes y que nos preocupan. Y ponernos en debate es tomar posiciones, y tomar posiciones es poder transformar todo aquello que la realidad en que vivimos nos parece injusto, no nos gusta o genera dolor a nosotros y a los demás.

Desde ese lugar me entusiasma la posibilidad del abordaje constructivo, de las situaciones problemáticas y conflictos. Creo que, como bien lo expresaba Alejandro, este tema como empezó históricamente ha quedado en el patio del fondo, el alternativo, aquel que no es tan significante.

Porque históricamente, si vamos a hablar de verdad de manera histórica, la mediación y las formas de diálogo a través de ruedas y de horizontalidad han sido patrimonio de todas las civilizaciones importantes que la humanidad ha tenido.

Pero ustedes saben que nosotros nos entusiasmos con algunos elementos jurídicos políticos de la humanidad. Le ponemos énfasis en una cosa o en otra. Y en general, a partir de una soberbia de creer que lo que hacemos es lo mejor, buscamos lo alternativo como aquello que nos ayuda cuando no podemos alcanzar.

Es así que en 1947, el atiborramiento de los juzgados de Estados Unidos, de tanto pleito, hizo que la mediación de golpe para el mundo occidental o cristiano fuera importante de nuevo y se puso en exposición y conocimiento. Pero no como lo que es en su naturaleza más intrínseca que es el recuperar el poder Ser Humano, de hacerse cargo de lo que concretó y creó, porque los conflictos son creados por nosotros, y tener la oportunidad de deconstruirlo. Sino que se buscó el alternativo a la administración de justicia, sin advertir

que la administración de justicia, con todo el poder, el valor y la extraordinaria necesidad que sigue teniendo en nuestra sociedad, no tiene que ocuparse de una cantidad de cosas que los seres humanos ahora se pueden ocupar por otras vías.

“Ante este viejo paradigma de la confrontación y de adversariedad, le estamos proponiendo para ciertos aspectos y modelos el paradigma de la cooperación, de la colaboración, del diálogo generativo, y de la construcción colectiva del futuro que queremos buscar a partir de la situación de conflicto que ya no aparece como una situación disruptiva, sino como algo que nos muestra dónde debemos cambiar”.

¿Y por qué nos podemos ocupar por otras vías? Porque los seres humanos hemos crecido en conciencia. Y en estos momentos casi a cualquier persona se le puede decir: “vos que construiste tu conflicto, sentate a conversar con aquel con el que lo construiste, para ver de qué manera lo futurizan”. Es decir, de qué manera lo transforman y lo hacen vida.

Entonces esto ya no requiere de la presencia de un tercero que me diga quién tiene razón, como sigue requiriendo en los infantes, en los niños, en los conflictos interpersonales, en los conflictos familiares, comunitarios o vecinales. Y por el otro lado, de aquel conflicto que también se le escapa a la justicia, que es el conflicto público complejo, en donde la justicia, analizada y atravesada por la dualidad con la que nos

hemos acostumbrado a pensar, y la ley de causa y efecto, no puede pensar en globalidades, en intervenciones sistémicas.

“La comunidad está viviendo una violencia naturalizada que es creciente y que provoca un malestar en todos los ciudadanos. Ni siquiera los ciudadanos de mayor estatus social, político o económico están libres, porque en un mundo injusto, los que tienen, tienen que estar esperando que los que no tienen vengan a robarle. Entonces el malestar es colectivo, general y total”.

Hoy, un conflicto público complejo que no está abordado en múltiples y simultáneas intervenciones complejas no tiene ninguna probabilidad de ser transformado sino, por el contrario, lo que vemos ocurrir constantemente, a la intervención del Estado y de las personas de buena voluntad, lo que se produce es un efecto iatrogénico en donde tenemos un conflicto mucho peor, con mayor complejidad, con mayor dolor y con mayor violencia.

Creo que es el momento en que tenemos que empezar a pensar que hay otras instituciones que han aparecido, hay otras comprensiones que hemos aprendido. Hoy la ciencia nos ha enseñado sobre nosotros mismos muchísimo más. Sabemos mucho más del ser humano, de sus conflictos, de sus posibilidades. Y esto hay que aprovecharlo justamente para tener herramientas nuevas que no son alternativas a nada, son una modalidad que el ser humano está aprendiendo del abordaje constructivo de conflictos y que no hace otra

cosa que hacer nacer un paradigma nuevo como cuando dice Ken Wilber²⁶ que un paradigma viejo cuando ya no nos contesta, ni nos hace las preguntas, entonces tiene que aparecer uno nuevo.

Ante este viejo paradigma de la confrontación y de adversariedad, le estamos proponiendo para ciertos aspectos y modelos el paradigma de la cooperación, de la colaboración, del diálogo generativo, y de la construcción colectiva del futuro que queremos buscar a partir de la situación de conflicto que ya no aparece como una situación disruptiva, sino como algo que nos muestra dónde debemos cambiar.

Cuando les enseñamos a los chicos en la escuela secundaria sobre qué vendría a ser el conflicto en el nuevo paradigma, le decimos: “¿sabés qué es el conflicto?”; le respondemos: “es el GPS del cambio”. Te muestra donde hay algo que no va que tenemos que empezar a transformar. Y qué cosa es la política en todos los aspectos, la gobernanza en todos los aspectos, sino un trabajo de transformación constante en donde, cuando más recursos tengamos, más fácil nos va a ser caminar. Caminar como tenemos que caminar, no enfrentándonos, ni confrontándonos, sino sumándonos, porque la complejidad del mundo que hemos creado y la complejidad de los conflictos que estamos manejando ya no nos permite dejarnos en las manos de ningún grupo separado. Necesitamos unirnos todos, con todos nuestros saberes, con toda nuestra buena voluntad, y seguir aprendiendo. De lo contrario la expectativa, la probabilidad, es bastante desagradable.

Tenemos un mundo que ha aprehendido la violencia, que sigue apostando a la violencia, que la tiene naturalizada y en donde sabemos que la violencia tiene un espiral ascendente, que si no se interviene llega a lo que llama Ury²⁷ “el umbral destructivo”, que quiere decir que termina con la desaparición de las partes involucradas. Eso es un largo camino, hay mucho para hacer antes de que eso ocurra.

“No hay nada que el ser humano pueda hacer si no tiene un campo de confianza entre las personas, las instituciones, las naciones que están en juego. A más reducido el campo de confianza, más probabilidades de destrucción mutua; más ampliado el campo de confianza, mayores posibilidades de solución de todos los conflictos del tipo que tengamos”.

Pero evidentemente la comunidad está viviendo una violencia naturalizada que es creciente y que provoca un malestar en todos los ciudadanos. Ni siquiera los ciudadanos de mayor estatus social, político o económico están libres, porque en un mundo injusto, los que tienen, tienen que estar esperando que los que no tienen vengan a robarle. Entonces el malestar es colectivo, general y total.

Quiero agradecer a la defensoría porque está cumpliendo con una función específica y clara de las defensorías, que es que nos podamos reunir los ciudadanos a hablar de las instituciones que tenemos y cómo transformarlas. Porque las instituciones, cualquier institución, todas las que sean, han nacido por una necesidad, por un valor a cubrir.

Si las instituciones surgen por una necesidad que después no cubren, esas instituciones dejan de tener sentido. Entonces hay que transformarlas, renovarlas, porque sino lo que van a ser es corromperse.

Y esto por supuesto que hay que hacerlo desde

la Constitución que es la institución que ponemos ante la necesidad de la nación de organizarse jurídicamente, incorporar a la mediación que es nada más y nada menos que la necesidad que ha surgido de muchas personas de que un conflicto no rompa la relación. No rompa la relación porque pierdo plata, no rompa la relación porque es muy importante la relación para mí, y entonces tengo que trabajar y luchar por ella, y entonces tengo que tener una alternativa que no me diga quién tenga razón sino me diga cómo seguimos. Porque lo que a mí me importa en esa relación es como no romper la relación y sí transformarla, y entonces vamos a estar con todos los que en estos momentos nos están enseñando que el conflicto es transformable, que las relaciones son recuperables. Y por supuesto, ¿cómo se recuperan? Se recuperan a través de la confianza. No hay nada que el ser humano pueda hacer si no tiene un campo de confianza entre las personas, las instituciones, las naciones que están en juego. A más reducido el campo de confianza, más probabilidades de destrucción mutua; más ampliado el campo de confianza, mayores posibilidades de solución de todos los conflictos del tipo que tengamos.

Todo esto lo sabemos hoy por la ciencia y lo tenemos que aprovechar. Pero no sólo lo tenemos que aprovechar sino que le tenemos que dar el rango que corresponde, y el rango que le corresponde es el rango más alto que le podemos dar en la vigencia jurídica, que es aplicando la norma fundamental: las constituciones nacionales o provinciales.

¿Con esto vamos a resolver todos los problemas? De ninguna manera. Porque ésta es nada más que una de las intervenciones que tenemos que hacer: poner en norma constitucional, a una modalidad de abordaje constructivo de conflictos, al abordaje constructivo de los diálogos, y a todo lo que hoy sabemos hacer para no destruir las relaciones.

Quiero ser muy clara: destruir las relaciones, romper la

trama de la vida, es bajar la calidad de vida de todos los ciudadanos sin importar donde vivan. Si nosotros queremos vivir bien tenemos que tener un fuerte entramado social. Y el fuerte entramado social se da a través de la salud de las relaciones, y la salud de las relaciones se da a través de ampliar el campo de confianza.

Si yo soy capaz de juntarme con mi vecino, hablar hasta entendernos y así resolver el problema que tenemos yo fortalezo esa relación, y si yo soy capaz de fortalecer las relaciones con aquellos que yo tengo conflictos, el entramado de esa sociedad y esa comunidad tiene necesariamente que crecer. Es un largo proceso.

También ha sido largo el proceso que nos ha llevado a este estado de violencia, de desconexión, de incomunicación y de destrucción. La buena noticia es que hoy sabemos cómo hacerlo. Tenemos los elementos para hacerlo, y tenemos en la provincia de Santa Fe una provincia pionera que lleva muchísimos años trabajando en esto. Y que lo que tiene que hacer es ponerlo en la jerarquía de la norma constitucional.

Hay una agrupación que no sé si está activa en estos momentos, pero estuvo muy activa en Naciones Unidas que decía esta frase: “pensemos globalmente para actuar localmente”. Si queremos realmente transformar el mundo y hacerlo mejor tenemos que pensar globalmente y después actuar localmente. Y es lo que han estado haciendo cada una de las personas que me antecedieron en la exposición. Mostrando cómo es en el mundo y preguntándonos cómo lo podemos hacer aquí.

Por supuesto, los objetivos sustentables de la Agenda 2030, son algo en que nos hemos puesto de acuerdo. Las personas que trabajan con el conocimiento de lo que es un sistema, y la civilización no deja de ser un suprasistema pero es un sistema, dicen que si el sistema no tiene visión compartida no puede avanzar. Cuando la humanidad se empieza a poner de acuerdo aunque

sea en básicas y elementales proposiciones, lo que hace es empezar a construir una visión que compartimos todos. Lo que tiene de hermoso estos objetivos es que es mucha gente en el mundo que nos está planteando que se está acercando y que está haciendo acciones concretas para ver cómo llegamos al cumplimiento máximo de estos objetivos en el 2030. Hay dos de ellos que me gustaría destacar en esta situación, que son el 16 y el 17.

“Destruir las relaciones, romper la trama de la vida, es bajar la calidad de vida de todos los ciudadanos sin importar donde vivan. Si nosotros queremos vivir bien tenemos que tener un fuerte entramado social. Y el fuerte entramado social se da a través de la salud de las relaciones, y la salud de las relaciones se da a través de ampliar el campo de confianza”.

El 16 dice “Justicia, paz, e instituciones sólidas”, y el 17 lo complementa con “Alianzas para lograr los objetivos”. Hoy, de prácticamente cada tema que tenemos que resolver en el planeta, hay conocimiento suficiente para hacer acciones colectivas, cooperativas y de transformación. Pero cada uno tiene su quintita, cada uno tiene su parcela y no se comunica con el otro y sobre todo no quiere aceptar que el otro pueda tener tanta o más razón y aporte para la transformación. Y éste último objetivo es el que busca disolver esta situación diciendo “tenemos que hacer alianzas” para lograr los objetivos. Nadie puede solo. No hay una profesión que pueda. No hay un grupo humano

que pueda. No hay un poder que pueda solo, o una nación. Es haciendo esas alianzas, que en términos técnicos llamamos redes, donde vamos a hacer las transformaciones.

El acta constitutiva de la UNESCO dice claramente adónde hay que ir para construir cultura de paz y para hacer abordaje constructivo de los conflictos. Y dice: “es en la mente de los hombres donde se han construido las bases para la guerra, es en la mente de los hombres donde debemos construir las bases para la paz”. En la mente de los hombres es en los mapas mentales que tenemos. Mientras nosotros sigamos creyendo que un conflicto se resuelve a través de que uno gana y el otro pierde, nosotros estamos fomentando, sosteniendo y alentando una matriz de violencia. Porque si uno gana y el otro pierde por supuesto que voy a ganar yo. Y para ganar yo me defiende, y para ganar el otro también se defiende. Los dos nos estamos defendiendo y, como todos los que trabajan con las artes marciales saben, toda defensa es un ataque. No hay modo de defendernos sin atacar, de modo que cuando dos personas se defienden, dos universidades, dos poderes, lo que tenemos en realidad son dos grupos humanos que se están atacando. Tenemos una matriz de violencia que tenemos que superar. Y lo que va a superar eso es el diálogo, pero no el diálogo adversarial que es el que tenemos aprendido, sino el que hoy se enseña en muchísimas universidades del mundo y aquí en Argentina tenemos un desarrollo extraordinario a través de la Fundación Interfas: el diálogo generativo, el diálogo que transforma, el diálogo que coopera, el diálogo apreciativo que se está usando hasta para las planificaciones estratégicas.

Tenemos muchísima información científica, seria, fluida y rigurosa, pero no llega a los lugares donde la necesitamos. Mi expectativa es que, si la ponemos en la Constitución, y la mostramos y la ponemos en estos espacios de debate, podamos todos juntos ir avanzando en la difusión de estas estrategias que se

demuestran porque toda persona que, por una vez que resolvió un conflicto en un abordaje constructivo, el próximo conflicto que tiene elige el abordaje constructivo porque salvo que esté “chapita” elige no sufrir.

“No tenemos que seguir tratando de suprimir a los conflictos, lo que sí podemos hacer es elegir el método de abordaje. Y ahí está el poder de elegir, el libre albedrío del ser humano, que tiene que decidir si va a ser destructivo el abordaje. Y cuando es destructivo el conflicto se ve como ruptura porque permite al confrontar uno con otro, uno ganar y el otro perder, el sufrimiento, el dolor y la ruptura de la relación”.

Pensábamos globalmente, y la verdad es que hay muchísimos países que se están cuestionando lo que está pasando. Y a mí me gusta compartir con ustedes este pequeño informe de dos países que siempre están interesados en cooperar con otros países y en transformar las situaciones conflictivas y violentas, como son el ministro de Relaciones Exteriores de Suecia y el ministro de Relaciones Exteriores de Finlandia que hacen un informe del 2015 diciendo que ha sido un desastre el año desde el punto de vista diplomático y lo atribuyen a la escasa habilidad desarrollada por los países en el manejo y abordaje constructivo de conflictos.

Muchos de ustedes sabrán mucho de conflictos y otros no sabrán nada, y entonces es bueno que nos pongamos de acuerdo en qué queremos decir cuando hablamos de conflicto. Queremos decir que, cuando en una relación entre personas, organizaciones o naciones, surgen obstáculos o posiciones de intereses, aparentemente contrapuestos o no, aparece el conflicto.

Galtung²⁸ dice: “el fracaso para la transformación positiva del conflicto es lo que conduce a la violencia”, y algunos otros agregan: “la violencia es una conducta aprendida que la podemos desaprender”.

No podemos evitar el conflicto porque en las relaciones humanas -y nosotros somos seres en relación-, siempre va a aparecer la contraposición de intereses. Por lo tanto el conflicto no es evitable. Es más, en una relación, si ustedes no tienen ningún tipo de conflicto, pregúntense si tienen una relación. Las relaciones vienen con conflictos incluidos. Si ustedes con alguien no tienen ni un sí ni un no, es un muy probable que tengan un *nada*.

Por lo tanto no tenemos que seguir tratando de suprimir a los conflictos, lo que sí podemos hacer es elegir el método de abordaje. Y ahí está el poder de elegir, el libre albedrío del ser humano, que tiene que decidir si va a ser destructivo el abordaje. Y cuando es destructivo el conflicto se ve como ruptura porque permite al confrontar uno con otro, uno ganar y el otro perder, el sufrimiento, el dolor y la ruptura de la relación.

Cuando es constructivo, el conflicto se transforma en una oportunidad, en un cambio positivo que fortalece la relación humana. Cuando ustedes tienen personas con las cuales han hecho abordajes constructivos de conflictos, lo distinguen porque dicen “dejame que con él, con ella, o con este grupo yo lo arreglo”. Y lo arreglo porque estoy acostumbrada a dialogar, lo arreglo porque nos tomamos unos mates o un café juntos. Lo

arreglo. Tengo la experiencia de haberlo dialogado. Cuando se habla hasta entenderse entonces nosotros hacemos abordaje constructivo de conflictos.

Pero no es hablar de cualquier manera. Para eso necesitamos entrenarnos, porque hay un modo de hablar que es el que nosotros tenemos aprendido que es un modo de provocación de la violencia. Constantemente nos permitimos exigir de otros una conducta determinada y además molestarnos porque el otro no tiene la conducta que nosotros queramos. Eso es simplemente violencia. Un ejemplo muy naturalizado entre nosotros es cómo nos pedimos silencio. Si hay necesidad de silencio qué hace la gente: “icállense!”, o “ishhhhh!”, son conductas naturalizadas pero no por eso menos violentas. Le estoy exigiendo a otros sin darle razones, ni explicaciones ni pedirle, que se calle la boca porque lo digo yo. Si yo necesito silencio yo tengo que pactar un modo de pedirlo, de manera que tengo que esperar que el otro pueda hacer el silencio y escucharme. Si empezamos por las más elementales conductas que exigimos vamos a poder bajar tremendamente niveles de violencia.

El conflicto crece y escala verticalmente. Si hay dos personas en conflicto, al ratito hay tres o cuatro porque, además, uno se pone de un lado o del otro, y ya está creciendo nada más que con el número de personas. La escalada del conflicto se hace por el número de personas, por los medios utilizados, por el tipo de conductas que asumimos para transformar la conducta del otro. Entonces es un camino vertical que nos lleva a un estado de umbral destructivo después de mucho tiempo. Ese estado de umbral destructivo termina con la desaparición de las personas involucradas. Son las guerras de exterminio, las que se están dando en estos momentos en las pandillas en todos los barrios de nuestras ciudades, y por supuesto, la expectativa es que sean cada vez mayores porque, desafortunadamente, hemos aprendido que la violencia tiene otra característica: es adictiva.

“Si nosotros conseguimos que por la difusión que hacemos, la incorporación en la jerarquía de una norma constitucional, por la divulgación de derechos como es la Defensoría del Pueblo que lo está haciendo brillantemente, nosotros podemos tener en muy poco tiempo cambios extraordinarios”.

Cada vez que yo tengo que obtener una conducta por la fuerza por parte de otro, voy a tener que usar una violencia mayor. Por ejemplo: la maestra quiere que los chicos se callen pero no da ninguna explicación de por qué se tienen que callar, ni por qué tienen que escuchar, ni por qué es importante que todos tengan el derecho a pedir silencio y a tener el uso de la palabra. Nada de eso ha sido explicado. Simplemente la maestra dice: “icállense!”. Entonces los chicos se callan más o menos entre dos o tres o cuatro segundos, y sobre todo si la maestra se llega a dar vuelta para escribir en el pizarrón, todos los chicos están hablando de nuevo. Entonces la maestra ya no dice de nuevo: “icállense!”, dice: “ise van a callar!”. Es decir, a la orden del “cállense”, del imperativo, de usar mi voluntad sobre la voluntad del otro, le agrega la amenaza. Y después, por supuesto, aumenta por grito, por otro tipo de amenaza, o termina expulsando y excluyendo porque nosotros tenemos aprendido reprimir aquel que no tiene la conducta adecuada y es la respuesta que tenemos conocida. Es la respuesta que nos da también el Estado: reprime al que no está haciendo la conducta adecuada.

La represión provoca una voluntad de no hacer lo que me están pidiendo hacer bastante fuerte sobre todo en algunas personas, y esto hace escalar la violencia.

Cuando tenemos una comunidad entera que aprendió esto tenemos una comunidad de gente que permite cada vez mayores violaciones de los derechos del otro, y además, agresiones. Y además con el discurso de los derechos sin agregar el de los deberes, que es correlativo, porque parece que todos tenemos derechos y ninguno tenemos deberes, lo cual se vuelve realmente en una situación de caos.

Si nosotros analizamos el impulso vertical y lo horizontalizamos, lo ponemos en situación de que se vuelva a dialogar y a trabajar. Esto es lo básico. Hay cursos enteros de este tema que aquí expongo de manera resumida.

Si nosotros conseguimos que por la difusión que hacemos, la incorporación en la jerarquía de una norma constitucional, por la divulgación de derechos como es la Defensoría del Pueblo que lo está haciendo brillantemente, nosotros podemos tener en muy poco tiempo cambios extraordinarios. Desde ese lugar es que los invito a pensar, a trabajar, a adherirnos, a pronunciarnos, en el sentido de que queremos aprender, conocer, divulgar, difundir el abordaje constructivo de conflictos, el diálogo colaborativo en todas las instancias que sea posible. Con eso solo vamos a reducir niveles de conflictividad.

“Hoy la búsqueda del fundamento de los derechos humanos en la naturaleza de los seres humanos está mal encaminada, ya que hay que encontrarlo en la afirmación de que los derechos forman parte de la cultura política, de la convivencia social, del respeto y de la protección integral de las personas”.

06_

La reforma constitucional como la “Constitución de los derechos”

Hugo Quiroga

Profesor Universidad Nacional de Rosario (UNR) y Universidad Nacional del Litoral (UNL).

A través de los cambios de paradigmas del Derecho se comprende el extraordinario alcance del sentido de una reforma constitucional. Se alude con ello al resultado de una Constitución basada en los derechos, es decir, a un enfoque asentado en los derechos que le da mayor sentido y densidad a la reforma constitucional frente a cualquier duda o preocupación democrática. Esta perspectiva nos lleva al debate sobre la brecha entre el “ser” y el “deber ser” de los derechos. Pero no cabe duda que la Constitución de los Derechos²⁹ se orienta a reducir la brecha y a mejorar la democracia.

“Hoy la búsqueda del fundamento de los derechos humanos en la naturaleza de los seres humanos está mal encaminada, ya que ese fundamento hay que encontrarlo en la cultura de los derechos humanos, en la afirmación de que los derechos forman parte de la cultura política, de la convivencia social, del respeto y de la protección integral de las personas”.

Entre esos cambios de paradigmas, hacemos especial referencia al que se produjo hace más de 60 años, con la introducción de las constituciones rígidas en la segunda mitad del siglo XX. Desde entonces se afirmó el principio de legalidad, con el rol protagónico del legislador. Con el carácter rígido de las constituciones se consagró el reconocimiento de ellas como leyes jerárquicamente superiores. En consecuencia, se estableció una rígida subordinación de la legislación ordinaria a la Constitución. Nace, así, el paradigma de la democracia constitucional o del Estado constitucional de derecho.

Este nuevo paradigma cambia la relación entre política y derecho en las actuales democracias constitucionales. El derecho es siempre un derecho positivo, por tanto, es generado por la política. Pero a partir de la existencia de las constituciones rígidas, ya no es el derecho el que está sujeto a la política, sino que es la política la que se transforma en un instrumento de actuación del derecho. En la vida real, esto genera tensiones, porque la política -en sus diversas orientaciones- ofrece por lo general resistencia a la subordinación del derecho, a los límites impuestos por los principios constitucionales.

Ahora, toda constitución es siempre el producto de una convención política que garantiza en su interior la organización de los poderes públicos y la vigencia de una carta de derechos. Esta carta es la estipulación de aquellas normas que son consideradas derechos fundamentales que trascienden -aunque la incluye- la noción de ciudadanía. Estos derechos fundamentales son los derechos humanos de todas las personas que adquieren un rango constitucional al ser incorporados en la Carta Magna como derechos positivos. De este modo, los que originalmente (en el siglo XVII) fueron considerados como derechos “innatos” o “naturales” del ser humano al estar ahora incorporados en forma escrita, se convirtieron en derechos positivos de rango constitucional.

Por otra parte, hoy la búsqueda del fundamento de los derechos humanos en la naturaleza de los seres humanos está mal encaminada, ya que ese fundamento hay que encontrarlo en la cultura de los derechos humanos, en la afirmación de que los derechos forman parte de la cultura política, de la convivencia social, del respeto y de la protección integral de las personas. Si bien son derechos humanos ellos derivan de la legislación positiva de los estados, y de los pactos y convenciones internacionales por ellos ratificados.

¿Alguien puede imaginarse una constitución sin los derechos humanos? Más allá de cualquier crítica, nadie rechaza realmente el principio de defensa de los

derechos humanos, y de su universalidad que permite cruzar fronteras culturales. Las referencias a los derechos humanos y a las libertades fundamentales recorren La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948. Teniendo en cuenta ese extenso recorrido del sistema internacional de derechos humanos, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha incluido en su artículo 75 inciso 22 una lista de diez tratados humanitarios con rango constitucional. De esa lista mencionamos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

“La tutela de los derechos humanos asume una importancia creciente. Como vimos, se han multiplicado los informes, pactos y convenciones de las organizaciones internacionales sobre la materia. Se ha abierto la demanda de una política internacional en el sentido de impulsar la dimensión de los derechos humanos, los que son presentados como presupuesto indispensable para legitimar las relaciones entre los estados”.

Asimismo, hay un conjunto de declaraciones, pactos, convenciones y protocolos cuya jerarquía constitucional fue otorgada por leyes posteriores, y deben entenderse como complementarias de los derechos y garantías

incluidos expresamente en el artículo 75 inciso 22, antes mencionado. De este conjunto, queremos remarcar el Protocolo de San Salvador, convenido como Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos; y la Convención de Belem Do Para (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer).

Siguiendo con el tema, la Agenda 2030 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, de septiembre de 2015, que consta de 17 objetivos y 169 metas para cumplir hasta el 2030, fija los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que integran el sistema de los Derechos Humanos. En 2015, los 193 estados miembros de la ONU aprobaron dicha agenda, y en virtud de esta decisión las Naciones Unidas han afirmado reiteradamente que son los gobiernos subnacionales quienes se encuentran en mejor posición para vincular aquellos 17 objetivos con cada una de las sociedades locales. Esto implica la mayor participación y el rol protagónico que las instituciones de derechos humanos locales pueden llevar adelante, como las defensorías del Pueblo. Estas defensorías están, por tanto, llamadas a asumir el seguimiento de los objetivos de la Agenda 2030, y el compromiso contraído por la Defensoría de la Provincia de Santa Fe.

La reforma de la Constitución de Santa Fe de 1962 es uno de los grandes desafíos de la sociedad santafesina, de sus gobernantes y dirigentes, para situarla en el horizonte del siglo XXI. Este desafío implica, entre otras cosas, una lucha por los derechos, y sus dinámicas, que deben ser incorporados en una reforma constitucional. Se han creado las condiciones para adecuar la Constitución de Santa Fe a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, incorporando el contenido de todos aquellos derechos e instituciones de las que carece la Constitución de 1962. Pero hay que trascender este avance.

La tutela de los derechos humanos asume una importancia creciente. Como vimos, se han

multiplicado los informes, pactos y convenciones de las organizaciones internacionales sobre la materia. Se ha abierto la demanda de una política internacional en el sentido de impulsar la dimensión de los derechos humanos, los que son presentados como presupuesto indispensable para legitimar las relaciones entre los estados. Este impulso responde al resultado de un tránsito histórico del paradigma de los derechos que desemboca hoy en la realidad de los derechos humanos.

“El marco institucional adecuado para asegurar estos cambios sustantivos en la calidad de vida y en el bienestar de la sociedad santafesina es la reforma constitucional, inspirada en estos valores y principios de carácter universal. En pocas palabras, inspirada en el enfoque de los derechos humanos para llevar adelante un desarrollo sostenible”.

La reforma de la Constitución de nuestra provincia no puede permanecer ajena a estos cambios que tienen un relieve americano profundo, por ejemplo lo referido a los pueblos originarios, así como también de aquellos que se producen en otras latitudes. Se trata de incorporar los derechos sociales, económicos y culturales inspirados en el valor primario de la igualdad. Incluir derechos que tienden a corregir desigualdades originadas en las condiciones de partida de las personas muy diferentes en lo económico, social y cultural, pero también para aquellas personas con discapacidades diferentes que hay que proteger. Garantizar estos derechos es garantizar la vida democrática, la vida más justa, la vida más igualitaria.

El marco institucional adecuado para asegurar estos cambios sustantivos en la calidad de vida y en el bienestar de la sociedad santafesina es la reforma constitucional, inspirada en estos valores y principios de carácter universal. En pocas palabras, inspirada en el enfoque de los derechos humanos para llevar adelante un desarrollo sostenible.

Ese marco institucional para ser adecuado debe comprender distintas dimensiones que abarca el enfoque de los derechos humanos:

1. Legal (recepción en el orden legal interno del derecho internacional de los derechos humanos).
2. Presupuestaria y financiera (presupuesto transparente, desagregado, accesible e informado).
3. Organizacional y funcional del Estado (estructura del Estado suficiente y exigencias de capacidades políticas, técnicas y administrativas).
4. Aspectos judiciales (acceso a la justicia y a sus mecanismos de procedimiento y seguimiento).
5. Institucionales (vinculadas a la promoción de estilos de gestión: participativa, estratégica, multiactoral, con anclaje territorial, y coordinación interjurisdiccional).
6. Obligación de producir información pública (suficiente, desagregada, accesible y disponible)³⁰.

La reforma constitucional en la provincia es oportuna también para fortalecer el diseño de una democracia sustantiva, que vaya más allá de los valores de una democracia electoral, a través del grado de garantías disponibles para el ejercicio y protección de los derechos. Asimismo, para establecer lineamientos para que las políticas públicas sean políticas de estado y no sólo de gobierno. Igualmente, los avances en la igualdad de género exige la participación equitativa entre géneros en los tres poderes del estado.

Pensamos, entonces, en la Constitución como derechos. En este concepto están arraigados los derechos humanos con jerarquía constitucional con las debidas e imprescindibles protecciones y garantías para todas las personas. Esto es también lo que se discute en una real e innovadora reforma constitucional adecuada a los cambios y significados del siglo XXI, y no sólo lo relativo a la organización de los poderes públicos, dimensión fundamental de toda reforma pero que no la agota en absoluto. Los derechos humanos fortalecen y renuevan la democracia, a través del maravilloso invento de las constituciones, de su legalidad constitucional, superior a la legalidad ordinaria, ya que puede limitar la potestad del mismo legislador.

07_

Citas y referencias

1. Mensaje ingresado a la Cámara de Diputados el 16/4/2018.

2. Artículo referido al Defensor del Pueblo en el Mensaje de Reforma Constitucional enviado por el Gobernador de la provincia a la Legislatura santafesina: "...9) Reconocimiento constitucional a la Defensoría del Pueblo, garantizando la autonomía funcional, legitimación activa, la autarquía, y la independencia e idoneidad de quienes desempeñen los cargos directivos..."

3. La Ley 8.871 (Ley General de Elecciones) fue sancionada por el Congreso de la Nación el 10 de febrero de 1912. La misma estableció el voto universal secreto y obligatorio para los ciudadanos argentinos varones, nativos o naturalizados, mayores de 18 años de edad, habitantes del territorio nacional y que estuvieran inscriptos en el padrón electoral. El 26 de marzo de 1912 fue publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina aplicándose por primera vez en las elecciones provinciales de Santa Fe y Buenos Aires, en abril del mismo año.

4. Ley 13.010 de voto femenino aprobada por el Congreso Nacional el 9 de septiembre de 1947. Artículo 1º: las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos

políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos.

5. Profesor Titular de la Universidad de Alcalá y Director del Departamento de Ciencias Jurídicas.

6. Ley 10396. Artículo 1º originario. “Créase en la órbita del Poder Legislativo de la Provincia de Santa Fe, la Defensoría del Pueblo, cuyo objetivo fundamental será el de proteger los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración Pública Provincial y sus agentes que impliquen un ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, incausado, gravemente inconveniente, inoportuno de sus funciones, o configuren una desviación de poder. Asimismo tiene a su cargo la defensa de los intereses difusos o derechos colectivos de la comunidad. Esta institución tendrá oficinas en las ciudades de Santa Fe y Rosario.

7. *El Defensor del Pueblo en América Latina: la necesidad de fortalecerlo*. Semanario “Tiempos del Mundo” (Ediciones del 4, 11, 18 y 25 de mayo de 2000). Id SAIJ: DACF030020. Mayo, 2000.

8. Movimiento por la Dignidad y la Independencia (MODIN) fue un partido político de Argentina.

9. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art.%2086->

10. *Los órganos extra-poder y los mecanismos de control*. Prof. Dr. Eduardo Jiménez. http://www.profesorjimenez.com.ar/web/wpcontent/uploads/2015/07/028_DerechoConstitucional.pdf

11. *El Ombudsman. Una reflexión sobre lo público y el papel del Defensor del Pueblo en la protección de la democracia y del interés general en el entorno complejo y dinámico*. Publicación de la Defensoría del Pueblo de Colombia.

12. En octubre de 1991, el Centro de Derechos Humanos organizó una reunión técnica internacional a fin de examinar y actualizar la información relativa a las instituciones nacionales de derechos humanos existentes. A la reunión asistieron representantes de instituciones nacionales, estados, las Naciones Unidas, sus organismos especializados, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales.

13. Ídem 9.

14. Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986.

15. Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo.

16. Ídem 11.

17. En cuanto a las modalidades de nombramiento en el libro *Defensoría del Pueblo. Ombudsman. Ley 10396* de Villarruel, Feldman y Caballero, Ed. Zeus, citan a Jorge Maiorano cuando dice: “A su vez entre los sistemas de designación se aprecia una considerable variedad que, a los efectos metodológicos, ordeno en cinco clases: 1) designación exclusiva por el Poder Legislativo, sin interferencias del Poder Ejecutivo (es el clásico Comisionado Parlamentario); 2) designación por el Parlamento a propuesta del Poder Ejecutivo; 3) designación por el Poder Ejecutivo a propuesta del Poder Legislativo; 4) nombramiento por el Poder Ejecutivo, previa consulta a miembros del Poder Legislativo y 5) designación exclusiva por el Poder Ejecutivo o Gobierno”.

18. Carlos Constenla.

19. El día martes 22 de mayo se realizó en Buenos Aires una protesta por parte de los metrodelegados del

subterráneo de la ciudad, que provocó la parálisis de todas las líneas por tiempo indeterminado, a partir de la detención de un dirigente gremial y otros trabajadores, acusados de impedir el funcionamiento de un servicio público mientras participaban de una medida de fuerza en rechazo al acuerdo paritario.

20. Carlos Constenla.

21. Hans Kelsen (1881 - 1973), creador de la pirámide que lleva su nombre que es utilizada para graficar la jerarquía de leyes.

22. Pierre Rosanvallon (1948), historiador e intelectual francés.

23. Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

24. En referencia al conflicto que tuvo lugar el 10 de diciembre de 2010 en el Parque Indoamericano, en la zona sur de Buenos Aires, cuando se produjo el desalojo de un grupo numeroso de familias que habían ocupado parte del predio.

25. Francesco Carneluti (1879 - 1965), jurista y abogado italiano.

26. Ken Wilber (1949), escritor estadounidense.

27. William Ury (1953), especialista en mediación.

28. Johan Galtung (1930), sociólogo y matemático noruego.

29. Tomo esta idea del Dr. Raúl Lamberto, Defensor del Pueblo de la Provincia de Santa Fe.

30. Para un mayor desarrollo de estos puntos remito al libro *Políticas sociales y Derechos Humanos a nivel*

local. Evaluación del estado de avance en Rosario en 2017. Defensoría del Pueblo Provincia de Santa Fe y Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe, 2018.

Referencias bibliográficas

- Ferrajoli, Luigi. Democracia y garantismo. Editorial Trotta, Madrid, 2008.

- Rodotà Stefano. El derecho a tener derechos. Editorial Trotta, Madrid, 2014.

www.defensoriasantafe.gob.ar

   @defensoriaSF



DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Provincia de Santa Fe