

EL CONTROL PÚBLICO EN LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. LOS NUEVOS HORIZONTES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Isaac Augusto DAMSKY*

El futuro, señores, es de ustedes.

Hemos sido llamados para hacer nuestra parte en un proceso sin tiempo. Mucho después de mí, estarán aquí para hacer su parte, y llevar la antorcha adelante.

Sé que la llama brillará, mientras la antorcha esté en sus manos.

Benjamín CARDOZO
*The Nature of the Judicial Process*¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problemática del control público vinculada al sistema de derechos*. III. *El Defensor del Pueblo. Funcionario promotor del cambio*. IV. *El reconocimiento de los derechos de participación en el control en el Orden Público Supranacional de los Derechos Humanos*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del Defensor del Pueblo en Argentina y, creo que en toda Latinoamérica, tiene ante sí nuevos horizontes de expansión y nuevos ámbitos de tutela, determinados por la progresiva expansión de los derechos humanos fundamentales de control público, que en la actualidad encuentra a nuevos sujetos co-titulares del interés público implicado en la relación de control y, unido a ello encuentra nuevos soberanos, nuevas formas de actuación del poder público, que a su vez aparecen dotados de

* Doctor en derecho administrativo por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

¹ New Haven, Yale University Press, 1921, p. 179 y 180.

poderes de imposición e intervención más intensos, sofisticados e imperceptibles, que las tradicionales y previsibles técnicas de gestión provenientes del derecho público decimonónico. Sin dudas, descubrimos que el siglo XXI nos ha puesto en presencia de aquella novedad, en los términos en que comentamos el impacto de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos sobre los mecanismos internos de control público de los Estados iberoamericanos. Vimos que esta novedad, de naturaleza compleja, obedece principalmente a la crisis y transformación de los estados nacionales y, que en mayor o menor medida, esta crisis ha impactado sobre las categorías, las estructuras y la relación de control público, desarrolladas durante el siglo XX. Ello, en razón de la indisoluble relación existente entre Estado y sistemas de control público, que impide reflexionar sobre la racionalidad de los mecanismos de control sin antes reflexionar a cerca de la progresiva erosión de los paradigmas del Estado, en los términos citados en la parte I.

Así, vemos que el control público se ha transformado y, ello, principalmente debido a que la nueva modulación entre lo público y lo privado, que consecuentemente opera una reconfiguración de intereses públicos y privados, determinara, para el control público, las siguientes transformaciones: la integración de nuevos sujetos a la relación de control, tanto por la expansión progresiva —e históricamente situada— de los derechos fundamentales de control público, cuanto por el surgimiento de nuevas formas de actuación del poder encarnadas en sujetos distintos de los estados, todo lo cual requerirá, como contrapartida, el desarrollo de una mayor sofisticación en cuanto a las técnicas de control, actualmente existentes y, determinando una mayor complejidad en la estructuración de las nuevas relaciones de control. Y ello, porque el control tiene ante sí el desafío de adecuarse a este nuevo derecho público que se está desarrollando, como lo hemos analizado en la parte I. Ello, nos invita a repensar sobre control público, a partir de las transformaciones, lo cual será para nosotros la posibilidad de analizar al control a partir de los derechos fundamentales.

II. PROBLEMÁTICA DEL CONTROL PÚBLICO VINCULADA AL SISTEMA DE DERECHOS

Ello, por cuanto los sucesivos mecanismos legales de control administrativo “interno” y “externo” del Estado, desarrollados en Latinoamérica,

evidencian que han sido pensados como un atributo del poder del Estado. No han sido tematizados desde las garantías del orden constitucional, sino que fueron tradicionalmente teorizados desde el núcleo de las prerrogativas estatales.

Con un agravante para mi país. En la actualidad, no obstante que la reforma de la Constitución argentina de 1994, incidió de manera decisiva sobre el proceso denominado por el profesor Jorge Salomoni de internacionalización del ordenamiento interno y, que además, complementó las garantías provenientes del plexo constitucional mediante la recepción del sistema interamericano de derechos humanos, encontramos que tamaña arquitectura constitucional no encuentra su contrapartida en un consecuente ordenamiento jurídico —tributario del sistema de derechos fundamentales— mediante el cual se desarrolle esta novedad. Y, en lo que hoy nos interesa, tampoco en la práctica institucional argentina verificamos el desarrollo de mecanismos que posibiliten la vigencia plena de los derechos fundamentales de participación en el control público.

Así, la falta de discusión del sistema desde los derechos explica la ausencia de participación concreta de los particulares en su ejercicio.

En mi opinión, este es uno de los grandes desafíos que enfrenta la figura del Defensor del Pueblo en la actualidad. Me refiero a la puesta en práctica de su función promocional del cambio, con el objetivo de erigirse en una auténtica garantía instrumental de los derechos de participación de los particulares en el ejercicio del control público.

Creemos que ello es así, ya que la reforma constitucional de 1994 ha producido una profunda transformación del Estado y de los paradigmas del poder y la libertad al establecer una nueva conexión entre el sistema de derechos y el sistema del poder, principalmente a partir del nuevo orden público supraconstitucional, que se entiende receptado por nuestra Constitución a partir de su artículo 75, incisos 22 y 24, entre otras normas.

Es entonces, que debería verificarse la consecuente adecuación de ese sistema a los principios del nuevo orden público supranacional; me estoy refiriendo a los principios provenientes del “Sistema Interamericano de los Derechos Humanos”, cuya protección refuerza la tutela constitucional interna, dadas sus condiciones plenas de operatividad.

De la misma manera, nuestro sistema debería adecuarse, también, al embrionario derecho de la integración latinoamericana, mediante su armonización con las legislaciones de los Estados miembros, en pos de la coherencia del sistema.

Ello plantea un atractivo entrelazamiento entre el sistema de poder y el sistema de derechos y, a la luz del nuevo modelo constitucional y los nuevos desafíos que el derecho público del siglo XXI nos presenta, resultan como deseable punto de inicio de una nueva relación entre los particulares, los poderes públicos estatales y los nuevos sujetos actores de la economía con real capacidad de imposición por sobre los estados.

Sin embargo, como comentamos, comprobamos que nos encontramos lejos de producir la evolución reclamada al no haberse advertido la profunda transformación apuntada y no discutirse los alcances de la internacionalización, nuestro control público permanece inalterado y nuestro Defensor del Pueblo continúa imposibilitado de ejercer en su plenitud su función promocional del cambio.

Se agrega el dato de que los mecanismos de administración financiera y control público vigentes en Argentina, han sido el resultado de una superposición de categorías extranjeras ajenas a nuestro modelo constitucional, ocasionando el consecuente desmembramiento respecto de nuestras fuentes originarias, en los términos demostrados por el profesor argentino Jorge Salomoni.

Es entonces que, en mi opinión, la adecuación de nuestro sistema de control al nuevo orden público supranacional reconoce un actor principal en el proceso de transformación: el Defensor del Pueblo es este, para mí, el nuevo rol que le toca jugar, como un deseable punto de inicio de la reconfiguración de las garantías constitucionales en el siglo XXI.

Sentado lo expuesto, creo oportuno presentar las que para mí son las nuevas bases constitucionales del control público, los nuevos derechos fundamentales de control y, que a la vez sirven de marco a la actuación del Defensor del Pueblo como protector, como garantía instrumental de los derechos fundamentales reconocidos en el orden público supranacional de los derechos humanos.

Según vemos, el texto constitucional argentino de 1994 operó una profunda transformación en la relación existente entre el sistema de derechos y el sistema de poder, de manera tal que se han configurado verdaderas esferas de protección del particular frente al estado que permiten verificar la existencia de un derecho fundamental al control público, cuya tutela le es encomendada al Defensor del Pueblo, institución a la que se le encarga la representación y defensa de estos nuevos derechos fundamentales, verdadera garantía instrumental, adecuada, para vehiculizar la incorporación de los particulares a las acciones de control administrativo del Estado.

Siendo ello así, debe advertirse un fenómeno interesante que se produce en el sistema argentino y, en lo que aquí interesa, respecto de las normas que orientan la actuación del *ombudsman* local.

Como sostiene Salomoni,² con la reforma de la Constitución de 1994, el artículo 75 inciso 22, segundo párrafo, introdujo en su plexo normativo diversos tratados de derechos humanos que están allí especificados. Es decir que, estos tratados tienen jerarquía constitucional integrando su plexo jurídico.

Esta modificación, en palabras de Salomoni, además de la incorporación de las nuevas concepciones ya mencionadas, ha tipificado algunos de los derechos y garantías no enumerados en la anterior parte dogmática de la Constitución en su artículo 33; norma que, como sostiene Salomoni, contiene el principio de progresividad en la protección de los derechos.³

La fuerte internacionalización que se operó sobre el sistema jurídico argentino, a partir de la reforma constitucional, impacta sobre la actuación del Ombudsman local, quien deberá adecuar su actuación a los principios y reglas provenientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las cuales, por complementar el plexo constitucional argentino, reconfiguran las normas internas que rigen su organización y funcionamiento. Ello por cuanto, si la configuración del derecho fundamental al control público provendrá de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos —como instrumentos de jerarquía constitucional y operativos en las condiciones de su vigencia— va de suyo que en dicho ámbito deberán buscarse los criterios que presidan su actuación, los principios rectores del sistema, junto con los nuevos contenidos de estas garantías instrumentales.

Así, entiendo que, lo decisivo para la vertebración de este nuevo plexo de derechos, para que hoy podamos reconocer la existencia de derechos fundamentales de participación en el control público, lo encuentro en la incorporación del “sistema interamericano de derechos humanos” a la Constitución argentina, en las condiciones de su vigencia.

² Salomoni, Jorge Luis, *Interés público y emergencia*, texto de la conferencia dictada en la Fundación de Derecho Administrativo, agosto de 2003.

³ *Ibidem*, p. 11, dicho precepto se repite en las Constituciones de Brasil, artículo 50., LXXVII, párrafo 2o., Paraguay, artículo 80, Uruguay, artículo 72, lo cual autoriza a sostener que dicho principio constituye un principio general de derecho en los términos del artículo 38, párrafo 1 C, del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de nuestra región, o como lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 30/93: “una cláusula constitucional consuetudinaria de firme tradición en el hemisferio”.

Ello determinará que estos nuevos derechos adquieran un contorno más preciso mediante el establecimiento normativo de su contenido y el reconocimiento de su titular, unido a una tutela institucional que como veremos, la Constitución argentina le asigna al Defensor del Pueblo.

Este nuevo sistema lo entendemos integrado de la siguiente manera:

I. Para el sistema de poder la jerarquización constitucional del control público la encontramos en el nuevo artículo 85 de la Constitución Argentina Reformada de 1994.

Puede aventurarse que, la confirmación de que el control público es consecuencia de la soberanía popular la encontramos en dicha cláusula, la cual al redefinir los nuevos contornos del sistema de poder, le atribuye al Poder Legislativo la titularidad de la potestad de control al establecer: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo”.

II. Luego, para el sistema de derechos este reconocimiento lo encontraremos en el “sistema interamericano de derechos humanos”, el cual reconfigurará al anterior derecho implícito. El nuevo contorno de estos derechos, en expansión progresiva, ha de encontrarse en el sistema hermenéutico desarrollado por los tratados internacionales de derechos humanos e interpretados por sus órganos de aplicación e interpretación.

Asimismo, dentro del sistema de derechos, la reforma constitucional receptó en su nuevo artículo 86 a la figura del Defensor del Pueblo. Con ello se institucionalizó, de alguna manera, a los derechos de control, ya que dicha cláusula le estableció las siguientes dos funciones:

1. La defensa de los derechos e intereses de particulares frente a la administración: “Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados... ante hechos actos u omisiones de la administración...”; y

2. La representación de los derechos de participación en el control público, al decir: “...el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Es la denominada “función promocional del cambio”.

La letra constitucional le asigna al Defensor del Pueblo la responsabilidad de ejercer, de actuar, esos derechos de control en representación de su titular: el particular —ciudadano— usuario.

Vale decir, en el sistema de la norma constitucional comentada, la garantía de participación en el control público se protege mediante su atribución

al Defensor del Pueblo, la cual de ninguna manera es excluyente de la intervención del particular, quien se encuentra facultado a peticionar su intervención e incluso intervenir en forma directa desplazando su actuación.

III. EL DEFENSOR DEL PUEBLO. FUNCIONARIO PROMOTOR DEL CAMBIO

Creemos conveniente adoptar esta designación para caracterizar la figura del *ombudsman* por hacer al núcleo central de su función. Si bien al tratar la figura del *grand senechal* señalamos que era de su esencia señalar al rey las faltas y negligencias que constataba para promover la reforma de instituciones o procedimientos anticuados o inconducentes; recién con la incorporación de la figura a la vida institucional española se pone de relieve la importancia de esta función como elemento distintivo frente a los restantes órganos de control.⁴

En España se concibió que la razón de ser del *ombudsman*, obedecía a un perfeccionamiento en los medios de protección de los derechos humanos, ya que muy especialmente debe ocuparse de aquellas actuaciones administrativas que escapan al control tradicional, mediante la indagación de quejas elevadas a su despacho, constituyéndose en un control de humanidad. En este sentido se le reconoce una “función promocional del cambio” por corresponderle promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y, facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (artículo 9º. de la Constitución española).

El Defensor del Pueblo español ha entendido su carácter de poder público impulsor del desarrollo de los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia, pluralismo y solidaridad inherentes a un estado democrático y social. Tal proceso de cambio exige la promoción

⁴ Es de nuestro interés remarcar que por esencia, la institución del *ombudsman* es un órgano de control para la promoción de la reforma y actualización constante de la administración, y en forma subsidiaria se erige en “legitimador” de acciones populares; necesaria atribución para la efectiva tutela de situaciones jurídicas subjetivas que nuestro ordenamiento priva de legitimación, tales como los intereses “simples” y los “de incidencia colectiva”. Concluimos que si bien es un órgano tutelar de derechos humanos, su actividad comporta una gama amplísima de defensa de derechos de los administrados ya que no debe olvidarse que se recurre a él frente a cualquier supuesto de mala actuación de la administración.

de condiciones que hagan posible ese avance.⁵ Así, extraña las funciones de representante legal de la comunidad, se erige en un verdadero promotor del cambio por poseer su actividad el objetivo de remarcar los errores de la administración,⁶ detener los abusos del poder, y contribuyendo a la purificación de las instituciones, garantizar el respeto de los poderes públicos a la Constitución, contribuyendo a promover cambios estructurales más que coyunturales. Esta comprensión de su función la ejercita formulando advertencias y recomendaciones⁷ pero particularmente legitimándolo a ocurrir ante el órgano jurisdiccional para la interposición de recursos de amparo y de inconstitucionalidad; facultad de la cual es nuestro país tributaria directa, toda vez que sólo la legislación de nuestra madre patria prevé dichas atribuciones.

Facultades para la “promoción del cambio” en el ordenamiento interno argentino

Esta función promocional del cambio aparece receptada en la ley argentina en el artículo 27 por el cual se lo faculta a proponer a la administración pública o al Poder Legislativo la modificación de una norma si como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.⁸

⁵ Cf. Informe del Defensor del Pueblo español a las cortes generales, 1984, p. 18.

⁶ Cf. artículo 15 de la Ley 24248, que afirma el deber de “prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” para de esta manera “proponer la modificación de los criterios utilizados”—cfr. artículo 27—.

⁷ Giner de Grado, Carlos, *El Defensor del Pueblo*, Madrid, Popular, 1982, p. 52, entiende de tal función por la obligación que tiene el propio Estado de ajustar el orden normativo a la realidad existencial padecida por los individuos. Esto conlleva la constante revisión de leyes, no ya los surgidos en períodos totalitarios de los Estados, sino de la totalidad del bloque normativo del Estado. Debe de esta forma sugerir la modificación de los criterios y de las propias normas emanadas de los órganos legislativos o ejecutivos, siempre que estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

⁸ Conforme sostiene Varela Suárez, Carpegnà, “La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo”, *Revista de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 3, 1983, p. 125, el fundamento de las facultades que apuntamos se halla en el hecho de que todas las sociedades, aun las más progresistas, corren constantemente el peligro de dormirse y adocenarse. Si se aspira a consolidar una sociedad democrática de avanzada se ha de estar alerta para perfeccionar a diario las instituciones del sistema político.

A su vez por el artículo 28 se faculta a formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales y, propuestas para la adopción de nuevas medidas. Pero al contrario de la cláusula anterior, se establece la obligación de los responsables de responder por escrito, en el término máximo de un mes, facultándolo ante el silencio del funcionario cuestionado a poner en conocimiento del ministro del área o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas y, estableciendo la obligación del Defensor del Pueblo frente a la renuencia del órgano a expedirse, de incluir tal asunto en su informe anual o especial,⁹ con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud.

Las normativas comentadas obedecen al criterio que sentó la Ley Orgánica española, cuyo artículo 28 faculta al Defensor para sugerir al órgano legislativo competente o a la administración la modificación de criterios y de las propias normas emanadas de estos órganos cuando estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

A su vez nuestra ley, completando el criterio de la española, le impone el deber de poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos en que corresponda, los resultados de sus investigaciones,¹⁰ determinándose una vía alternativa para encausar el contenido de las recomendaciones que efectúa ya que no debe perderse de vista que el Defensor del Pueblo no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas, el límite de su competencia está dado por la facultad que posee para proponer la modificación de criterios utilizados por los órganos sujetos a su control, conforme consigna en forma expresa el artículo 27 de nuestra ley, en identidad de términos que el artículo 28.1 de la legislación española.¹¹

⁹ Recuérdese que el Defensor del Pueblo debe elevar informe anual al Poder Legislativo por el cual “rende cuenta de su gestión”.

¹⁰ Téngase presente la competencia de la Auditoría General de la Nación establecida en el artículo 117 de la Ley de Administración Financiera que somete a un control *ex post facto* de gestión presupuestaria, económico-financiera de los “organismos centralizados. Entes reguladores de servicios públicos y los prestatarios de servicios públicos privatizados, estos últimos sólo en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos”.

¹¹ Razonable es la categórica prohibición comentada ya que una sustitución de criterios declarada, importaría el dictado de un acto administrativo viciado de nulidad por in-

Las facultades comentadas han sido no pocas veces objeto de duras críticas, puesto ¿qué clase de control puede ejercerse sin carecer de medios coactivos para imponer sus resoluciones? Frente a ello se ha remarcado que el hecho de carecer de potestad ejecutivas o jurisdiccionales no le impedirá ser un medio de control eficaz de la administración ya que ha de tenerse en cuenta que los régimenes democráticos son ante todo “régimenes de opinión”. En punto a ello, la función del Defensor del Pueblo deviene esencial dado su deber de ser cauce de comunicación entre los ciudadanos y la administración, de esta suerte se contribuye a un diálogo más inmediato y fluido entre todos los interlocutores; a una reparación mas rápida y genuina de entuertos y a una evolución perfectiva de las normas vigentes, impulsando su interpretación o reforma, con un espíritu de justicia o, en determinados supuestos, con criterios de mayor equidad.¹²

Para ello, se halla inserto el *ombudsman* dotado de los medios indirectos comentados agregándose el control jurisdiccional que ejerce en virtud de la cláusula constitucional que le otorga legitimación. Nos referiremos a continuación.

Sentado lo expuesto, intentaré presentar la protección normativa que otorga el Orden Público Supranacional de los Derecho Humanos al derecho fundamental de control público.

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN EL CONTROL EN EL ORDEN PÚBLICO SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En los términos en que se explicitó la “internacionalización del ordenamiento jurídico argentino”, a partir de la reforma constitucional de 1994, la garantía de control pública originariamente contenida en nuestro texto de 1853, ha evolucionado y asimismo ha sido ressignificada ahora

competencia en razón de la materia a tenor del artículo 14 inciso b de la Ley 19549 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. En adelante: LNPA).

¹² Se sostiene su función intermediaria entre los ciudadanos y diversos servicios de todas las administraciones públicas, desde municipios a provincias, pasando por los diversos órganos de las comunidades autónomas. Estas expresiones alentadoras sobre su cometido mediador han sido formuladas por el Defensor del Pueblo; Ruiz Jiménez y Cortés, Joaquín, *Informe a las cortes generales*, Madrid, 1984, p. 16 y 17.

como un “derecho de participación en el control público”,¹³ derecho que reside no ya en “la sociedad” por su carácter de derecho fundamental del “ciudadano”, sino que ahora será ubicado en el particular —ciudadano— usuario, para controlar y al mismo tiempo exigir del Estado la vigencia de las garantías reconocidas en la nueva cláusula del progreso.

Resulta, entonces, útil intentar presentar la protección normativa que otorga el Orden Público Supranacional de los Derechos Humanos. En mi opinión, el derecho de participación en el control se integra en un subsistema, conformado por tres núcleos de garantías que se reconocen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁴

¹³ Aun con anterioridad a su jerarquización constitucional en 1994, el derecho de participación ciudadana en el control público había sido objeto de discusión en la doctrina argentina. Tal es el caso de la tesis doctoral del doctor Mario Rejman Farah, “Participación ciudadana y control en la gestión pública, como medios de garantía de los derechos individuales”. Coincido con el autor quien en una reciente publicación señaló: “...la publicidad y participación en las cuestiones públicas constituyen un derecho de naturaleza constitucional, recogido asimismo en tratados internacionales de naturaleza supralegal ...Toda persona tiene siempre el derecho a controlar el accionar de su gobierno a través del conocimiento pleno de los actos que éste dicte, las decisiones políticas, así como conocer los antecedentes y el trámite en el que él es parte interesada como ciudadano”. Rejman Farra, Mario, “Contrataciones públicas transparentes: Un desafío en la emergencia”, en Varios autores, *El contrato administrativo en la actualidad*, 2004, pp. 116 y 118.

¹⁴ Sobre los alcances de la protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se sugiere ampliar en la vasta obra del profesor Germán J. Bidart Campos. En esta ocasión, se hace necesario citar “La lección derivada de la opinión consultiva del 1o. de 1982”, en la cual sostuvo: “que el arco normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es muy amplio y muy abierto. Tiene aptitud abarcativa, y además de crecimiento progresivo ...Ante todo digamos que la referencia que al tema hace el artículo 64 de la Convención Americana en sus apartados 1 y 2 deja en claro, ya inicialmente, que el sistema americano no se agota ni se cierra en la citada Convención; hay otros tratados susceptibles de integrarlo”. Luego señala: “El plexo normativo de derechos, de fuente internacional y de fuente interna, enriquece potencialmente el sistema y, obliga a interpretarlo siempre con tendencia a buscar, encontrar y aplicar la norma que desde cualquier fuente apta, responde al principio *pro homine*; o sea, al principio de mayor favor para la persona cuyos derechos o libertades se trata de interpretar y, también de aplicar. Esto es así no solamente cuando esa interpretación aplicativa está a cargo de los organismos internacionales competentes, como lo son la Comisión Interamericana y la propia Corte, sino también cuando incumbe a órganos internos de un Estado parte”. Y concluye: “...los tratados de derechos humanos, más que dirigirse a las relaciones entre Estados, tienen como finalidad garantizar el goce y ejercicio de los derechos y libertades del ser humano. Por supuesto que tal efectividad del derecho internacional tiene destino de vigencia en la jurisdicción interna de los Estados, a favor de quienes se hallan sujetos a ella ...Todo esto confirma la tesis del sistema: lograr la tutela y la efectividad de los de-

El subsistema se integra por la concurrencia de tres núcleos normativos:

1. Primer núcleo: Integrado por aquellas normas que reconocen en forma expresa el derecho de participación con contenido amplio.
2. Segundo núcleo: Conformado por las normas, de contenido instrumental, que establecen los mecanismos para ejercitar los derechos reconocidos.

3. Tercer núcleo: Los principios, reglas y pautas hermenéuticas que posibilitan el desarrollo progresivo del subsistema y le confieren su fuerza expansiva.

Las analizaré a continuación:

- I. Respeto del primer núcleo de derechos, los encontramos en las siguientes cláusulas:

El artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,¹⁵ el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹⁶ el artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷ y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸

De entre todas, esta cláusula merece especial importancia ya que establece un límite a las restricciones legales internas de los Estados mediante el cual, se permite el desarrollo progresivo de esta garantía al establecer las únicas circunstancias condicionantes de su ejercicio, en su inciso

rechos “en” la jurisdicción interna de los Estados que componen el sistema interamericano”. (*op. cit.*, en Bidart Campos, Pizzolo (h) *et al.*, “Derechos humanos. Corte Interamericana”, Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 2000, p. 63, 65, 66 y 67).

¹⁵ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948. La citada cláusula reconoce el derecho de participación en el gobierno: “Toda persona, legalmente capacitada tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente...”.

¹⁶ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La cláusula establece: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente ...y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país”. En el marco expuesto, el control es entendido como una función pública.

¹⁷ La norma apuntada establece: “Todos los ciudadanos gozarán ...sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente ...c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

¹⁸ (Pacto de San José de Costa Rica). La norma establece: Derechos políticos, artículo 23: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente ...c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país...”.

2o. "...La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

La protección del Sistema Internacional de los Derechos Humanos al derecho de participación en el control es tan intensa, que incluso se recepta en el artículo 5o. incisos c y d VIII de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

En esta primera categoría de cláusulas el contenido del reconocimiento resulta ser el derecho a "participar en forma directa en la dirección de los asuntos públicos", para lo cual se reconoce asimismo el "derecho de acceder a las funciones públicas". La segunda formulación, complementa y clarifica el contenido de la anterior, integrando al ejercicio de la función pública como uno de los componentes de la participación directa.

Si bien al abordar el tercer núcleo nos referiremos a las obligaciones internas del Estado, es necesario señalar que la garantía expuesta conlleva la siguiente obligación al Estado argentino: A partir de la operatividad plena de estas cláusulas por razón de la reforma constitucional de 1994, las normas internas del Estado sobre función pública, organización administrativa y administración financiera, a fin de cumplir con la juridicidad y adecuarse al nuevo plexo constitucional, han de prever un umbral efectivo de participación del particular mediante el cual se posibilite su intervención, tanto para el ejercicio de la llamada "función administrativa activa" cuanto en la "función de control administrativo".¹⁹ Todo lo cual tiene un carácter incipiente hasta el momento.

El reconocimiento del derecho a participar en las funciones de gobierno, de cuyo componente uno será el de la función administrativa, eviden-

¹⁹ Dado que el tratamiento de las nociones "función", "función administrativa" y "función de control administrativo" excede en mucho al propósito del presente, se sugiere consultar los anteriores trabajos del autor: "La jerarquización constitucional del control en la ciudad de Buenos Aires". Sobre la Auditoría General véase Bidart Campos y Gil Domínguez, "Análisis del sistema y breve referencia al control del financiamiento de la actividad política", en Varios autores, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, 2001; Damsky, Isaac A., "El problema del concepto administración pública y la validez de los principios jurídicos de la organización administrativa", *Revista Actualidad en Derecho Público*, Buenos Aires, núms. 15-16, vol. doble, enero-agosto 2001; Damsky, Isaac A., "El sistema de auditoría general como técnica de control de la administración financiera. Análisis crítico de su previsión para la ciudad de Buenos Aires", *Revista Actualidad en Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 13, enero-agosto 2000.

temente contiene a la actuación en funciones de control administrativo o público, la cual la advertimos a la vez de implícita, como finalidad de las medidas que se reconocen en la segunda categoría sobre la que discurrimos a seguir y, finalmente la comprendemos como objetivo de las garantías de desarrollo progresivo que se erigirán en reglas hermenéuticas en la determinación de estos derechos.

II. Respecto del segundo núcleo de derechos, entre los mecanismos que se establecen para el ejercicio de los derechos anteriormente reconocidos, pueden señalarse los siguientes:

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, referido a la libertad de investigación y expresión,²⁰ entendido como instrumento primario y fundamental para el ejercicio del control público.

Por su parte, el artículo 22 del citado instrumento establece: “Toda persona ...tiene derecho ...a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional ...la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”.

Esta cláusula sienta las garantías de progreso como pautas de medida del control, dando contenido a los *standards* eficiencia-eficacia y contextualizándolos dentro del sector público.

El logro de algún nivel de satisfacción de estas altas finalidades, constituye auténticamente a una gestión eficiente y a sus medidas eficaces.

Esta cláusula es de singular interés para explorar a partir de la alocución “esfuerzo nacional”; éste no sustituye a la sola gestión estatal, sino que se completa con la delegación en los particulares de aquellas funciones que se consideran necesarias en razón de la particularización que “el principio de subsidiariedad” adquiera en el contexto estatal determinado. Es así que al no limitar la sola actuación del Estado en la gestión, no establece el correlativo monopolio estatal sobre el control. Si por influjo de esta norma, la gestión pública deviene abierta para el logro del “esfuerzo nacional”, de ello no es extraño colegir que el control también debe reconocer niveles de participación suficientes para aunar esfuerzos.

Por medio del artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se reconoce el derecho a la libertad de investigación. Asimismo, dicha norma contiene el “derecho a la verdad”, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁰ La norma establece: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de investigar y recibir informaciones y opiniones...”.

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; norma que pormenorizadamente establece el derecho de toda persona “...a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho al respecto:

...constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desenvolvimiento de la personalidad de cada uno de sus miembros. Hay que reconocerla, incluso cuando su ejercicio provoque, choque o inquiete. Como lo ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, es ello una exigencia del “pluralismo, la tolerancia, y el espíritu abierto, sin los cuales no es posible la existencia de una sociedad democrática (Eur. Court H. R., Lingens case, judgement of 8 July 1986, Series A no. 103, parr. 41)...”.²¹

III. Respecto del tercer núcleo, las reglas de hermenéutica que posibilitan el desarrollo progresivo del subsistema y que al mismo tiempo constituyen su fuerza expansiva, las encontramos principalmente en las siguientes cláusulas y principios:

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el desarrollo progresivo de los derechos humanos.²²

El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³ al establecer el llamado “principio de interpretación evolutiva y humanitaria de los derechos humanos”,²⁴ el cual dentro del proceso de integración

²¹ Opinión separada del juez Héctor Gross Espiell, Corte I. D. H., “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, núm. 7, párrafo 5.

²² La cláusula establece: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias ...especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos”.

²³ El artículo 29 C., sienta la siguiente pauta hermenéutica: “ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...”.

²⁴ Cfr. Salomoni, Jorge, “Teoría general de los servicios públicos”, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999, pp. 453 y ss. Señala: “Ahí se establecen claramente las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir, entre otros supuestos, que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano ...la aplicación de estos principios abre el campo para una interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones...”.

comunitaria requiere ser analizada junto con el principio de intangibilidad de la protección de los derechos humanos²⁵ contenido en el artículo 28.3, del citado instrumento.

Asimismo puede decirse que en similitud conceptual el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece la obligación de los Estados de adoptar en forma progresiva las medidas adecuadas para el logro de la plena efectividad de los derechos humanos. Esta obligación se complementa con el deber de no restricción de derechos humanos que el Instrumento impone a los Estados por intermedio de su artículo 5.2.²⁶

Las garantías anteriores se complementan con el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el cual se reconoce el derecho al desarrollo de “...un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Finalmente, cierran el tercer núcleo los dos deberes fundamentales del sistema interamericano de derechos humanos, sin los cuales no sería posible su desarrollo progresivo; me refiero a los deberes de respetar los derechos humanos y de garantizar su libre y pleno ejercicio, en los términos del artículo 1o. y 2o. del Pacto de San José.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones se pronunció sobre su alcance, señalando categóricamente respecto del deber contenido en el artículo 1o.: Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.²⁷

Por su parte, respecto de la obligación contenida en el artículo 2o., señaló:

²⁵ *Ibidem*, p. 443.

²⁶ La norma comentada establece: “no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. (*idem* 5.2. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

²⁷ CIDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párrafo 162.

Es evidente que este artículo de la Convención impone el deber a los Estados partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer “efectivos” tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1o. de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2o., complementa pero de ninguna manera suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1o.²⁸

Corolario de los dos deberes será:

el deber inmediato e incondicional de cada Estado de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales, para que estos alcancen normalmente una plena protección, desde el punto de vista del derecho internacional, aun frente a aquellos ordenamientos internos para los cuales el último carece de inmediata exigibilidad. En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no halla sido provisto por su orden interno. Con otras palabras, el sólo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirán violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el artículo 1.1 de la Convención, sin necesidad de acudir al del artículo 2o., de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacerlos efectivos en el orden interno.²⁹

²⁸ Opinión separada del juez Héctor Gross Espiell, CIDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, núm. 7, párrafo 6.

²⁹ CIDH, Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC- 7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, núm. 7, párrafo 23-33).

Cabe destacar, que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, sostuvo en relación al artículo 2o. de la Convención que:

si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. ...La Corte afirma, como lo ha hecho en otras oportunidades, que el deber general establecido en el artículo 2o. de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.³⁰

Y luego, añade una consideración que es de vital importancia para la operatividad interna de las reglas provenientes del sistema interamericano de derechos humanos:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria universalmente aceptada prescribe que el Estado que ratifica un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.³¹ La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.³² Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas

³⁰ *Cfr.* Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, *supra* nota 3, párrafo 206; Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98, párrafo 165; y Caso Baena Ricardo *et al.*, *supra* nota 216, párrafo 180.

³¹ *Cfr.* Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, *supra* nota 3, párrafo 205; Caso Bulacio, *supra* nota 217, párrafo 140; y Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 268, párrafo 164.

³² *Cfr.* Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, *supra* nota 3, párrafo 205; Caso Bulacio, *supra* nota 217, párrafo 142; y Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 268, párrafo 164.

(principio del *effet utile*).³³ Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2o. de la Convención.³⁴

En razón de lo cual concluye, de manera categórica, en estos términos:

La Corte ha sostenido que los Estados partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.³⁵ Este Tribunal ha afirmado, inclusive, que “una norma puede violar *per se* el artículo 2o. de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en [un] caso concreto.”³⁶

1. *Referencia a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo*

Como seguidamente se verá, el expreso reconocimiento de los nuevos derechos, en el plexo constitucional argentino, se proyectó en el ámbito de la legitimación procesal, ampliando los cauces de la tutela judicial.

Así, el artículo 43³⁷ —incorporado en la reforma constitucional de 1994— incorporó al llamado “amparo colectivo” protegiendo, en lo que

³³ *Cfr.* Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, *supra* nota 3, párrafo 205; Caso Bulacio, *supra* nota 217, párrafo 142; y Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 268, párrafo 164.

³⁴ *Cfr.* Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, *supra* nota 3, párrafo 205; Caso Bulacio, *supra* nota 217, párrafo 142; y Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 268, párrafo 164.

³⁵ *Cfr.* Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, *supra* nota 16, párrafo 71; Caso Baena Ricardo *et al.*, *supra* nota 216, párrafo 182; Caso Cantoral Benavides, *supra* nota 25, párrafo 176; y Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1o. y 2o. Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14, párrafo 36.

³⁶ *Cfr.* Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos *et al.*), Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73, párrafo 72; Caso Baena Ricardo *et al.*, *supra* nota 216, párrafo 183; y Caso Cantoral Benavides, *supra* nota 25, párrafo 176; *cfr.* Caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, pp. 104 y 105.

³⁷ El artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina, establece, en su parte pertinente: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesioná, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad, o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por

aquí interesa ...contra cualquier forma de discriminación ...así como a los derechos de incidencia colectiva en general...

Ello es de interés, por cuanto la Constitución argentina, como sostiene nuestra más calificada doctrina, extiende la protección judicial a aquellos supuestos en los que no existe un sólo conflicto meramente individual sino que —enfocada la cuestión desde el agravio a los derechos— se hace la dimensión o repercusión social de la afectación, su incidencia colectiva; y la dimensión social, colectiva de un interés general comprometido.³⁸

Pero también debe destacarse que en el texto constitucional encuentran cabida no sólo aquellos derechos de pertenencia común, colectiva, difusa y que atañen a un bien único, indivisible y no fraccionable —tales como, el derecho al ambiente sano— sino que la protección se extiende a derechos e intereses llamados “de pertenencia particular” y, de objeto divisible, cuya afectación adquiere dimensión social e incide en intereses colectivos o generales —sin dejar de afectar a cada sujeto particular—.³⁹

Como expresamente lo consagra la norma, la legitimación para ocurrir en amparo le es reconocida tanto al afectado como y, en lo que principalmente aquí nos interesa, al Defensor del Pueblo.

Sobre este aspecto, debe remarcarse, que esta legitimación procesal institucional se le reconoce, al *ombudsman* argentino, con un doble sentido explicitado en el artículo 86 de nuestro texto constitucional:⁴⁰

esta Constitución, un tratado o una ley. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación ...así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”.

³⁸ Morello, Augusto Mario y Vallefín, Carlos, *El amparo, régimen procesal*, 4a. ed., Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2000, p. 283. Sobre el punto, cabe destacar, junto con calificada doctrina nacional, que con anterioridad a la reforma constitucional, la doctrina defendía esos derechos e intereses bajo el ropaje de otros conceptos tales como “intereses difusos” o “de pertenencia difusa” o “colectivos”, “derechos de tercera generación”. (Jeanneret de Pérez Cortés, María, *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones*, LL, T 2003-B, pp. 1334 y ss.).

³⁹ *Ibidem*, p. 1334. Para quien la esfera de protección señalada comprende, entre otras situaciones, la de los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo.

⁴⁰ Según el artículo 86 de la Constitución Nacional Argentina, es misión del Defensor del Pueblo: “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal”.

I. El primero de ellos será, el de cumplir su misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por el plexo constitucional.

II. Luego, como garantía instrumental a fin de ejercer el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

En mi opinión, la novedad tanto de los derechos fundamentales de control cuanto el nuevo cariz de la garantía que permite operativizarlo, toman cuerpo a partir del especial supuesto de legitimación procesal que le fue reconocido al *ombudsman* argentino, primero en el plexo constitucional y luego en la doctrina judicial, como seguidamente veremos.

Ello por cuanto el Defensor del Pueblo es uno de los casos en que se prevé una legitimación llamada “anómala”, extraordinaria, diferente a la general, que se caracteriza por el hecho de que resulta habilitado para intervenir en el proceso judicial un organismo que actúa en nombre propio, para la protección de los derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros, o en defensa de intereses que afectan al orden público social.⁴¹

Como es lógico suponer, el carácter anómalo de su legitimación, se verificó en las resistencias de la judicatura a su intervención en procesos, de resguardo o tutela de la legalidad o en resguardo de derechos de múltiples sujetos afectados, la cual no fue pacíficamente aceptada en la sede judicial.

Así, mientras en los tribunales federales inferiores su legitimación le fue reconocida,⁴² no ocurrió lo mismo con nuestra Corte Suprema de Justicia. El criterio de nuestro máximo tribunal resultó restrictivo y su actuación le fue negada con las consabidas consideraciones generales y dogmáticas, desconociendo su accionar por no ser titular de la relación jurídica sustancial.⁴³ Sin embargo, en pronunciamientos más recientes, nuestra Corte Suprema se mostró receptiva, admitiendo su legitimación de modo implícito.⁴⁴

⁴¹ *Cfr.* Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, nota 38, con cita a Palacio, Lino, “El apagón de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo”, LL, 2000-C, 395.

⁴² En lo que nos interesa, su intervención le fue reconocida, principalmente, en las siguientes causas:

⁴³ *Cfr.* Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, nota 38, p. 1342, señala, como ejemplo, la causa Rodríguez, Jorge (CSJN, 17/12/97, Fallos: 320: 2851), en la que el Máximo Tribunal Argentino le negó legitimación compartiendo fundamentos con el Procurador General. De la misma manera en “Consumidores Libres” (7/5/98, CSJN, Fallos: 323:4098), se invocó la ausencia de un perjuicio inminente.

⁴⁴ *Cfr.* señala Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, nota 38, p 1342, en causa: Camuzzi, Gas del Sur S. A. s/solicitud de intervención en autos Defensor del Pueblo de la Nación c/Telecom Argentina y otros (CSJN, 15/8/02).

Es que, como señala la calificada doctrina, cuando la afectación de derechos adquiere dimensión social ...su intervención podría estar justificada por el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas que le fue encomendado por el texto constitucional. Y también podría sostenerse, en sustento de su legitimación, que el interés común del pueblo sería el de asegurar la juridicidad en el obrar administrativo público, ya que la extensión de la legitimación favorece el control de los actos de los poderes públicos,⁴⁵ fortaleciendo una garantía indispensable para que cobre virtualidad la nueva configuración del derecho fundamental de control público.

Como lo estableció nuestro Máximo Tribunal:

La plenitud del Estado de derecho ...no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley...⁴⁶

2. Sobre el desarrollo progresivo de los derechos de participación en el control público

Discurriré brevemente sobre las probables implicaciones que posee el principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos sobre las garantías de participación en el control público, las que según se vio habilitan en su condición operativa a su ejercicio en sede administrativa y a su exigibilidad en sede judicial.

Ello porque se trata de buscar el tipo de participación adecuada para resguardar las citadas garantías, la intensidad y profundidad de la intervención que legítimamente el ciudadano —particular— usuario puede reclamar. Se trata de preguntarnos por el umbral inicial de actuación reconocible sin mengua de derechos y al mismo tiempo por el límite de su injerencia dentro de un “sistema de poder” también en proceso de transformación y erosión de sus postulados fundantes.

⁴⁵ *Cfr. op. cit.*, nota 38, p. 1343, con cita a Bianchi, Alberto, “La legitimación colectiva en el amparo”; y Cardazi Méndez, Ariel, “El Defensor del Pueblo goza de buena salud”, LL, 27 de septiembre de 2002.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos: 300: 1282, citado por Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, nota 38, p. 1355.

Más de treinta años atrás el profesor Gordillo, ciertamente adelantado en la teorización del tema, abordó la cuestión de la participación plena y sentó las bases de una discusión que seguramente irá a producirse en un futuro no lejano. En estos términos señaló:

La participación se da en una forma perfecta en una democracia perfecta; es decir, la democracia perfecta es una forma integral de participación directa, en la cual todo el mundo se reúne, vota entre todo el pueblo y decide. Esa es la participación directa, total y absoluta, es la llamada democracia perfecta. Y es lo que nunca fue posible como no será posible la perfecta y total participación; el ideal de la democracia perfecta es simultánea e inseparablemente el ideal de la plena y absoluta participación de los individuos en los asuntos públicos.⁴⁷

La práctica institucional argentina de los años posteriores a esta formulación permitieron verificar su tesis por el opuesto; las formas más imperfectas de gobierno produjeron la ablación absoluta de cualquier mínimo intento de participación, la cual debió aguardar hasta casi mediados de la década de los ochentas para iniciar una lenta pero progresiva reconstitución en nuestro país. Y si bien la participación llegó a consolidarse como garantía constitucional recién en la reforma de 1994 por intermedio del Ordenamiento Supranacional de los Derechos Humanos, tampoco se encuentra suficientemente desarrollada.

Al respecto, deben tenerse en cuenta los múltiples condicionamientos que, quizás con una dimensión atemporal, encuentra la participación como instrumento de control efectivo. Con acierto señalaba Gordillo bastante tiempo atrás que:

La toma de conciencia de la imposibilidad de participación directa total y absoluta, en cualquier sistema político o social de que se trate, debe hacernos agudizar el ingenio y redoblar el esfuerzo para no desperdiciar ninguna forma de participación, por pequeña que sea. Cada forma adicional de participación que se consiga es un paso más hacia el ideal de un gobierno del pueblo; cada forma de participación que no se efectiviza o ejercita, que se obstaculiza o prohíbe, es un retroceso en el lento camino avanzado hacia la democracia como forma de vida y de gobierno.⁴⁸

⁴⁷ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 172.

De ahí la necesidad de enfatizar el carácter progresivo de la participación, de intensificar su práctica, aun desde sus reducidos ámbitos de actuación, para proyectarla hacia técnicas más perfectas.

Tales notas características sobre el desarrollo de la participación la muestran verdaderamente como un derecho humano, como una garantía en expansión y como tal, requiere para su efectiva vigencia, de un doble esfuerzo por parte de la sociedad civil; por un lado el de reclamar su espacio, mediante la gestión y reclamación permanente a los órganos estatales para la vigencia de estos derechos, a fin de que el Estado cumpla con sus obligaciones de reconocimiento y garantía del núcleo de derechos humanos de participación en el control, con arreglo a las reglas de los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana. Y, por el otro, el tomar la iniciativa. Esto es; el de proponer y desarrollar en forma constante aquellas medidas normativas que subordinadas a la juridicidad presidida por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, posibiliten el progresivo desarrollo de las garantías de participación, en este caso, en el control.

Como se vio, la participación depende en gran medida del esfuerzo de la sociedad civil. Es una garantía con contracara; si bien obliga al Estado a otorgar cauces efectivos de intervención en la gestión y el control, exige de los particulares, con la misma intensidad, su aporte de iniciativa para cumplir el standard de “esfuerzo nacional” contenido en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁴⁹

Se requiere la presencia de la sociedad civil reclamando espacios de control, y ocurriendo en tutela de sus garantías. Sin una sociedad civil activa y responsable no puede lograrse el desarrollo progresivo de estos derechos.

En mi opinión lo expuesto es asimismo la dinámica del principio *pro homine* el cual postula que para cada caso a resolver hay que buscar la fuente y la norma que proveen la solución mas beneficiosa y mejor para

⁴⁹ La norma establece: “Toda persona ...tiene derecho ...a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional ...la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”. Como señalé, mediante la alocución “esfuerzo nacional” la gestión estatal debe completarse con la participación e integración de los particulares en aquellas funciones que se consideran necesarias para el desarrollo y el progreso. Sin duda, el control público lo es.

la persona y sus derechos, tal cual lo ha propuesto la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁵⁰

En relación con el artículo 26 de la Convención Americana y el desarrollo progresivo de los derechos humanos, en voto separado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la OC-4/84 en estos términos enteramente aplicables al caso:

los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los artículos 2o. y 26 de la Convención Americana entre otros instrumentos internacionales sobre la materia.

Y continuando su exposición de ello se sigue:

en realidad lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir “exigibles directamente por sí mismos, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, “exigibles indirectamente”, a través de exigencias positivas ...y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos, son circunstanciales e históricamente condicionados pero sí puede afirmarse en general que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva. Es así como los principios de “desarrollo progresivo” contenidos en el artículo 26 de la Con-

⁵⁰ Sobre el principio *pro homine*, se sugiere ampliar en la obra del profesor Bidart Campos. En especial en Bidart Campos, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 161. De la citada obra, señalan: “El principio surge de la jurisprudencia de la C. I. D. H. al postular que entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido y, que si a una misma situación le son aplicables el Pacto de San José y otro tratado, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (véase, por ejemplo la OC-5/85). De su Sentencia de 1981 en el caso “Viviana Gallardo” surge que el equilibrio de la interpretación del sistema de derechos se consigue orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no altere el sistema mismo”.

vención ...deben entenderse aplicables a cualquiera de los derechos ...consagrados en la Convención, en la medida y aspectos en que estos no resulten razonablemente exigidos por sí mismos y, viceversa, que las normas de la propia convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados “derechos económicos sociales y culturales” en la medida y aspectos en que estos resulten razonablemente exigibles por sí mismos”. En mi concepto, esta interpretación flexible y recíproca de las normas de la Convención con otras internacionales sobre la materia e inclusive con la de la Legislación Nacional se conviene con las normas de interpretación del artículo 29 de la misma aplicadas de conformidad con los criterios principistas y finalistas expuestos.⁵¹

El “tercer núcleo” de garantías expuestas, vinculadas al desarrollo progresivo, inciden sobre los derechos de participación integrantes del “primer núcleo” y, posibilitan la ampliación de tales garantías, todo lo cual demuestra que es desde el orden público supranacional que se consolidan los derechos de participación en el control público.

Como es sabido, dado que los instrumentos internacionales señalan un contenido básico de los derechos, el reconocimiento de la participación de modo alguno permite apreciar al desarrollo de estas garantías como un proceso acabado. La importancia entonces de este “tercer núcleo” finca en que convierte al reconocimiento normativo de los derechos en un proceso dinámico, en construcción y expansión permanente, en el cual es el nuevo orden público supranacional el que recaba de los Estados el deber de garantizar lo necesario para su efectivo desarrollo.

Corolario de lo expuesto será la imposibilidad de reversión de los umbrales de protección alcanzados por el sistema interamericano de los derechos humanos.⁵²

⁵¹ Voto separado del juez Rodolfo E. Piza Escalante, CIDH, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización OC-4/84, del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párrafos 3 y 6.

⁵² “El Comité de Derechos Humanos, tal como muestra su arraigada práctica, ha considerado sistemáticamente que, una vez que las personas tienen reconocida la protección de los derechos que les confiere el Pacto, esa protección pasa a ser subsumida por el territorio y siguen siendo beneficiarias de ellas las personas, con independencia de los cambios que experimente la gobernanza del Estado parte, lo que incluye la desmembración en más de un Estado, la sucesión de Estados o cualquier otra medida posterior que adopte el Estado parte con objeto de despojar a esas personas de los derechos que les garantiza el pacto” (Observación General 26 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 8 de diciembre de 1997).

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto, se evidencia claramente que el Defensor del Pueblo juega un rol de central importancia en la actual crisis y transformación del Estado, por cuanto está llamado a actuar la reconfiguración de la nueva modulación entre lo público y lo privado, a trabajar por la resignificación de los derechos fundamentales que parecen ir tomando forma en el siglo XXI, nuevos derechos de los particulares y usuarios capaces de protegerlos, en la nueva realidad, de las nuevas formas abusivas del poder que se moldean inexorablemente a partir de la actuación de los nuevos sujetos de la economía que sustituyen a los poderes públicos: los nuevos soberanos transnacionales y, por ello, está llamado a controlar una nueva escena; la arena pública en el marco de intercambio recíproco entre intereses y derechos públicos y privados, dentro un nuevo contexto: el de los ordenamientos globales que encuentran en nuestra realidad latinoamericana, empresas ricas y estados empobrecidos demuestran la progresiva erosión de los paradigmas tradicionales del estado en términos de producción y aplicación de los ordenamientos.

Dentro de esta nueva realidad está también llamado a asumir en su exacta dimensión, promover el cambio, de corregir las disfunciones que se presenten en el contexto institucional latinoamericano, al determinar la persistencia de antiguas prácticas y abrir camino a la nueva realidad, a una realidad nueva que como tal presente el enorme atractivo de la complejidad.