

*“Ten el tesón del clavo enmohecido que ya viejo y ruin, vuelve a ser clavo;
no la cobarde estupidez del pavo que amaina su plumaje al primer ruido.*

*Procede como Dios que nunca llora; o como Lucifer, que nunca reza;
o como el robledal, cuya grandeza necesita del agua y no la implora...”.*

Pedro Bonifacio Palacios.

1.

En un artículo anterior, titulado ‘El rol del Defensor del Pueblo’, tuve oportunidad de señalar:

“Entonces resulta evidente el significado que el legislador pretendió darle al artículo 14 de la Ley 24.284 al señalar que ‘El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones...’. Es decir, se ideó y pensó al Defensor del Pueblo como una institución receptora de denuncias para investigar cuestiones puntuales que llegan a su conocimiento, así como también para iniciar de oficio actuaciones; empero, siempre, a partir de una presunta disfunción de la administración pública nacional. Y bajo esa concepción concluye sus investigaciones con una recomendación, advertencia o recordatorio de los deberes legales al organismo o, en el mejor de los casos, a la máxima autoridad de la entidad involucrada. Y no está mal, pero conforme se verá infra, el rol del Defensor del Pueblo ahora es otro, precisamente, como defensor de los derechos humanos para la promoción, el respeto y la protección de los derechos y libertades fundamentales universalmente reconocidas en los tratados y convenciones internacionales.”.

Agregué:

“Y en este sentido resulta sumamente ilustrativo lo que se indica en el Folleto Informativo N° 19, “Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos” elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Véase. ‘En la actualidad, las consideraciones relativas a los derechos humanos se plantean en casi todas las esferas de actividad gubernamental y, de hecho, en muchos otros sectores de la vida pública y privada. Esto se refleja en la cantidad y variedad de Instituciones que se ocupan de cuestiones relativas a esos derechos. Las actividades de iglesias, sindicatos, medios de información y muchas organizaciones no gubernamentales se refieren directamente a ese tipo de cuestiones y lo mismo sucede en el caso de muchos órganos de gobierno, tribunales y cuerpos legislativos. Sin embargo, el concepto de institución nacional de derechos humanos es mucho más restringido porque se trata de organismos cuyas funciones se definen estrictamente con referencia a la promoción y protección de los derechos humanos ... Todas las instituciones que se describen aquí son de carácter administrativo; no se trata, pues, de organismos judiciales ni legislativos. Por regla general, éstos tienen competencia para proporcionar asesoramiento en materia de derechos humanos en los ámbitos nacional y/o internacional. Esta función es desempeñada ya sea de manera general, mediante dictámenes y recomendaciones, o bien examinando denuncias que presentan individuos o grupos y pronunciándose al respecto ... La mayoría de las instituciones nacionales existentes pueden agruparse en dos amplias categorías: ‘Comisiones de derechos humanos’ y ‘Ombudsman’ o Defensores del pueblo.”. Y complementa la idea del siguiente modo: “En muchos aspectos, las competencias del ombudsman son bastante similares a las de las Comisiones de derechos humanos. En ambos casos pueden recibirse e investigarse denuncias individuales ... En la mayoría de los casos, la función esencial del Ombudsman o Defensor del pueblo consiste en garantizar la imparcialidad y legalidad de la administración

pública ... Por lo general, la actividad del ombudsman se concentra en las denuncias individuales. Sin embargo, este tipo de instituciones tienden a desarrollar actividades más diversas a fin de proteger y promover los derechos humanos.”.

Más adelante reflexioné:

“...más allá de las investigaciones que llevará adelante por quejas recibidas o actuaciones de oficio, dentro del marco de la Ley 24.284, su nuevo rol se ceñirá a iniciar investigaciones con relación a temas específicos globales que crea necesario conocer, es decir, ‘averiguar mediante acciones de búsqueda hasta arribar al preciso momento de hallar la verdad requerida o, al menos, los resultados buscados’, recabando y obteniendo información con el claro objetivo de examinar, supervisar, asesorar, informar y elaborar propuestas para un mejor funcionamiento del Estado, acerca de situaciones por violación a los derechos humanos. Todo ello al amparo del artículo 86 de la Constitución Nacional, los Tratados y Convenciones Internacionales (artículo 31 CN), y las Resoluciones dictadas en este sentido por Naciones Unidas y la OEA.”.

Y se concluyó, del siguiente modo:

“La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) sostiene, con fundamentos en los ‘Principios de París’ que: Las INDH son fundamentales para promover el respeto de los derechos humanos en sus países. También pueden impulsar la elaboración de planes de acción y fomentar políticas públicas en derechos humanos. Presentan propuestas legislativas y evalúan el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Pueden aumentar la apropiación y pertenencia nacional de proyectos de cooperación técnica, mejorando así su sustentabilidad. También son un factor clave en el diseño e implementación de programas y actividades de derechos humanos a nivel nacional, dado su mandato amplio, base jurídica, variedad de tareas, naturaleza independiente, y la riqueza de sus redes

de contactos. Representan un enlace clave entre el sistema nacional e internacional, ya que pueden facilitar la interacción con todos los actores del sistema de protección nacional, como el poder ejecutivo, poder judicial, el parlamento nacional y la sociedad civil.”.

2.

Pues, bien, ahora, merced a la labor desarrollada por la “Oficina de Jurisprudencia, Centro Documental y Biblioteca” de esta Institución, llegó a mis manos el libro “*La eficacia del defensor del pueblo en Iberoamérica*” (María Iráizoz, ed. Dykinson, Madrid, 2002, Capítulo IV, págs. 144 y ss., y Capítulo V, págs. 182 y ss.)

a. En su Capítulo IV “MANDATO Y MARCO COMPETENCIAL COMPARADOS DE LAS INDH EN IBEROAMÉRICA”, refiere que “...*las competencias de las INDH no se circunscribirían a los derechos y garantías fundamentales establecidos en sus propias Constituciones, sino que se extenderían a la protección de todos aquellos derechos humanos contemplados en los distintos instrumentos normativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta amplitud de horizontes otorga sin duda un mandato extraordinario y excepcional a las INDH. Es preciso, no obstante, valorar si esta amplitud representa una ventaja real para la protección de los derechos y si existe en su normatividad alguna priorización de derechos que, ante una situación objetiva de limitación de recursos, permita maximizar resultados a la hora de brindar una protección eficaz de los derechos de las personas.*” (pág. 144).

“Tratándose de instituciones cuyos orígenes se trazan en los Ombudsmen nórdicos, hubiera sido lógico que este mandato de protección de los derechos humanos se circunscribiera, por lo general, a la acción de la Administración Pública. Sin embargo, como se verá, esta presunción está lejos de ser así. Tradicionalmente, éste ha sido el ámbito formal de actuación de los Ombudsman,

la maladministración. Sin embargo este término, a pesar de que por sí solo parece implicar todo un concepto, no recibe una descripción compartida por la doctrina. En realidad apenas hay intentos por definirlo ... Y el propio Defensor del Pueblo Europeo ha declarado: 'Prevenir la mala administración es el objeto central de mi trabajo. Pero lo que debe entenderse por mala administración no está definido en los Tratados'. La definición que propuse en mi Informe Anual de 1997 fue la siguiente: 'Se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a que ha de atenerse obligatoriamente'. El control de la actividad de los poderes públicos es, en esencia, la razón de ser de los Ombudsman. Sin embargo, en su desarrollo iberoamericano sucede a la inversa, el mandato de derechos humanos es superior al de la supervisión de las administraciones públicas; y cuando no es así, se trata de dos mandatos paralelos o bifrontales ... No obstante, la supervisión de la Administración Pública es parte intrínseca al mandato de las INDH en gran parte de los países iberoamericanos, con independencia de si son mandatos paralelos o subordinados unos de otro o viceversa. (págs. 149/150).

En lo que nos interesa de manera directa, señala:

"Ante los diferentes matices en las propias Constituciones iberoamericanas y, más aún, ante el mandato iberoamericano sustancialmente ampliado con respecto al tradicional, cabría preguntarse si realmente existe una diferencia práctica en términos de resultados, es decir, de eficacia, entre aquellas INDH que tengan un mandato circunscrito a la supervisión de la actividad administrativa de la función pública y aquellas que contemplen prioritariamente uno general de derechos humanos? La respuesta a esto nos la daba anteriormente la doctrina. Aludía ésta a cómo la mayor parte de los derechos humanos que encontramos a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya se han incorporado en casi todas las Constituciones y legislaciones nacionales. En todo caso, el mandato de derechos humanos en nada resta al de supervisión y en cambio representa una

garantía reforzada para los casos de vulneraciones graves o importantes de derechos humanos que de ninguna manera cabrían bajo la delicadeza implícita en el término maladministración. Así por ejemplo en el supuesto caso, no tan lejano de la realidad, de que un grupo armado paramilitar iniciara una acción violenta contra una asentamiento de indígenas en una codiciada área forestal, difícilmente cabría bajo un mandato más aséptico de maladministración cuyo propio término parece ni admitir la posibilidad de que una violación tan seria de derechos humanos pudiera pasar prácticamente inadvertida entre las instituciones de un sistema democrático formal.” (págs. 156/157).

“La referencia en general ‘a la Administración supone que la actividad supervisora se extiende a la totalidad de la Administración pública en todas sus ramas y grados: militar, de justicia, local, estatal, autonómica, etc. ...’. Para FREITAS, el concepto de ‘poderes públicos’ comprende tanto al Estado como a los entes públicos menores -ya sea territoriales, institucionales o corporativos- y autoridades administrativas independientes; de otra parte, abarca a todos los poderes del Estado, es decir, el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Es decir, todos los poderes del Estado desde un punto de vista orgánico, más no, advierte, desde un punto de vista material, ‘con relación a todas las funciones del Estado por él ejercidas’. Incontestablemente, en este punto se impone el principio de separación de poderes. ‘El Ombudsman no puede controlar, so pena de exceso de poder, el contenido material de las funciones política, legislativa y jurisdiccional, sin que se inmiscuya en el centro de las opciones y valorizaciones propias de los órganos políticos, legislativos y jurisdiccionales’ ... Resulta muy interesante el modo cómo la legislación argentina acota la actividad del Defensor del Pueblo. Al mandato constitucional de derechos humanos al que subordina la actividad de la Administración, la Ley en su artículo 1 establece con claridad meridiana que ‘el objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y

omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14’.” (pág. 151).

“La legislación argentina es, probablemente, la que más atención presta a esta cuestión de la jurisdicción y la regula con mayor detalle. En parte como se verá, por el exceso de celo sobre las posibilidades competenciales que ofrece la figura del Ombudsman. Y así establece: ‘Dentro del concepto de administración pública nacional, a los efectos de la presente ley, quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios’. Sin embargo, el párrafo más controvertido, además de excepcional en la región, es el siguiente: ‘Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad’ ... En sentido contrario, destaca Bolivia por la amplitud expresa que se atribuye al Defensor del Pueblo. Y todavía explícita que podrá: ‘Formular recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de correctivos y medidas, a todos los órganos de la administración pública, al Consejo de la Judicatura o la Fiscalía General de la Nación cuando los hechos se relacionen a la administración de justicia o constituyan delito’.”. (págs. 163/165).

Como se vio en aquel artículo *“El rol del Defensor del Pueblo”*, referido al inicio de estas notas, *“...la legislación vigente (Ley Nº 24.284) ha devenido obsoleta (no olvidemos que ella, casi textualmente, reproduce la normativa española, dictada el 6 de abril del año 1981, conforme Ley Orgánica Nº 3/1981; para ser claros, han pasado 34 años desde su dictado)...”*.

Y si bien “allá a los lejos y hace tiempo”, se pensó en nuestro país en un Defensor del Pueblo que protegiera a las personas de cualquier accionar abusivo u omisión de la administración pública nacional, -la Ley 24.284 fue sancionada y luego publicada en el Boletín Oficial el 6 de diciembre de 1993; es decir, con anterioridad a la reforma constitucional (Convención Nacional Constituyente: 22 de agosto de 1994)-, no se entiende por qué razón a la luz del nuevo artículo 86 (CN) que establece que la misión del Defensor del Pueblo “...es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías reconocidos en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración...”, la Ley N° 24.379 (B.O. 11 de octubre de 1994) que modificó aquella ley de creación (N° 24.284) no sustituyó el artículo 14 de esta última por otro acorde al nuevo texto constitucional.

Ley N° 24.430, sancionada el 15 de diciembre de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 3 de enero de 1995, dispuso en su artículo 1° “Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994)”, pero insisto en que al dictarse la Ley N° 24.379 ya se conocía la redacción y el espíritu plasmado en el nuevo artículo 86 (CN) en cuanto a las funciones del Defensor del Pueblo. Es más, conforme reza su disposición transitoria **Decimosexta**: “...Los miembros de la Convención Constituyente, el Presidente de la Nación Argentina, los presidentes de las Cámaras Legislativas y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia prestan juramento en un mismo acto el día 24 de agosto de 1994, en el Palacio San José, Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos.”.

En resumidas cuentas, “arrastramos”, casi desde su génesis, una ley del Defensor del Pueblo que no se condice con el texto constitucional. Y es por esa razón que aún hoy la doctrina, y también parte de la jurisprudencia, reflexionan con excesiva vehemencia acerca de las facultades que le son propias a esta Institución cuando, en el marco de protección de los derechos humanos, se ingresa en alguna esfera

estatal que pareciera que su ley de creación le veda. En pleno siglo XXI nadie podría discutir que el Defensor del Pueblo se encuentra facultado, por ejemplo, para proteger e iniciar investigaciones vinculadas con el hacinamiento carcelario y sus derivaciones (pese a la incorrecta , o al menos antigua, exclusión que dispone su artículo 16, párrafo segundo, *in fine*).

La Ley N° 24.284 (artículo 14) y la Constitución Nacional (artículo 86) se dan de bruces (frase originada en la trágica muerte del rey de Escocia del siglo XIV, *Robert the Bruce*) si recordamos que la primera enmarca las competencias del Defensor del Pueblo para con la administración pública nacional, y la segunda respecto de la Administración.

b.

Aunado a lo señalado más arriba, y sin intentar referirme a la evolución histórica del *Ombudsman*, sólo diré, como es sabido, que nace en Suecia en el año 1809 al incorporarse la figura en su Constitución, con la finalidad de controlar la actividad del Rey y de su Consejo. El Comité redactor de la Constitución tuvo oportunidad de expresar que los derechos generales e individuales habrían de ser custodiados por un guardián nombrado por el propio Parlamento, para asegurarse que los jueces y cualquier otro funcionario obedeciesen las leyes. Con estilo, nos recuerda el ilustre procesalista español Víctor Fairén Guillén (1921-2013) en *“Normas y Notas sobre el Ombudsman de Suecia”* que *“según el párrafo (o artículo) 96 de la ... Constitución de 1809 se preveía ... que la Cámara de Representantes debía nombrar, en cada sesión ordinaria, ‘un jurisconsulto de probada ciencia y de especial integridad, en calidad de mandatario, de Ombudsman del Riksdag, encargado, según las instrucciones que éste le dará, de controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios y de perseguir, ante los tribunales competentes, según las leyes, a aquéllos que, en el ejercicio de sus funciones, cometan, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, ilegalidades o negligencias en el cumplimiento de sus obligaciones...”*.

La Ley del *Riksdag* (Asamblea legislativa del Reino de Suecia, unicameral e integrada por 349 miembros) es la Ley de Instrucciones al Ombudsman de Suecia (1975), y dispone en su Sección 1 que *“El Ombudsman Parlamentario debe extender su supervisión según se prevé en la Sección 2, a la observancia de las leyes y demás regulaciones y a aquellos que ejerzan una actividad pública para que, en todos los aspectos, cumplan correctamente con sus obligaciones.”*

Y, precisamente, en su Sección 2 establece que el Ombudsman ejerce su supervisión sobre las autoridades de gobiernos centrales y locales, sus funcionarios, y otras personas vinculadas al ejercicio de autoridad pública. Con relación a las Fuerzas Armadas, la supervisión de sus miembros la ejerce a partir de determinados rangos, es decir, no están totalmente exceptuadas de su competencia.

Sin embargo, no ejerce supervisión sobre los miembros del *Riksdag*, sus oficinas administrativas, su Secretario General, el Comité Electoral, la Oficina de Apelaciones, las autoridades del Banco de Suecia, el Gobierno del Gabinete de Ministros, el Canciller de la Justicia y, por último, los órganos decisorios de los Consejos municipales.

Es gracioso, o al menos ultra taxativo, el modo en que fija los límites de competencia del Ombudsman, ya que al final de esa Sección 2, indica: *“El Ombudsman no puede supervisar a nadie más.”*

Como se ve, sus atribuciones son bastante diferentes a las del Defensor del Pueblo nacional. Por ello, su similitud debemos encontrarla en la figura de su par español.

La Constitución española (1978) en su artículo 54, dentro del Título I *“De los derechos y deberes fundamentales”*, capítulo IV *“De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”*, dispone: *“Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos*

en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

Vale mencionar que en el Título I *“De los derechos y deberes fundamentales”*, su articulado reconoce como derechos y libertades, entre otros: (14) igualdad ante la ley; (15) la vida, la integridad, prohibición de tortura, tratos inhumanos, pena de muerte; (16) libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades; (17) libertad y seguridad; (18) honor, intimidad, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones; (19) libertad de tránsito; (20) libertad de expresión; (21) libertad de reunión; (22) libre asociación; (23) participación ciudadana; (24) defensa en juicio y debido proceso; (25) principio de legalidad, (26) prohibición de tribunales de honor; (27) derecho a la educación y libertad de enseñanza; (28) libertad sindical; (29) derecho a petionar; (32) derecho al matrimonio; (33) propiedad privada; (35) derecho al trabajo.

A su turno la Ley Orgánica 3/1981 del Defensor del Pueblo establece:

“Artículo noveno. Uno. *El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo ciento tres, uno, de la Constitución, y el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título primero. Dos.* *Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas.”.*

Y en cuanto a su ámbito de competencia, indica:

“Artículo trece. *Cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la*

referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema.”.

“Artículo catorce. *El Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el título primero de la Constitución en el ámbito de la Administración Militar, sin que ella pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional.”.*

En síntesis, el Defensor del Pueblo español tiene competencia en el ámbito de la Administración Pública (v. artículo 103.1., de su Constitución); y si bien es competente para con la Administración Militar, no lo es respecto de la Administración de Justicia (revisión de procesos judiciales), pues, en su caso, las quejas recibidas deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal o al Consejo General del Poder Judicial.

Finalmente, es importante señalar que sin perjuicio de las facultades que le otorga la Ley Orgánica 3/1981, la propia Constitución española (artículo 162.1.) faculta al Defensor del Pueblo a interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre las leyes aprobadas por el Parlamento, en protección de los derechos fundamentales, y que no debe ser confundido con la acción de amparo. El Defensor del Pueblo español al presentar su Informe anual (1984) a las Cortes Generales, refirió que ese recurso *“tiene un alcance ético-político de indiscutible envergadura”,* y se transforma *“en Defensor de la Constitución frente al poder legislativo no ya sólo al reafirmar su autonomía contra cualquier mandato imperativo, o incluso instrucciones de cualquier autoridad ... sino que da un paso más y se erige en fiscalizador de la legitimidad constitucional de una norma emanada del Parlamento, que asume o representa la soberanía popular”.*

Téngase en cuenta que el recurso de inconstitucionalidad sólo puede ser presentado por él y por el Presidente del Gobierno, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, sus Asambleas.

Así entonces la similitud entre el Defensor del Pueblo nacional y el español es que ambos son reconocidos en sus respectivas Constituciones, para la defensa de los derechos fundamentales “...ante hechos, actos u omisiones de la Administración...” (al primero), y “...a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración...” (al segundo). Sin embargo la Constitución española, como se vio, lo faculta a interponer recurso de inconstitucionalidad, instituyéndolo en un verdadero defensor de los derechos humanos y garante de que ellos sean respetados, incluso por las propias leyes que dicta el Parlamento. Obviamente, esa atribución constitucional no es siquiera parecida a la legitimación procesal que el artículo 86 (CN) le reconoce a nuestro Defensor del Pueblo nacional.

Ahora, si comparamos sus leyes fundacionales, las diferencias son enormes por cuanto la ley española (L.O. 3/1981) en su artículo *Noveno. Uno.* señala expresamente que debe velar por “...el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título primero”, es decir, los enunciados párrafos arriba; mientras que el artículo 14 de nuestra Ley N° 24.284 sólo refiere que el Defensor del Pueblo actúa frente a la actividad de la administración pública que implique un “...ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones...”, pero nada reafirma respecto de los derechos humanos; aún peor, ninguna referencia o reenvío hace a la Constitución Nacional.

Pero hay más, si advertimos que el artículo 16, párrafo segundo, *in fine*, excluye de la órbita de actuación del Defensor del Pueblo nacional a los organismos de defensa y seguridad, mientras que la propia ley española le otorga a su titular competencia para con la Administración Militar, y también para actuar frente a violaciones de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en centros penitenciarios; concretamente, conforme indica su página web “...supervisa la prevención de los malos tratos, los fallecimientos y suicidios, la salud física y mental de los internos; los traslados, los permisos de salida y el

régimen disciplinario. Los centros penitenciarios son visitados regularmente para conocer de forma directa su funcionamiento, las condiciones en que se encuentran los internos, el estado de los módulos e instalaciones socioculturales, deportivas o laborales.”.

En definitiva, únicamente le está vedado el control jurisdiccional, pues, también como aclara su sitio *“El Defensor del Pueblo, por impedírsele la ley, no examina quejas sobre casos individuales de los que haya conocido o conozca un juez, sin perjuicio de poder actuar sobre asuntos generales de la Justicia...”.*

c. Efectuadas las aclaraciones, continúo con citas del libro de la Dra. María Iráizoz para, luego, en los puntos **3.** y **4.**, fijar posición sobre el marco de actuación del Defensor del Pueblo nacional; sus facultades, atribuciones y deberes.

Véase.

Indica la Dra. Iráizoz que *“...la función del Ombudsman no es la de suplantar a ninguna autoridad de las que existen, sino por el contrario, hacer que éstas funcionen adecuadamente, hacer que se cumpla el mandato específico que las instituciones tienen ... El Defensor del Pueblo en una democracia, en un Estado de derecho, no puede pretender sustituir ni al Parlamento ni al Gobierno, ni a los jueces ni a los partidos políticos o a los sindicatos... es pues un órgano especializado y no un órgano de competencias universales. Así ... lo que distingue al Defensor del Pueblo de otras instituciones encargadas de tutelar los Derechos Fundamentales, como pueden ser las propias Cortes Generales, el Tribunal Constitucional o los Tribunales ordinarios, es la facultad específica de poder supervisar la Administración.”* (página 175).

Y en su Capítulo V “LA RECEPCIÓN DE QUEJAS, ACTIVIDAD PRINCIPAL Y EMBLEMÁTICA DE LAS INDH EN IBEROAMÉRICA, anota:

“Las INDH se introducen en el delicado equilibrio de poderes para que de modo sutil, éste funcione adecuadamente. Así por ejemplo, la obligación del Defensor del Pueblo no podrá ser el dar respuesta a cada una de las quejas planteadas,

sino identificar, a través de éstas, las quiebras que se detecten en el sistema administrativo. Es por lo tanto desde una óptica superior, constitucional, la que articula el Estado social y democrático de Derecho, desde se concibe la figura del Defensor del Pueblo, y desde donde adquiere su pleno esplendor.” (página 185).

Y agrega:

“Esta atribución de poder recibir e investigar quejas de la ciudadanía constituye una de las más significativas de las INDH de Iberoamérica. Probablemente la más apreciable y reconocida por la población. Esta convicción obliga a una reflexión sobre los propios Principios de París que conciben esta atribución como una ‘opcional’. Sin duda, esta concepción de la posibilidad de recibir quejas debilita profundamente la percepción y aplicación de los Principios de París en la región. Y es que ... los Principios de París fueron redactados teniendo en mente solamente el modelo de las comisiones clásicas de derechos humanos y, por tanto, no responden adecuadamente a la estructura y rol de los Ombudsman y en algunos aspectos incluso de las llamadas instituciones híbridas, con respecto a la protección de los derechos humanos. Por el contrario, para ella, ‘el poder de investigar se considera esencial para todos los ombudsmen y los ombudsmen híbridos de derechos humanos. Posiblemente, el poder investigativo debería incluirse como un componente esencial de todas las instituciones nacionales de derechos humanos de cara a fortalecer su habilidad para promover y proteger los derechos humanos y construir buena gobernabilidad’. Igual parecer muestra GIL-ROBLES, quien con acierto asevera que en el contexto de América Latina es una cuestión de especial relevancia ‘y de hecho es el sustrato que da verdadero sentido a su actual existencia...’.” (página 185).

Particularmente considero que si bien le asiste razón a la jurista española, quizás sea una “verdad a medias”, debido a que en los Principios de París, pese al especial hincapié que se hace acerca de la promoción y protección de los derechos humanos, pudiendo presentar al gobierno u otra autoridad (de manera

consultiva) sus opiniones, recomendaciones, propuestas e informes sobre cualquier asunto de derechos humanos; abarcando, en su caso, proyectos de ley, decretos, acciones, situaciones de violación de derechos fundamentales, etcétera, no menos cierto es que en su punto **D** “*Principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasi jurisdiccional*”, se indica que “*La institución nacional podrá estar facultada para recibir y examinar denuncias y demandas relativas a situaciones particulares. Podrán recurrir a ella los particulares, sus representantes, terceros, organizaciones no gubernamentales, asociaciones de sindicatos y cualquier otra organización representativa. En ese caso, y sin perjuicio de los principios antes mencionados que se refieren a otros aspectos de la competencia de las comisiones, las funciones que se les encomienden podrán inspirarse en los siguientes principios: 1. tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial; 2. informar al autor de la demanda acerca de sus derechos, en particular de los recursos de que dispone, y facilitarle el acceso a esos recursos; 3. conocer de todas las denuncias o demandas o transmitir las a cualquier otra autoridad competente, dentro de los límites establecidos por ley; 4. formular recomendaciones a las autoridades competentes, en particular proponer modificaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, especialmente cuando ellas sean la fuente de las dificultades encontradas por los demandantes para hacer valer sus derechos.*”.

Queda claro que las INDH se encuentran facultadas para recibir y tramitar denuncias o quejas de particulares y formular las recomendaciones necesarias a los organismos pertinentes.

Quizás su título “*Principios complementarios*” pueda haber generado alguna confusión; pero a poco que se avanza en el concepto se observa que el

Diccionario de la lengua española nos enseña que **complementario** significa “*Que sirve para completar o perfeccionar algo*”, y **completar** es “*Añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan*”; y **añadir** es “*Agregar, incorporar algo a otra cosa. Aumentar, acrecentar, ampliar*”. A su turno, **complemento**, en sus dos primeras acepciones, representa “*Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta, e Integridad, perfección, plenitud a que llega algo*”.

En definitiva, de manera hermenéutica, los Principios de París facultan a las INDH (léase, para el caso, Defensor del Pueblo) a proteger los derechos humanos tanto a través de exámenes, recepción de testimonios, armonización de leyes, elaboración de programas, informes, proyectos de leyes, etcétera, así como también por intermedio de las denuncias o quejas que recibe de particulares llevando a cabo la correspondiente investigación. Ambas tareas se complementan, a fuerza de ser reiterativo, sus facultades se amplían, acrecientan, es decir, se perfeccionan.

d. A lo expuesto debe agregarse otra fundamental atribución o, mejor dicho, obligación, pues, los INDH deben promover los derechos humanos, sea mediante su difusión o a través del mejoramiento de las condiciones de vida de las personas a consecuencia de los resultados que obtenga en sus investigaciones generales, colectivas o individuales.

La propia Dra. María Iráizoz se pregunta *¿es primera la labor de protección sobre la de promoción?* Y sobre el punto reflexiona “*...la sensibilización en derechos humanos es inherente a su protección, en el sentido de que es necesario tener conciencia de que se ‘poseen’, de la titularidad sobre éstos, para poder actuar en su defensa o protección*”.

En lo personal comparto su visión del asunto; sin embargo, así como se “presume” que las leyes son conocidas por todos, dicho principio, con origen en el Derecho romano (*ignorantia iuris non excusat*), se funda verdaderamente en una

entelequia con la finalidad de sostener que si las normas son conocidas por las personas, ninguna podrá abstraerse de su cumplimiento y obligaciones so pretexto de ignorarla.

Pero en el caso de los derechos humanos es diferente, porque aquí, contrariamente al caso anterior (el conocimiento de la ley impone obligaciones), el hombre al no conocer las leyes no puede ejercer sus derechos. Y entonces, es correcto que se insista en su difusión y que se luche incansablemente en su divulgación, pero mientras tanto y hasta que ello ocurra, las INDH deben duplicar esfuerzos en su tarea de proteger a sus habitantes de violaciones, precisamente, a sus derechos humanos, reconocidos en la legislación interna de cada país y en los compromisos internacionales.

En definitiva, hasta que pueda afirmarse que las leyes son verdaderamente conocidas por todos y cada individuo pueda ejercer *per se* sus derechos, nadie mejor que el Ombudsman para velar por ellos en defensa de sus semejantes. Entonces, al interrogante *¿es primera la labor de protección sobre la de promoción?* Sólo puede responderse que no hay dilema, que ambas tareas son concomitantes, si se quiere, volviendo al razonamiento esbozado algunos renglones más arriba, la protección y la promoción se complementan, y, juntas, perfeccionan la labor de las INDH.

3.

Parábola de los talentos.

“14 Porque es como un hombre que yéndose lejos, llamó a sus siervos y les entregó sus bienes a ellos. 15 A uno dio cinco talentos, y a otro dos, y a otro uno, a cada cual según su capacidad. Luego continuó su viaje. 16 El que había recibido cinco talentos se fue en seguida y negoció con ellos y ganó otros cinco. 17 De la misma manera, el que tuvo dos ganó otros dos. 18 Pero el que había recibido un talento salió y cavó un hoyo en la tierra y escondió el dinero de su señor. 19 Después de mucho tiempo, el señor de aquellos siervos y se puso a

ajustar cuentas con ellos. 20 El que había recibido cinco talentos, trajo otros cinco, diciendo: 'Señor, me entregaste cinco talentos. Mira, he ganado otros cinco'. 21 Su señor le respondió: '¡Hiciste bien, siervo bueno y fiel! Has sido fiel en unas pocas cosas. Te pondré a cargo de muchas cosas. Entra en el gozo de tu señor'. 22 El de los dos talentos también vino y dijo: 'Señor, me entregaste dos talentos para mí. Mira, he ganado otros dos'. 23 Su señor le respondió: '¡Hiciste bien, siervo bueno y fiel! Has sido fiel, sobre mucho te pondré. Te pondré a cargo de muchas cosas. Entra en el gozo de tu señor'. 24 Y el que había recibido un talento, dijo: Señor, sabía que eres un hombre duro, que cosechas donde no sembraste y recoges donde no esparciste. 25 por lo cual tuve miedo, y fui y escondí tu talento en la tierra. Mira, tienes lo que es tuyo. 26 Pero su señor respondió: "El mal y el esclavo perezoso! Así que sabías que cosecho donde no sembré y recojo donde no esparcí; 27 Entonces deberías haber entregado mi dinero a los banqueros, y al volver yo, habría recibido mi dinero con intereses! 28 Por tanto, quitadle el talento y dadlo al que tiene diez. 29 Porque al que tiene se le dará más, y tendrá más que suficiente. Pero el que no tiene, aun lo que tiene le será quitado. 30 Y a ese siervo inútil echadle en las tinieblas de afuera. Allí será el llanto y el rechinar de dientes." (Mateo 25:14-30).

Para poder ingresar en el tema, fugazmente diré que el "talento" era considerado, en el mundo antiguo, una unidad monetaria o, se discute, una medida de peso que equivalía a 23,16 kg. de plata.

Para el Diccionario de la lengua española, de la interpretación de la "Parábola de los talentos" deriva la inteligencia o aptitud de las personas, entendida esta última como la capacidad para el desempeño o ejercicio de una ocupación.

Queda claro, obviamente, que los "talentos" no sólo representan las pertenencias materiales, sino que son también las cualidades que Dios nos ha dado a cada uno. Aclaro que poco importa si el lector es creyente, ateo o agnóstico, pues, lo que quiero reflejar aquí, no se vincula a cuestión religiosa alguna.

José Ingenieros, en su libro *“El Hombre Mediocre”* luego de plantear una diferenciación entre genio y talento, se refiere a éste como al hombre que practica formas de actividad, general o frecuentemente practicadas por otros, mejor que la mayoría de los que cultivan esas mismas aptitudes.

Mateo, el Evangelista, apóstol de Jesús, demuestra que cada persona debe producir al máximo sus “talentos” y obtener sus frutos en proporción a lo que le ha sido otorgado por divino. Quiero decir, con base en lo que habré de exponer, que no importa, aquí y ahora, si le han sido otorgados por mandato divino, constitucional o legal. Lo que no puede, quien ha recibido los “talentos”, es enterrarlos, que es lo mismo que no hacer nada con ellos, debido a que es obligatorio para toda persona responsable hacer el bien cuando se poseen las herramientas para lograr ese cometido.

En este contexto es incuestionable que las INDH han sido conferidas con un sinnúmero de “talentos”, muchos más que los cinco que le fueron otorgados al primer bienaventurado de la “Parábola”. Sea por las Disposiciones y Resoluciones de la ONU, de la OEA, u otros organismos internacionales, por mandato constitucional o por las leyes que regulan su actividad; la protección y promoción de los derechos humanos genera una enorme cantidad de obligaciones y responsabilidades para con las personas que ven, a diario, vulneradas sus garantías fundamentales.

Y entonces, o a partir de entonces, es que el Defensor del Pueblo nacional debe, con base en el artículo 86 de nuestra Constitución, ampliar su marco de actuación, obviamente, sin desconocer las disposiciones de la Ley N° 24.284, pero “teniendo como norte” los instrumentos internacionales ratificados por nuestro Estado, y que son ley suprema de la Nación (conf. artículo 31, CN). Continuar atascados o seguir discutiendo si su competencia alcanza a la Administración o a la administración pública nacional, o si carece de facultades para la promoción de los derechos humanos debido a que nada dicen las normas

que regulan su actividad, o sólo dictando recomendaciones, en su mayoría de carácter individual, en los términos del artículo 28 de la Ley N° 24.284, o formulando exhortaciones, sin promover investigaciones, informes y propuestas, conforme indican los Principios de París, sin participar activamente en foros, comisiones y ateneos, tanto gubernamentales como no gubernamentales, etcétera, no es más que enterrar los talentos, de igual modo que lo hizo el último de los siervos; y lo que es aún peor, con consecuencias más gravosas que el llanto o rechinar de dientes, pues, el castigo por tales omisiones no será individual como lo fue para aquel desdichado, sino inmensamente más doloroso porque habrá de arrastrar en su tragedia a todos aquellos a los que ha dejado sin protección. En síntesis, le corresponde al Defensor del Pueblo multiplicar sus talentos y con base en la totalidad del plexo normativo, nacional e internacional, con el que ha sido dotado, transitar, con inmensa convicción, el camino hacia una efectiva protección y promoción de los derechos humanos.

4.

a. Me invade la sensación que esta Institución, a veces, ha navegado entre *Escila* y *Caribdis*, es decir, debatiéndose en sus funciones entre las facultades que le otorga el artículo 86 (CN) y la Ley N° 24.284, sin haber advertido que, en realidad, lo hace a través de un inmenso océano que se llama Carta Internacional de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de

discriminación racial; Declaración de Principios sobre la libertad de expresión; Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, etcétera.

Y recordé con esfuerzo la sabia redacción del artículo 34 de nuestro Código Penal, más precisamente, sus causas de justificación.

El citado artículo, en su inciso 4, dispone que no son punibles: *“El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”*.

Sencillamente se justifica el accionar de quien actúa en cumplimiento de un deber legal, es decir, cuando la propia ley le impone al sujeto la obligación de proceder del modo en que lo hace. Es decir, el autor del hecho se encuentra frente a un conflicto normativo: cumplir con una norma general o con una especial de igual o mayor jerarquía.

A su turno, el legítimo ejercicio de un cargo no es otra cosa que ejercer el poder de decisión que la propia función le impone por ley aun a riesgo de violentar otra norma. Obviamente debe ser un cargo público y debe haber accedido a él de manera legítima, actuando, en consecuencia, dentro de sus competencias.

De todas formas, siempre se trata de obrar conforme a derecho frente a una colisión de normas excluyentes o, por lo menos, contradictorias. Y le corresponderá al sujeto formular un juicio de valor entre ambas. Es que, cumplir con el Derecho nunca puede resultar antijurídico.

Así, el obrar del Defensor del Pueblo, en defensa y protección de los derechos humanos, fundada su actuación en el artículo 86 (CN) y en los preceptos que recogen los tratados y convenciones internacionales (ratificados por ley por nuestro país) quizás, algunas veces, se vea forzado a “exceder” los límites que le impone la Ley N° 24.284. Ese accionar se denomina *“estado de necesidad justificante”*, y excluye su culpabilidad en razón de obrar en salvaguarda de un interés de mayor jerarquía.

Y cuando los intereses que colisionan son de igual jerarquía se denomina “*estado de necesidad disculpante*” si, por ejemplo, lo que se protege son derechos fundamentales.

Que se interprete correctamente lo que quiero decir: el Defensor del Pueblo actúa en el marco de la Ley N° 24.284 pero, como se vio, el artículo 14 nada refiere acerca de su misión esencial de defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución Nacional, conforme reza su artículo 86. Y mucho menos, conforme los Principios de París y demás normas internacionales que regulan la actuación de las INDH para intervenir frente a una violación a esos derechos y garantías reconocidos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En definitiva, *mutatis mutandi*, si nuestro Código Penal justifica el accionar de un sujeto que obra “...*en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo*”, no hay dudas que el Defensor del Pueblo goza de amplias facultades para investigar, conocer, reparar y, en su caso, hacer cesar un atropello o vejación a los derechos fundamentales y, por consiguiente, jamás podrá ser considerado un exceso en sus funciones.

Siguiendo este hilo conductor, otro paralelismo apareció en mi mente; concretamente la causa de justificación que prevé el inciso 7° del mismo artículo 34 de nuestro Código Penal.

No son punibles:

“El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

El caso de *legítima defensa a terceros* se funda en el principio que “nadie está obligado a soportar lo injusto”.

En este supuesto el sujeto que “provocó” no puede defenderse por sí por lo que interviene un tercero con la condición que éste no haya participado en la provocación.

Además, la norma hace referencia a las circunstancias a) y b) del inciso 6º, esto es: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

La primera (a) es la conducta que, de manera voluntaria e intencional, lleva adelante quien agrede y es ilegítima ya que el agredido no tiene obligación de soportarla; y de manera contraria podría razonarse que la agresión no es antijurídica si el agresor actúa de manera justificada.

La segunda (b) importa los actos de defensa que lleva a cabo el agredido para repeler la agresión, es decir, la necesidad de defenderse pero, además, debe ser racional, esto es, no deber ser exageradamente desproporcionada al ataque. Finalmente, no importa que la agresión haya sido iniciada, pues, el propio artículo indica que actúa el sujeto tanto para impedirla o repelerla.

Quizás algo engorroso para un lego en derecho penal, pero no tanto si se lee con paciencia. Pero ¿qué quiero explicar con el ejemplo de la legítima defensa a terceros?

Sencillamente que si se advierte o se toma conocimiento de que una persona es víctima de violación de un derecho humano porque el agresor infringe la ley (en sentido amplio), le corresponde al Defensor del Pueblo, que no ha participado en la provocación, defender los derechos del agredido mediante un medio racional acorde a la agresión, es decir, ni más ni menos, que con las leyes que le asignan competencia para llevar adelante su misión de protección de los derechos humanos. En definitiva, como en el ejemplo anterior, frente a una vejación de derechos fundamentales, es el Defensor del Pueblo como máximo garante de ellos, conforme las disposiciones que rigen a las INDH, intervenir en el caso y hacer cesar al agresor en su obrar ilegítimo, mediante las facultades que le otorga

la Ley N° 24.284 y si éstas no fueren suficientes, entonces, con base en la racionalidad del medio empleado, recurrir al artículo 86 (CN) y a los tratados y convenciones internacionales. Corolario: frente a un organismo estatal que agrede a una persona al negarle o no reconocerle sus derechos, el Ombudsman obra en su defensa siendo la ley el medio racional empleado que utiliza para impedir o repeler la agresión.

b. Pretendo concluir de manera contundente: si verdaderamente se piensa que la Ley N° 24.284 limita la actuación del Defensor del Pueblo conforme lo dispuesto en sus artículos 14 (al referirse la administración pública nacional) y 16, párrafo segundo, *in fine* (exceptuados los organismos de defensa y seguridad), es evidente que el artículo 86 de nuestra Constitución amplía su competencia al referir que su misión es la defensa y protección de los derechos humanos tutelados en ella y en las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración. Máxime, teniendo en cuenta lo resuelto por la CSJN en el fallo “Mazzeo” (330:3248) donde se expresa: “19) *Que así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras, en el sentido de aceptar como principio ya existente en ese momento, la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional Centre otros a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 20) Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso ‘Ekmekdjian’ (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los*

efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.”.

Pero si aún quedara alguna duda, por entender que la reforma constitucional (al referirse al Defensor del Pueblo y hacer mención a la “Administración” con mayúscula) no extiende sus atribuciones con relación a otros organismos estatales, debo señalar que los ejemplos recreados, en función de lo que disponen los incisos 4º y 7º del artículo 34 de nuestro Código Penal, para imaginar una virtual colisión normativa, han sido traídos a colación de una manera alegórica porque, en realidad, toda legislación cede, ante la duda, frente al principio *pro homine*, aplicado como un criterio de interpretación o como una norma de reenvío. No olvidemos que ha sido reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el principio *pro homine* como un “*principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.*” (Corte IDH, O.C. 5/85).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el principio *pro homine* indicando que “*en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos.*” (CIDH, Informe 35/07, c. 12.553, “*Jorge, José y Dante Peirano Basso*”, R.O.U., 1/05/2007).

Nuestra Corte de Justicia nacional, el 23 de abril del 2008, en los autos Nº 28/05 “*Acosta, Alejandro Esteban sobre infracción al artículo 14 de la Ley 23.737*”, (S.C.A. 2186, LXL, publicado en LL 2008-D-36), aplicando el principio *pro homine*, resolvió dejar sin efecto el criterio sostenido por la Cámara Nacional de Casación Penal (Plenario Nº 5, con motivo del trámite de la causa Nº 1403 de su Sala III,

"Kosuta, Teresa sobre recurso de casación", año 1999) sosteniendo que correspondía la interpretación amplia del artículo 76bis, Cp., es decir, podía ser beneficiado con el instituto de la suspensión del juicio a prueba cualquier persona, aún cuando la pena por el delito cometido fuere superior a tres años de prisión; para ser más exactos, se autorizó la suspensión del juicio a prueba, aún cuando la pena prevista superare los seis años, *"si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del Fiscal."*

Indicó la Corte: *"6º) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304: 1820; 314:1849; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad, (art. 18 de la C.N.) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal."*

Al año siguiente, con fecha 25/08/2009, en el fallo A. 891. XLIV, *"Recurso de hecho - Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 sobre la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737"*, la Corte declaró la inconstitucionalidad del citado artículo 14 (tenencia de estupefacientes para consumo personal), al considerar que se violentaba el artículo 19 (CN).

Los magistrados Highton de Nolasco y Maqueda expresaron: *"23) que a nivel*

internacional también se ha consagrado el principio 'pro homine'. De acuerdo con el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido. No hay dudas que tal principio 'pro homine' resulta más compatible con la posición de la Corte en 'Bazterrica' que en 'Montalvo' pues aquel amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva."

Sólo agrego, para comprender mejor el precedente, que en "Bazterrica" (Fallos 308:1292) y en "Montalvo" (Fallos 313:1333) se resolvió de manera contrapuesta: el primero, de manera similar a "Arriola" despenalizó el consumo de estupefacientes para consumo personal, mientras que en el segundo se volvió a criminalizar esa conducta. La Corte en "Arriola" tuvo en cuenta que ambos precedentes fueron dictados con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994 que incorporó los tratados internacionales, y puso "blanco sobre negro" acerca de la preeminencia de los instrumentos internacionales por encima de la legislación interna.

Precisamente indica en su Considerando 16: "Que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en 'Bazterrica' y 'Montalvo', se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, 'Bazterrica' es un pronunciamiento del año 1986, y 'Montalvo' de 1990. Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080. -13- impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos

humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re 'Mazzeo', Fallos: 330:3248). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional. Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables ('Verbitsky' Fallos: 328: 1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales ('Casal' Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal ('Maldonado' Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias ('Tufano' Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad ('Quiroga' Fallos: 327:5863, 'Llerena' y 'Dieser' Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio ('Benítez' y 'Noriega' Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ('Barra' Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad ('Gramajo' Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas ('Santillán' Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos ('Arancibia Clavel' Fallos: -14- 327:3312; 'Simón' Fallos: 328:2056 y 'Mazzeo' Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones.”.

c. En definitiva, puede afirmarse sin rubor que la Ley N° 24.284, que “supuestamente” limita la actuación del Defensor del Pueblo, se rinde sin capitulación ante el artículo 86 (CN), los tratados y convenciones internacionales (incorporados como leyes supremas), el principio *pro homine*, la Corte IDH, la

CIDH, y la CSJN.

Arriesgo mi opinión en el sentido que los artículos 14 y 16, párrafo segundo, de la Ley N° 24.284 han sido derogados de manera tácita o implícita por nuestra Constitución Nacional, concretamente por la disposición de su artículo 86, perdiendo obligatoriedad que las investigaciones deban dirigirse exclusivamente contra la administración pública nacional, así como también la exclusión que efectúa de su ámbito de competencia, pues, sucumben frente a la misión de defensa y protección de los derechos humanos que le otorgó nuestra Ley Fundamental. Pero, además, el Derecho debe ser concebido como un sistema dinámico, y conforme se indicó en el párrafo anterior, las resoluciones, informes, instrucciones, fallos e instrumentos internacionales, más los precedentes dictados por nuestra Corte con posterioridad al año 1994, así ya lo han decidido.

En la defensa de los derechos y garantías fundamentales no se procede como el pavo que *amaina su plumaje al primer ruido* sino como *el robledal cuya grandeza necesita del agua y no la implora ... ¡Que muerda y vocifere vengadora, ya rodando en el polvo tu cabeza!*

No hay peor mal que la pasividad, y por esa razón estoy absolutamente convencido que el Defensor del Pueblo debe valerse de todas las herramientas jurídicas a su alcance para cumplir con su misión de protección y promoción de los derechos humanos porque para que el mal triunfe sólo necesita que los buenos permanezcan de brazos cruzados.

Asesoría Legal y Técnica.