

# Justicia social, legitimidad y legalidad: la sociedad civil ante el defensor del pueblo en Argentina

GABRIELA DALLA CORTE\* Y SÍLVIA GÓMEZ I MESTRES\*\*

**Resumen:** Si algo ha caracterizado la discusión sobre la índole de la justicia a lo largo del siglo XX es la distinción entre justicia legal y justicia social. En este debate se inscribe el accionar del ombudsman, institución sin fuerza vinculante ni poder, pero que goza de autoridad para proponer modificaciones jurídicas y administrativas tendientes a armonizar las demandas sociales con el sistema jurídico. La presencia del ombudsman se ha extendido poderosamente en la última década en América Latina; en su desempeño muestra las disonancias entre los sistemas políticos, en teoría representativos, y las necesidades de los representados. El presente estudio aborda los conflictos que ha habido entre el defensor del pueblo nacional de la República Argentina y las empresas monopólicas del país que controlan los servicios públicos esenciales. Estudiamos la índole de la institución y su capacidad real para generar cambios normativos con base social.

*Palabras clave:* ombudsman, sociedad, queja, legitimidad, justicia.

*Key words:* ombudsman, society, complaint, legitimacy, justice.

**Abstract:** One of the most important characteristics in the discussion on the nature of justice throughout the XX century has been the distinction between legal and social justice. This debate includes the work of the ombudsman, an institution with no binding force or power yet with the authority to propose legal and administrative modifications aimed at reconciling social demands with the legal system. The ombudsman has become a familiar figure over the past decade in Latin America; however, his performance has shown the lack of coincidence between political systems, that are supposedly representative, and the needs of those being represented. This study addresses the conflicts between the defender of the people in Argentina and the monopolistic firms in the country that control basic public services. It studies the nature of the institution and its capacity to give birth to changes in norms which can have a social basis.

## I. EN TORNO AL OMBUDSMAN

**D**ESDE SU SURGIMIENTO PLENO A PRINCIPIOS del siglo XIX, y a pesar de la variedad de atribuciones y competencias que ha ido adquiriendo la institución del ombudsman en su expansión mundial, su común denominador es la tutela de los ciudadanos ante posibles abusos de la administración pública. Su origen

\* Gabriela dalla Corte: historiadora, doctora en Historia, especialidad en Historia de América, por la Universidad de Barcelona. Becaria Fomec por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Doctoranda en el programa "La ricerca de camp en Antropologia Social", Departament d'Antropologia Cultural, Història d'Amèrica i Àfrica, de la Universidad de Barcelona. Dirigir correspondència a: Calle Vistalegre 26, Bajos 10, CP 08001, tel.: 93 329 43 74, Barcelona, España; e-mail: zulma@citynet.net.ar.

\*\*Silvia Gómez i Mestres: antropòloga. Becaria de Recerca i Docència de la Universidad de Barcelona. Doctoranda en el programa "La ricerca de camp en Antropologia Social", Departament d'Antropologia Cultural, Història d'Amèrica i Àfrica e la Universidad de Barcelona. Dirigir correspondència a: Calle Bailén 154, 1º 2º, Barcelona, CP 08037, España; e-mail: sgomez@trivium.gh.ub.es.

institucional se remonta a la Suecia del año 1809, en un particular momento histórico marcado por las luchas entre dos de los poderes configurativos del Estado moderno: el Parlamento y la monarquía, aunque su aparición en escena data del año 1713, cuando un decreto de Carlos XII creó el cargo de representante del rey (*Konungens Högsts o hôte Ombudsmannen*) para supervisar a los oficiales, vigilar el respeto a la ley estatuida así como el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios de gobierno. En 1719 el *hôte ombudsmannen* cambió su nombre por el de *justitieKansler* (canciller de Justicia) y este último asumió la tarea de actuar como procurador en caso de violación a normas constitucionales y de rendir cuentas al poder legislativo. Muy pronto, como afirmó uno de los más reconocidos *ombudsman* en asuntos civiles de Suecia, Alfred Bexelius, se percibió que la figura carecía de suficiente independencia en relación con el gobierno.<sup>1</sup> En respuesta, fue ideada la figura del *Justitie-Ombudsman*, cuya finalidad era canalizar en el Parlamento las quejas de los súbditos.<sup>2</sup>

En 1772, la Constitución de Gustavo Adolfo restableció la autoridad de la monarquía, aunque el *ombudsman* se convirtió en procurador del Parlamento para impedir a la Corona su influencia sobre el poder judicial.<sup>3</sup> Esta ofensiva parlamentaria, sin embargo, encontró resistencias en 1789 cuando Gustavo III decidió concederse a sí mismo plenos poderes, por lo cual el canciller de Justicia volvió nuevamente a su égida. Su asesinato en 1792, y la deposición de su sucesor, Gustavo Adolfo IV, llevada a cabo por una rápida y certera revolución, volvió insostenible el conflicto entre ambos poderes. La guerra de los años 1808 y 1809 condujo, además, a un empobrecimiento profundo de la población sueca. En 1809, al ser restaurados los poderes del Parlamento con la paz de Tilsitt y la Regencia de Carlos XIII, se recuperó e institucionalizó la figura de contralor mediante la creación del *ombudsman* y su legitimación en la Constitución adoptada ese año. Dicha Constitución (*Regeringsform*), influida por las teorías de Montesquieu, fue votada por la Dieta vigente en Suecia y garantizó la distribución del poder entre la Corona y su Consejo, el Parlamento y las Cortes, bajo un sistema de absolutismo regio moderado con poder del Parlamento. La figura del *ombudsman* aseguró su independencia de la Corona y del gobierno al establecer su pertenencia al órgano legislativo. El artículo 96 de la Constitución sueca lo definió en calidad de "delegado del Parlamento" con la tarea de vigilar el cumplimiento de leyes y regla-

<sup>1</sup> Alfred Bexelius, "Sweden's guardians of the law: The ombudsman of civil affairs", en Donald Rowat (comp.), *The Ombudsman, Citizen's Defender*, Londres, 2a. ed., George Allen & Unwin Ltd., 1968.

<sup>2</sup> Salvatore Maccarone, "Le esperienze europee di ombudsman bancario", en Franco Riolo, *La banca e l'arbitrato: strumenti arbitrali e ombudsman bancario: nuovi metodi per la risoluzione di controversie*, Roma, Bancaria, 1994, pp. 33-34; A. di Giovine, "L'ombudsman in Scandinavia", en Costantino Mortati (comp.), *L'ombudsman (Il difensore civico)*, Turín, Unione Tipografica Editrice Torinese, vol. 3, 1974, pp. 15-58.

<sup>3</sup> Giovanni Nاپione, *L'Ombudsman*, Roma, Tipologia delle Terme, 1963, p. 5; V. Fairen Guillen, *El defensor del pueblo-ombudsman*, tomo I, Parte General, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 33; David Robertson, *A Dictionary of Human Rights*, Londres, Europa Publications Limited, 1997; Alberto López Basaguren y Gonzalo Maestro Buelga, *El Ararteko*, Oñati: Herri Ardurakaitzaren Euskal Erakundea, Prólogo del Ararteko Juan San Martín Ortiz de Zárate, 1993, p. 37.

mentos, de controlar el poder atribuido al rey en el campo ejecutivo, y de disminuir la influencia del gobierno en el aparato administrativo y jurisdiccional.<sup>4</sup>

El vocablo sueco *ombudsman* (derivación de la raíz *umbud*, que quiere decir poder y autoridad) significa literalmente "hombre que hace de trámite, que da trámite o que tramita", y se refiere a las personas que actúan como representantes de otras. A pesar de que se trata de una institución surgida en Suecia, el *ombudsman* ha venido incorporándose en las estructuras institucionales nacionales, regionales, provinciales y locales en todos los continentes. Esta expansión, sin embargo, no se produjo de manera inmediata a la legitimación institucional del *ombudsman*, sino que debió esperar más de una centuria para imponerse en el resto de los países nórdicos. Finlandia fue el primer Estado que adoptó la figura en su Constitución de 1919, luego de independizarse de Rusia; Dinamarca comenzó a discutir la necesidad de contar con dicha institución después de la segunda Guerra Mundial, aportando la novedad de su inclusión en el sistema jurídico de corte napoleónico. La República Federal de Alemania, por su parte, aceptó implantar un cargo análogo en 1957 para transformar la instrucción militar y evitar el resurgimiento de los hábitos racistas, contrarios a los derechos humanos, propios de las extinguidas fuerzas armadas.<sup>5</sup>

Como vemos, la legitimación del *ombudsman* en el mundo coincidió con el fin de la segunda Guerra Mundial, el proceso de descolonización, la emergencia de los nuevos movimientos sociales en el escenario político y cultural de la década de los sesenta y con el desarrollo de teorías fundadas en la valoración del Estado de derecho. Hacia principios de esa década, las competencias del *ombudsman* estaban casi plenamente establecidas y el proceso de difusión internacional se puso en marcha, en un principio en el resto de Europa. En España, país cuya normativa sobre la institución ha sido imitada en América Latina, el *ombudsman* fue presentado a la sociedad civil como el "luchador en defensa de los ciudadanos", como una institución caracterizada por su sencillez y con la finalidad de vigilar los excesos de los poderes públicos. Incorporado como comisionado parlamentario en el capítulo relativo a las garantías de las libertades y derechos fundamentales de la Constitución de 1978, comenzó a regir seis años después con el argumento de que era "uno de los índices y argumentos más elocuentes de la validez del sistema democrático". El nombre adoptado por el Parlamento fue el de *defensor del pueblo* y, notablemente, esta "fórmula" (que muchos calificaron de demagógica) se le ocurrió al político Manuel Fraga, antiguo ministro del dictador Francisco Franco y, en ese entonces, jefe máximo de la organización de derecha denominada "Alianza Popular", la cual en la actualidad conserva el poder en la persona del presidente de la nación, José María Aznar, líder del Partido Popular. El primer defensor

<sup>4</sup> Álvaro Gil-Robles y Gil Delgado, "Filosofía del defensor del pueblo", en Paloma Biglino Campos (comp.), *El procurador del común: defensor del pueblo y comunidades autónomas*, Jornadas de Estudio, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995, p. 26; Antonio Aradillas, *Todo sobre el defensor del pueblo*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985, p. 24.

<sup>5</sup> La modificación constitucional corrió a cargo del diputado socialista Ernst Paul quien, durante la época de Hitler, debió exiliarse en Suecia, donde pudo estudiar el desenvolvimiento de la figura.

del pueblo de España, Joaquín Ruiz Giménez, fue, por su parte, ministro de Cultura de Franco, y resultó elegido por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE).<sup>6</sup>

Gradualmente, la figura aumenta, se expande, se transforma y cambia su campo de actuación, pero en todos los países su tarea es *tuitiva* porque supone la defensa del ciudadano(a) en diversas instancias de instauración de la figura: los medios de comunicación, el gobierno o la Universidad. El *ombudsman* se proyectó también hacia las antiguas colonias europeas en América Latina y África, proceso que se vio favorecido por la continua propaganda de las Naciones Unidas y por el apoyo económico que otorgó este organismo para la realización de un seminario especializado en Jamaica en el año de 1967, en el que participaron muchos representantes de América Latina, los cuales resultaron influidos por el *ombudsman* civil sueco, Bexelius, para impulsar el desarrollo de la figura en sus países "subdesarrollados".<sup>7</sup> En el área sur de Europa, por otra parte, su generalización coincide con la emisión, por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de la resolución de difundir dicha figura en el nivel nacional, regional y local durante la década de los ochenta.<sup>8</sup>

Con estos antecedentes, el *ombudsman* empezó a ser estudiado en ámbitos académicos universitarios, analizado en jornadas, congresos y encuentros específicos con gran apoyo económico de fundaciones e instituciones estatales, y fue incorporado a la mayor parte de los ordenamientos políticos. La cantidad de oficinas se cuadruplicó durante la última década del siglo XX: si en 1993 alrededor de 21 países contaban con un *ombudsman* y otros seis lo hacían en el nivel provincial/estatal y regional, seis años después el *ombudsman* del sector público estaba ya incorporado en el ámbito nacional en más de 100 Estados del mundo, tanto en sistemas democráticos firmes como en democracias más recientes. En líneas generales, el titular de la oficina es elegido por el Parlamento o designado por el jefe de Estado previa consulta al ente legislativo, y su rol es proteger al pueblo de las violaciones de los derechos, abusos del poder, errores, negligencia o decisiones injustas de la administración pública.<sup>9</sup> En este sentido, da cauce e investiga quejas presentadas contra funcionarios, empleados, agencias gubernamentales o semigubernamentales, así como empresas concesionarias de servicios públicos; efectúa recomendaciones como resultado de sus investigaciones e in-

<sup>6</sup> *Actes Commemoratius del Xè Aniversari de la promulgació de la llei 14-1984 del Síndic de Greuges de Catalunya* (1995), Síndic de Greuges, Barcelona. Antonio Aradillas, *Todo sobre el defensor del pueblo*, Barcelona, Plaza & Janés Ed., 1985, pp. 10, 15 y 37. Víctor Fairen Guillen, *El defensor del pueblo-ombudsman*, tomo I, Parte Especial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 53. Entrevista de Andrés Osojnik a Jorge Luis Maiorano, *Página 12*, 16-10-1994.

<sup>7</sup> Donald Rowat, "Preface to second edition", en Donald Rowat (comp.), *The Ombudsman, Citizen's Defender*, 2a. ed., Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1968, p. XX.

<sup>8</sup> Paloma Biglino Campos, "Presentación de las jornadas", en Paloma Biglino Campos (comp.), *El procurador del común: defensor del pueblo y comunidades autónomas*, Jornadas de Estudio, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995, p. 18.

<sup>9</sup> *Primer Informe anual del defensor del pueblo de la nación argentina al Congreso* (en adelante se cita sólo *Informe anual*), tomo I; página web del Instituto Internacional del Ombudsman, Alberta, Canadá, <http://www.law.ualberta.ca/centres/iol>.

forma al poder legislativo con la esperanza de poder modificar las situaciones que originan esas quejas.<sup>10</sup>

Los Estados, necesitados de un organismo legítimo para canalizar institucionalmente las demandas y los conflictos, consensuaron paralelamente compartir el *corpus* jurídico homogéneo que supone el *ombudsman*; así pues, la difusión de la oficina ha dependido de la internacionalización de la cultura jurídica más que del cambio coincidentemente paralelo e incommunicado entre los diversos países. Se trata de un problema central para la *antropología jurídica*, es decir, del grado de diseminación y propagación de instituciones concretas, de prácticas jurídicas, de modelos político-institucionales y, esencialmente, de la paulatina hegemonía del modelo de democracia liberal que monopoliza los cuadros administrativos del mundo "occidental". Fuertes ha señalado dos maneras de concebir este fenómeno: pensarlo en términos de "préstamo" de instituciones o, siguiendo a Michel Alliot, considerarlo como parte de la "enculturación jurídica", es decir, como una transformación global del sistema jurídico por contacto con otros sistemas diferentes.<sup>11</sup> De acuerdo con nuestra exposición, queda claro que esta institución no puede ser entendida en términos locales, sino que debemos comprender la lógica de su funcionamiento en lo que Jane Collier llama *sociedad global*, es decir, una sociedad en la que aumentan las comunicaciones y los contactos transnacionales, además de los locales, regionales y nacionales.<sup>12</sup> En tal sentido, el proceso de internacionalización se ha cristalizado en organizaciones no gubernamentales encargadas de canalizar la comunicación entre los diversos titulares que han asumido el cargo de *ombudsman* en el mundo, instituciones fundadas en redes personales y profesionales como el Instituto Internacional del Ombudsman (IOI) y la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO). Dichas entidades supranacionales unifican las prácticas, centralizan y difunden centrífuga y centrípetamente las noticias; asimismo, obtienen repercusión internacional mediante un controlado flujo de información.<sup>13</sup> El desastre ecológico y humano que asoló a Centroamérica a finales de 1998, el huracán *Mitch*, es una muestra significativa de la densa red social que articula a los *ombudsmen*, en especial a los latinoamericanos y al español. Cuando comenzaron las presiones de los respectivos poderes ejecutivos contra los *ombudsman* latinoamericanos para frenar la posibilidad de cambios sociales, aquellos comunicaron a su par peninsular las amenazas y el interés de sus gobiernos por

<sup>10</sup> Gabriela dalla Corte, "Más allá del espacio jurisdiccional: *ombudsman*, *sindic de Greuges* y defensores del pueblo", en Ignasi Terradas i Saborit (coord.), *Antropología jurídica*, Santiago de Compostela, 1999, pp. 77-87.

<sup>11</sup> N. Fuertes, "Voz antropología del Derecho", en Ángel Aguirre (comp.), *Diccionario temático de Antropología*, Barcelona, PPU, 1988, pp. 238-242.

<sup>12</sup> Jane Collier, "Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica", en Victoria Chenaut y Ma. Teresa Sierra (coord.), *Pueblos indígenas ante el Derecho*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS)/Centro de Estudios sobre México y Centroamérica (CEMCA), 1995.

<sup>13</sup> David Robertson, *A Dictionary of Human Rights*, Londres, Europa Publications Limited, British Library Cataloguing, 1997, p. 149; también Mario Casalnuovo, "Presentación", en Maria Rita Ferragina, *Il difensore civico: ombudsman*, Rubbetino, Soveria Mannelli, 1991.

continuar desamparando a los ciudadanos más afectados. El defensor del pueblo español divulgó la noticia el mismo día en la mayor parte de los medios de comunicación de masas, para condicionar a la opinión pública y así satisfacer las demandas de sus pares americanos.

En América Latina, el mayor impulso para la difusión del *ombudsman* provino de la cuidadosa y estratégica elección de la ciudad de Buenos Aires como sede del VI Congreso del IOI en octubre de 1996, como había ocurrido con cada uno de los lugares seleccionados para los congresos anteriores organizados a partir de 1978, es decir, las ciudades de Edmonton (Alberta, Canadá), Jerusalén (Israel), Estocolmo (Suecia), Canberra (Australia) y Viena (Austria).<sup>14</sup> Mientras tanto, los máximos representantes de esta institución y sus teóricos demostraron desde el principio cierto escepticismo en relación con esta difusión. Donald Rowat señaló: "[...] hay razones que nos permiten concluir que el plan del *ombudsman* no funcionaría con mucho éxito en los países en desarrollo, aunque el adoptar dicha figura constituye un interés mayor en tales naciones".<sup>15</sup> A pesar de dicha renuencia, cada uno de los países de América Latina ha ido introduciendo la figura en sus diseños constitucionales y, para ello, imita, en gran medida, la disposición normativa española. En Paraguay se trata del "defensor vecinal de Asunción"; en Chile, del "presidente del capítulo chileno del *ombudsman*"; similar nombre al que asumió en Bolivia: "capítulo boliviano del *ombudsman*". En Honduras, México y Guatemala se insistió en la problemática de los derechos humanos; así, en el primer caso, el *ombudsman* es el "comisionado nacional de protección de los derechos humanos"; en México es la Comisión Nacional y en Guatemala, un "procurador" que defiende esos derechos, similar calificativo al que ha recibido el *ombudsman* de El Salvador. En Costa Rica, el *ombudsman* se denomina "defensor de los habitantes de la República" y en Argentina, "defensor del pueblo". En la actualidad, los 33 países de la región de América Latina y el Caribe tienen más de 20 *ombudsman* en el nivel nacional y una gran cantidad de organismos establecidos en los estados organizados bajo modalidades federativas (México), en provincias (Argentina) y en el nivel municipal. No todos los Estados, sin embargo, han evolucionado al mismo ritmo. De las 70 instituciones de este género existentes, más de 30 son mexicanas y casi 20, argentinas. En México, y de acuerdo con nuestros datos, el procurador de protección ciudadana está en funciones en el estado de Aguascalientes; el procurador de los derechos humanos y protección ciudadana lo hace en Baja California y Guanajuato, y el presidente de la Comisión de Defensa de Derechos Humanos se halla inserto en el resto de los estados.<sup>16</sup> En Argentina, por su parte, unas 10 provincias cuentan con defensores del pueblo, quienes son superados en número por los defensores de

<sup>14</sup> Jorge Santistevan de Noriega, "Capítulo latinoamericano y del Caribe. Informe regional, 1996-1997", en *Defensoría de Perú*, <http://ombudsman.gob.pe>; <http://www.law.alberta.ca/centres/IOI>.

<sup>15</sup> Donald Rowat, "Preface to second edition", en Donald Rowat (comp.), *The Ombudsman, Citizen's Defender*, 2a. ed., Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1968, p. XXIII.

<sup>16</sup> Ellos son Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León,



ciudades.<sup>17</sup> La elevada cantidad demuestra que ambos países contienen los sistemas de *ombudsman* más grandes que operan en América Latina, y quizás en el mundo; por ello, merecen que se corra el telón y se les estudie detalladamente para contrarrestar la ceguera con que los científicos sociales han respondido a la aparición en escena de esta peculiar institución.

En la segunda mitad del siglo XX el *ombudsman* se convirtió en una figura al servicio de las ciencias y de los Estados, en un actor fundamental en la redefinición de los vínculos entre la ciudadanía y la administración, y en el caballito de batalla de la moderna ciencia política que le atribuye capacidad de control no jurisdiccional. Dichos problemas son, en apariencia, competencia directa de las ciencias estrictamente jurídicas pero, como veremos, la lectura e interpretación antropológica e histórica resultan esenciales para comprender no tanto la funcionalidad de la oficina del *ombudsman* como su índole en el marco de la definición del Estado y de sus instituciones. Para muchos de los especialistas en la defensoría, su rol genérico es ponerse en posición intermedia entre los intereses del Estado y de los ciudadanos, con la finalidad de compensar una inadecuada administración. Lo cierto es que no desempeña funciones de juez ni fiscal y, en consecuencia, no dicta sentencias, no ordena detenciones ni impone multas. Su poder descansa en la persuasión, en formular estrategias de protección preventiva, en la mediación que asume para encontrar soluciones y en su capacidad de denuncia pública en casos extremos. De tal manera, absorbe las quejas que los ciudadanos presentan contra la administración pública, investiga los casos planteados y recomienda posibles transformaciones legislativas al Congreso. En tanto organismo tutelador de los derechos humanos y encargado del control de las funciones administrativas públicas, el *ombudsman* supone una garantía constitucional para limitar, con base en ideas de justicia social, toda posible determinación jurídica que se oponga a dichos postulados. Se trata de uno de los ejes centrales de este artículo.

Algunos autores lo han calificado de "magistratura de opinión", mientras otros sostienen que es un referente básico del constitucionalismo moderno en el marco del nuevo sistema de relaciones entre ciudadano y administración en el Estado democrático. Donald Rowat, uno de los más conocidos difusores de la institución en el mundo académico, afirma, por su parte, que el *ombudsman* debe ser considerado como un componente esencial para la armonía del gobierno democrático. La institución —señalan los especialistas— ayudaría a encontrar soluciones a los problemas de la burocracia en el mundo democrático con la legitimidad que le ha concedido Bexelius,

Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. En Jorge Santistevan de Noriega, "Capítulo latinoamericano y del Caribe. Informe regional, 1996-1997", en *Defensoría de Perú*, <http://ombudsman.gob.pe>.

<sup>17</sup> Las provincias de Córdoba, La Rioja, Salta, San Juan, San Luis, Río Negro, Formosa, Santa Fe, Tucumán y, en el régimen municipal, se cuenta con los defensores del ciudadano de La Plata, Mar del Plata, Buenos Aires, Posadas, Chilecito, La Rioja, La Banda, Santiago del Estero, Río Cuarto, Arroyo Seco, en *Informes anuales del defensor del pueblo de la nación argentina al honorable Congreso de la nación*: primero, del 17/10/1994 al 31/12/1994, tomo I; segundo, del 01-01-1995 al 31-12-1995, tomo III, p. 149.

esto es, su calidad de órgano representativo del Parlamento y, "por ende, de los ciudadanos".<sup>18</sup> En este artículo estudiamos la vinculación directa que hace Bexelius, y que comparten los especialistas, acerca del grado de representatividad del ente legislativo y de su órgano de contralor corporizado en el *ombudsman*; lo hacemos mediante el análisis del caso sustentado por el defensor del pueblo argentino desde los primeros días de asumir su cargo, con un negocio cuyas ganancias anuales son estimadas en más de 10 000 millones de dólares anuales. Nos referimos al conflicto sostenido con las empresas monopólicas del país que controlan el servicio telefónico, cuya particularidad no le quita validez para rediscutir los argumentos jurídicos abstractos en torno a la índole de la institución. De manera paralela, analizamos dos conceptos clave en los discursos del defensor argentino: *justicia social* y *justicia legal*, en relación con las demandas de los ciudadanos y con las respuestas de la administración pública. Planteamos también nuestras hipótesis en torno a las estrategias de resolución opcional de conflictos, resignificadas por el *ombudsman*, y al papel que debe desempeñar este último en las sociedades latinoamericanas, las cuales se hallan inmersas en un conflictivo y discontinuo proceso de democratización política.

## II. EL PROCESO PRIVATIZADOR Y LA PROTESTA CIUDADANA

La institución del defensor del pueblo de Argentina tiene origen en el cambio constitucional del año 1994 y abrió sus puertas con gran expectación por parte de una población desconsolada de encontrar canales de resolución a conflictos distintos del jurisdiccional, pero también con la confianza que le daba la pertenencia de su titular al partido político en el poder. En efecto, el primer *ombudsman* nacional, el abogado Jorge Luis Maiorano, se había desempeñado hasta la reforma de la Carta Magna como ministro de Justicia del líder del partido justicialista (peronista), Carlos Menem, y había sido asesor de su valedor político y hermano del presidente, Eduardo Menem. La titularidad del *ombudsman* le fue concedida por razones partidarias y políticas pero también académicas, ya que su tesis doctoral en Derecho se centró en las estrategias de control administrativo —el sector del ordenamiento jurídico que regula la organización y el funcionamiento de la administración pública— y en la importancia concedida al *ombudsman* como opción ante el feroz crecimiento burocrático europeo. Maiorano fue elegido comisionado del poder legislativo con las dos terceras partes de

<sup>18</sup> Alfred Bexelius, "Sweden's guardians of the law: The ombudsman of civil affairs", en Donald Rowat (comp.), *The Ombudsman, Citizen's Defender*, 2a. ed., Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1968, p. 24, nota. También Donald Rowat, "Preface to second edition", en Donald Rowat (comp.), *The Ombudsman, Citizen's Defender*, 2a. ed., Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1968, p. v; Álvaro Gil-Robles y Gil Delgado, "Filosofía del defensor del pueblo", en Paloma Biglino Campos (comp.), *El procurador del común: defensor del pueblo y comunidades autónomas*, Jornadas de Estudio, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995, p. 32. Margarita Retuerto Buades, "Ámbito propio del defensor del pueblo y relaciones de coordinación y cooperación con los órganos similares de las Comunidades Autónomas", en Paloma Biglino Campos (comp.), *El procurador del común: defensor del pueblo y comunidades autónomas*, Jornadas de Estudio, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995, p. 97.



los votos de las cámaras de diputados y de senadores (el mínimo exigido constitucionalmente), aunque no contó con el apoyo de los partidos de la oposición.<sup>19</sup>

Al diferenciar cada uno de los ámbitos de actuación del defensor del pueblo argentino se advierte que casi dos terceras partes de las quejas recibidas han estado vinculadas con aspectos económicos, de empleo y seguridad social (cuadro 1). En el primer caso, es decir, en el campo de la administración económica, la defensoría ha estado encaminada a dar respuesta a las quejas planteadas por los usuarios de servicios públicos contra la deficiente prestación de éstos. Así, 40% de las quejas se refería a problemas vinculados con la ciudadanía en calidad de usuaria y consumidora; índice indicativo, por otra parte, de la existencia de un tímido movimiento de consumidores que intenta vigilar al Estado, contrarrestar los efectos de su retracción y limitar los riesgos que supone la dependencia de compañías que, al carecer de competencia, imponen a sus usuarios decisiones unilaterales y arbitrarias.

CUADRO 1

ARGENTINA EN PORCENTAJES:  
EL OMBUDSMAN EN SUS INFORMES A LA LEGISLATURA

<i>Áreas de administración</i>	<i>1994</i>	<i>1995</i>	<i>1996</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>% subtotales</i>
Económica	39.00	33.72	31.60	40.40	44.50	37.86
De empleo y seguridad social	25.30	35.30	43.00	28.80	23.10	31.10
De justicia y derechos humanos	24.55	14.00	10.80	13.00	13.80	15.30
Sanitaria y acción social	4.80	10.40	5.90	8.40	10.40	7.98
Cultural y medio ambiente	6.50	6.30	8.60	9.40	8.00	7.76
Total de actuaciones	756	7 256	22 697	25 496	30 434	86 689: 100%

FUENTES: Elaboración propia a partir de los *Informes anuales del defensor del pueblo de la nación argentina al honorable Congreso de la nación*: Primero (1994) del 17/10/1994 al 31/12/1994, 3 vols.; Segundo (1995) 3 vols.; Tercero (1996) 2 vols.; Cuarto (1997) 2 vols.; Quinto (1998) en <http://defensor.gov.ar>. Para el primer año, las causas van del 17-10-94 (fecha de puesta en funcionamiento de la oficina) al 31-12-94.

<sup>19</sup> *Ámbito Financiero*, 31-05-1995, p. 12. Conferencia pronunciada por Jorge Luis Maiorano en la sede del Instituto Catalán de Cooperación Iberoamericana, julio de 1998, Barcelona; "Discurso del presidente provisional del honorable Congreso de la nación, Eduardo Menem, 17-10-1994", en *Primer Informe Anual*, tomo 1, pp. 56-63. Jorge Luis Maiorano, *El ombudsman, defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, 1987; *Ombudsman, democracia y derechos humanos*, Bolivia, 1991; "En los umbrales del siglo XXI: ¿crisis de identidad o evolución?", en *Actas del VI Congreso Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman (IOI)*, 20-24 de octubre de 1996, Buenos Aires, 1996, pp. 59-66.

En el campo de la administración del empleo y la seguridad social, por su parte, los trámites previsionales de personas de avanzada edad, jubilados y pensionados, contribuyeron a engrosar el elevado porcentaje, en un total de casi 90 000 quejas presentadas de 1994 a 1998.<sup>20</sup>

La "representación" de tipo informal que ejerce el defensor del pueblo de Argentina en relación con la ciudadanía le ha exigido mediar en las relaciones con las empresas licenciatarias que han convertido a los usuarios en población "cautiva" de los servicios que ellas controlan en términos monopólicos. Esta atribución de la oficina fue justificada con el argumento de que lograría estimular la participación de la sociedad civil en la gestión de los asuntos públicos; asimismo, humanizaría las relaciones entre el individuo y el Estado al dar "voz a los que no la tienen y no pueden llegar a los medios de control". Dicha estrategia responde, en realidad, a la intención de la institución de ganarse la confianza de la comunidad mediante el prestigio, y de transformar a los ciudadanos y a los grupos intermedios en "sombras éticas del poder".<sup>21</sup>

Uno de los casos más significativos y representativos de la defensoría fue el que involucró de 1994 a 1996 a las empresas monopólicas concesionarias del servicio telefónico que funcionan bajo licencia estatal, o sea, las sociedades anónimas Telefónica de Argentina y Telecom Argentina Stet-France, que en octubre de 1994 acordaron con el poder Ejecutivo la elevación de los precios del servicio. El objetivo de este proyecto era bajar el costo de las llamadas de larga distancia e internacionales y subir el valor de las comunicaciones urbanas. Para la zona de la capital y Gran Buenos Aires, dicha medida significaba, de acuerdo con el programa originario, el aumento promedio de las llamadas urbanas en 30%, y alzas puntuales para el Gran Buenos Aires que llegaban a 200%. La rebaja para las llamadas interurbanas (larga distancia nacional) iba de 2% a 54%, y en las internacionales, de 8% a 66%.<sup>22</sup> Estos índices fueron calificados de "rebalanceo".

Refractaria a asumir tal ajuste, la entidad Acción del Consumidor (Adelco) tramitó una actuación de amparo ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal contra la Secretaría de Obras y Servicios Públicos, y acusó directamente al Estado nacional de desconocer la obligación de presentar informes técnicos y jurídicos justificatorios de la restructuración tarifaria (Actuación 247/94). Adelco se opuso al rebalanceo y, apoyada de manera unánime por la ciudadanía y los partidos de la oposición, promovió el juicio a fin de que el tribunal ordenara la realización de una audiencia pública para permitir la participación de todos los actores involucrados. Como vemos, este caso empezó por aglutinar en torno a sí a tres agentes íntimamente relacionados en los debates sobre las relaciones entre Estado y ciudadanía; nos referimos a las compañías concesionarias, al poder político (Ejecutivo y Legislativo) y a los

<sup>20</sup> *La Razón*, 12-07-1995, p. 8.

<sup>21</sup> *Primer informe anual*, tomo 1, referencias de pp. 19, 35, 48-60. *Segundo Informe Anual*, tomo 1, p. XXXII; tomo II, p. 905. *Cuarto Informe Anual*, tomo 1, pp. 11 y 13. Anthony Giddens, *The Nation-State and Violence*, vol. 2: *A Contemporary Critique of Historical Materialism*, Oxford, Blackwell Publishers, 1985, p. 318.

<sup>22</sup> *Clarín*, 27-09-1995, p. 33.

ciudadanos previstos, al menos en este ámbito, en su calidad de consumidores en torno a Adelco, la cual entendía que la modificación tarifaria no podía celebrarse a espaldas de los interesados, y que era necesario dar la posibilidad a todos los agentes de exponer sus puntos de vista para intentar encontrar una solución conjunta y satisfactoria en términos colectivos. Para ello, un cuarto espacio institucional hizo acto de presencia: el poder no político e independiente en la estructura estatal, el jurisdiccional, que aceptó la solicitud de Adelco de detener el acuerdo tarifario que se encontraba en trámite. Ahora bien, un quinto agente entró en escena por primera vez en Argentina en este tipo de debates. Adelco citó al *ombudsman* en calidad de tercero interesado, pero el defensor rechazó el carácter obligatorio de la citación y argumentó que una de las características fundamentales de la institución es que no puede ser obligada a participar en procesos judiciales, sino que su actuación incumbe sólo a su propia determinación y juicio para garantizar la independencia de la oficina. Como informó Maiorano, "ninguno de los órganos del Estado, así como ninguna institución pública o privada o particulares, pueden obligarlo a constituirse en parte y litigar".

A pesar de poner esta condición, y quizá creyendo que contaría con el apoyo del poder Ejecutivo por su demostrada fidelidad política, a los pocos días de asumir su cargo, el *ombudsman* argentino se embarcó en un largo y agotador debate con las empresas telefónicas. Comenzó por aconsejar a los usuarios no pagar el servicio hasta tanto el caso fuese resuelto, y se dirigió a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT), organismo regulador del cual dependían las telefónicas, para solicitarle un informe sobre la legitimidad y necesidad del cambio tarifario. La CNT opinó desfavorablemente sobre los argumentos del gobierno; Adelco y el defensor del pueblo, por su parte, exigieron la realización de dos audiencias públicas con la participación del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos de la Nación, actitud que fue acompañada de la decisión de la justicia de paralizar lo que se conoció por entonces con el calificativo de "telefonazo", esto es, la subida desmedida e injustificada de los valores impuestos a los usuarios. Para reforzar su posición, el defensor solicitó información sobre la identidad de los funcionarios que habían intervenido en la definición del nuevo esquema tarifario; para ello argumentó posibles irregularidades en el pacto y, muy pronto, declaró que consideraba importante esta acción para el "posicionamiento del órgano de control ante la sociedad".<sup>23</sup>

Paralelamente a la publicidad del recurso judicial de no innovar en el rebalanceo tarifario hasta consensuar la medida entre la población y el resto de los agentes en juego, la prensa se hizo eco de los debates, los cuales dispararon una reacción en cadena. El Ministerio de Economía se vio obligado a convocar y presidir las audiencias públicas reclamadas. El 21 de noviembre de 1994 se efectuó la primera en la ciudad de Buenos Aires, y en ella los directores de la CNT rechazaron explícitamente la restructuración tarifaria propiciada por las licenciatarias telefónicas y el gobierno,

<sup>23</sup> Diario *Clarín*, 01-11-1994; 02-11-1994; *Ámbito Financiero*, 02-11-1994; *Página 12*, 03-11-1994; *Crónica*, 02-11-1994; 03-11-1994; *Cuarto informe anual*, tomo 1, p. 8.

actitud reiterada durante una segunda instancia practicada en la ciudad de Mendoza un mes y medio después. En vista de la imposibilidad de convertir su proyecto en hegemónico, el Ejecutivo dejó temporalmente a un lado el rediseño acordado con las empresas, a pesar de que el propio presidente de la nación expresara en numerosas oportunidades su beneplácito por el plan de subida de precios. Paralelamente, el defensor intimó a las telefónicas a entregar datos sobre tráfico de llamadas y costos, y el gobierno reaccionó con la proposición, en contrapartida, de contratar una consultora extranjera.<sup>24</sup> En el mes de mayo del año siguiente, con escasas perspectivas de conseguir apoyo institucional y popular, y dada la disidencia de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el poder Ejecutivo decidió intervenir por decreto la CNT; así pues, dispuso el desplazamiento de su directorio (el cual había sido elegido por concurso) y nombró un interventor con la excusa de que había informes negativos brindados por la consultora británica NERA. La arbitraria decisión gubernamental fue valorada como un atentado contra las propias bases constitutivas del organismo, las cuales establecían que los directores sólo podían ser retirados de su cargo mediante dictamen acusatorio y procesos sustanciados por la Procuración del Tesoro. La reacción de la Legislatura fue inmediata y, por unanimidad, la Cámara de Diputados solicitó informes al poder Ejecutivo. Si pensamos en la situación actual en que se encuentra Venezuela, con su Congreso disuelto por los continuos embates del gobierno y con su poder judicial permeado completamente por el espíritu dictatorial de aquél, la actitud de la Cámara de Diputados argentina —así como del órgano sin poder con fuerza vinculante que es el *ombudsman*— adquiere mayor trascendencia por su posibilidad o imposibilidad de limitar al Ejecutivo. En este sentido, la Comisión Bicameral del Parlamento para el Seguimiento de las Privatizaciones (que controla la aplicación de los pliegos de privatización de la antigua compañía telefónica nacional ENTEL) se pronunció por declarar nulo el decreto intervencionista y recomendó restituir en sus cargos a los directores de la CNT desplazados por decreto. El defensor del pueblo amenazó también con presentarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa federal si no se retrocedía en la intervención del organismo. Ahora bien, en esta oportunidad la reacción popular e institucional pareció pasar inadvertida para el gobierno. El Ministerio de Economía se negó a restituir en sus puestos a los directores legítimos y, para agravar la situación, con el transcurso de los días trascendió que la consultora no sólo no había rendido su dictamen, sino que ni siquiera había sido contratada, como había sugerido el decreto.<sup>25</sup> Cuando lo hizo, tres meses después de estos hechos, el diagnóstico resultó negativo en relación con la legalidad y necesidad del nuevo plan tarifario.<sup>26</sup> El proyecto más global del gobierno era, en realidad, fusionar la Sub-

<sup>24</sup> *Ámbito Financiero*, 27-09-1995, p. 3; *Clarín*, 27-09-1995, p. 33.

<sup>25</sup> Sobre el significado y la utilización de la prueba, *cf.* Silvia Gómez i Mestres, "La prueba. El suplicio de la certeza", en Ignasi Terradas i Saborit (coord.), *Antropología jurídica*, Santiago de Compostela, 1999, pp. 55-67.

<sup>26</sup> Por otra parte, se corrió el rumor de que el interventor propuesto por el Ejecutivo había sido, además, designado subsecretario de Combustibles, es decir, condensaba en torno a sí dos cargos de diversa índole y competencia.

secretaría de Comunicaciones de la Secretaría de Obras Públicas a la de Energía, presidida esta última por un director completamente confiable para el Ministro de Economía. Al hacer frente a esta suma de irregularidades y arbitrariedades, el defensor del pueblo decidió cumplir con su promesa: acudió a la justicia y solicitó la nulidad y declaración de inconstitucionalidad del decreto de intervención, así como "el restablecimiento del orden jurídico violentado". La intervención del Ejecutivo contra el ente regulador, afirmó, apuntaría directamente al desmantelamiento del *organismo de contralor* cuya tarea es tutelar los derechos de los usuarios del servicio de telefonía básica, índole jurídica que comparte de manera implícita con el propio *ombudsman*. Permitir intervenciones de este tipo haría "poco creíble" la gestión de los órganos de control y transformaría a los entes reguladores en meros organismos estéticos. El defensor colocó a la *seguridad jurídica* en el centro del debate y propuso una primera diferenciación argumental entre la *legalidad* garantizada por el orden jurídico, y la *seudolegalidad* impuesta por la violencia y discrecionalidad del poder Ejecutivo:

El decreto, en cuanto decide intervenir a la CNT, *es ilegal, pues carece de causa que lo justifique y además es arbitrario*, por lo cual resulta nulo de nulidad absoluta, en los términos del artículo 14 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos [...] los directores con versación en materia de telecomunicaciones denunciaron anomalías respecto de la recomposición tarifaria propiciada entre octubre y noviembre de 1994, que parecía contar con el beneplácito del Ministerio de Economía nacional [...] *La intervención de la CNT, sin motivos, o mejor dicho, con fundamentos falsos, tendrá consecuencias muy graves, pues sienta un precedente de inseguridad jurídica para los entes reguladores*: parece que, cuando se adoptan decisiones con las que no se concuerda, se resuelve arbitrariamente una intervención.<sup>27</sup>

Es importante señalar que, a esta altura del conflicto, se condensó nuevamente la participación de todos los agentes que hemos venido reseñando hasta ahora, a excepción de Adelco, cuya presencia pareció diluirse de manera paulatina al compás de la hegemónica presencia de los diversos poderes (jurisdiccional y políticos) y autoridades (el defensor del pueblo).<sup>28</sup> Concluir con el relato de este caso nos facilitará replantear el significado de la defensoría en el seno de los vínculos entre *justicia legal* y *justicia social*, en torno a la oposición entre *ley* y *justicia*, y en relación con el ejercicio de contralor sobre los diversos poderes que componen el organigrama estatal. A finales de julio de 1995 la justicia de lo contencioso-administrativo declaró nula la intervención de la CNT, quitó legitimidad al interventor designado por el Ejecutivo y utilizó para ello los argumentos brindados por el defensor, a saber: la arbitrariedad del decreto por carencia de fundamento. Refutó el argumento esgrimido por el gobierno de

<sup>27</sup> Referencias de *Página 12*, 08-06-1995, p. 12; 28-06-1995; *Ámbito Financiero*, 05-06-1995, p. 9; 07-06-1995, p. 4; 09-06-1995, p. 6; cita extraída de 08-06-1995, p. 8, cursivas nuestras; 20-07-1995, p. 8; 27-09-1995, p. 3; 28-08-1995, p. 9; 28-11-1995, p. 9; 20-01-1996, p. 5; *La Nación*, 26-09-1995, p. 3.

<sup>28</sup> Por medio del diputado socialista Héctor Polino, sin embargo, se articuló una especie de organización denominada Consejo de Administración de Consumidores Libres, Cooperativa Limitada de Provisión de Servicio de Acción Comunitaria, en *Ámbito Financiero*, 20-07-1995, p. 8; *La Nación*, 20-07-1995, p. 3.

que la intervención era un acto privativo y discrecional del poder Ejecutivo que no debe ser sometido a revisión por parte de la justicia, y sostuvo que los actos administrativos, al igual que los decretos, "tienen límites jurídicos que permiten el control judicial" si entran en conflicto con las disposiciones que marca la ley. Habiendo perdido en la primera instancia, el gobierno apeló la decisión judicial y, paralelamente, el defensor del pueblo requirió al Juzgado de lo Contencioso Administrativo federal la orden de convocatoria a una nueva audiencia pública antes de tomar una decisión final sobre las tarifas telefónicas. Por primera vez presentó una acción de amparo contra el Estado nacional (conformado por el Ejecutivo, el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) para bloquear los cambios en el cuadro tarifario.

Llama la atención [señaló el *ombudsman*] que el Ministerio de Economía intente apartarse del criterio seguido anteriormente en cuanto a la realización de una audiencia pública y que pretenda una modificación de tarifas telefónicas sin la participación de las entidades representativas de usuarios. La *audiencia pública* debía funcionar, en este contexto, como una instancia política de debate así como para tratar de frenar a las autoridades en sus pretensiones ilegítimas.<sup>29</sup>

### III . LA DEFINICIÓN DEL CIUDADANO EN TÉRMINOS DE JUSTICIA SOCIAL: ¿ADMINISTRADO, CONTRIBUYENTE O USUARIO?

A un año de la polémica por la restructuración de las tarifas, y en el aniversario de la creación de la defensoría, la prensa comenzó a debatir dicho caso en términos de oposición entre *lo legal* y *lo legítimo*, binomio utilizado también por el *ombudsman* con base en criterios sociales. Este último aprovechó didácticamente tal conflicto para informar a la ciudadanía acerca de la índole de la institución a su cargo mediante las decisiones puntuales tomadas en torno a la polémica mantenida con el presidente de la nación, el Ministerio de Economía y las empresas monopólicas. El caso mencionado despertó gran interés en los medios de comunicación entre 1994 y 1996; dado su carácter ejemplificador sobre el rol que ocupa el poder Ejecutivo en Argentina, resulta representativo del *modus vivendi* de las instituciones. Refleja también los resultados conflictivos del proceso privatizador que afecta a la economía del país en los últimos años y que ha colocado a la ciudadanía en una situación de gran indefensión frente a las corporaciones extranjeras (a mediados de 1999, por dar un ejemplo, la petrolera española Repsol adquirió la única y última empresa rentable, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, a un precio inferior al esperado).<sup>30</sup>

<sup>29</sup> *Ámbito Financiero*, 20-07-1995, p. 8; 27-09-1995, p. 3; *Clarín*, 27-09-1995, p. 32; *Cuarto Poder*, 28-09-1995, p. 24.

<sup>30</sup> Las ganancias de estas últimas, por otra parte, no son pingües. En el caso de las telefónicas que operan en Argentina, durante el ejercicio 1994-1995 Telecom y Telefónica facturaron casi 4 000 millones de dólares. *La Nación*, 28-09-1995, p. 4.

A este clima enrarecido por la interpelación al gobierno se sumó el economista Juan Alemann, quien acusó al defensor del pueblo de desconocer los contratos de concesión firmados entre el gobierno y las empresas que establecían el reajuste tarifario como condición *sine qua non* de la existencia del pacto. "Recordemos que un buen sistema jurídico que se cumple a rajatabla [afirmó Alemann] es la base de todas las economías modernas. Los países que no tienen orden jurídico son subdesarrollados, por más recursos que tengan, simplemente porque en ellos no se puede invertir." Cumplir los contratos, más allá de los efectos sobre las personas, pareció ser el corolario de esta argumentación, tan liberal como contraria a los postulados de justicia social ponderados por el defensor. Dicho diálogo fue permeado por la publicidad de un dato central en este debate: la consultora NERA, mediante su informe escrito en lengua inglesa, adujo que, de haberse aplicado la restructuración tarifaria originaria del año 1994, un año después las empresas licenciatarias hubiesen obtenido 500 millones de dólares de ganancias adicionales en lugar de la reducción de los ingresos totales que prometía el Ministerio de Economía. Similar situación se detectó en otros servicios recientemente extraídos de la égida estatal y monopolizados por licenciatarias privadas, esto es, la prestación de servicios públicos domiciliarios (energía eléctrica, agua y gas) y no domiciliarios (concesiones de peaje de transporte). Dado que la decisión sobre tarifas es privativa del Ministerio de Economía, las esperanzas de los medios de comunicación, de los partidos de la oposición, de la ciudadanía y del defensor del pueblo fueron depositadas en el rechazo público más o menos unánime contra el reajuste más que en el apoyo del gobierno; pero la decisión jurisdiccional de segunda instancia comenzó por destruir tales ilusiones, ya que a finales de octubre de 1995 la Cámara de Apelaciones revocó el fallo dictado por el juzgado de primera instancia y convalidó la intervención de la CNT dispuesta por el poder Ejecutivo. El argumento judicial fue la *legalidad* de la disposición ejecutiva. En una entrevista concedida al Suplemento Nueva Justicia (el hecho resulta más que irónico) del periódico *Ámbito Financiero*, el *ombudsman* apuntó que era necesaria una *ley justa* para ser declarada legítima:

Se puede dar el caso de que existan las vías legales para que se opere un incremento o rebalanceo de las tarifas; será legal. Pero difícilmente puede llegar a ser legítimo en el marco de la realidad que diariamente nos habla de reducciones presupuestarias, elevado porcentaje de desempleo, rebajas de salarios congelados desde hace años, frente a empresas que han tomado los servicios telefónicos en todo el país con carácter monopolístico y que anuncian a los cuatro vientos ganancias de cientos de millones por años.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Cita de *Ámbito Financiero*, Suplemento Nueva Justicia, 12-12-1995, p. II. Referencias de *La Razón*, 02-10-1995, p. 5; 04-10-1995, p. 12; 13-10-1995, p. 24; *Ámbito Financiero*, 10-10-1995, p. 18; *Cuarto Poder*, 10-10-1995, p. 22; 03-11-1995, p. 24; *Página 12*, 13-10-1995, p. 10; 21-10-1995, p. 7.



El flujo de los conceptos coincide en un principio general: encontrar la justicia para los usuarios y consumidores, como si esa justicia estuviese, al menos en este caso concreto, fuera de la ley y no alcanzase el calificativo de "legal" para asegurar su legitimidad. En este contexto, el defensor cuestionó directamente la legalidad del proyecto de gobierno con base en el principio de *justicia social* y afirmó que "algunos funcionarios piensan y pretenden seguir actuando como patrones de estancia", y lo hacen encubriendo la ilegitimidad bajo neologismos como "recomposición", "reestructuración" y "redimensionamiento".<sup>32</sup> Si hemos seguido atentamente la evolución del caso, es posible comprobar que esta categoría de *justicia social* reincorporó al debate la dimensión humana para compensar su ausencia real en el conflicto. El defensor del pueblo de Argentina definió el concepto y el ámbito de la *justicia* bajo el sencillo esquema de "dar a cada uno lo suyo". Este debate circunscribió su accionar en el caso planteado y, en términos generales, puso en tela de juicio la propia definición del Derecho:

Más allá de que el pretendido aumento de tarifas telefónicas *pueda ser legal*, tema que merece un profundo análisis, la pregunta que todos *debemos hacernos es si resulta legítimo*. Legítimo no sólo en cuanto a los porcentajes, sino también respecto de los procedimientos. *Legítimo frente a las reducciones salariales a los jubilados y pensionados que están cobrando sus haberes casi un mes más tarde; a la desocupación y a la situación social*. Ante esta realidad de la gente, vemos periódicamente anuncios de sustantivos resultados económicos para las prestatarias del servicio, merecidos en tanto se han ejecutado importantes avances en la materia, pero francamente irritantes para la realidad de millones de personas, la mayor parte de ellas clientes cautivos de esas mismas compañías. No creo lógico ni prudente que se siga invocando aquí *la legal por sobre lo legítimo*.<sup>33</sup>

Estas diferenciaciones de carácter subjetivo deben hacernos pensar en las adjetivaciones con que suele recubrirse el vocablo *justicia*. Hans Kelsen afirma que, ante una situación de desorden, se utilizan convenciones de *justicia* que, a su vez, se sostienen por un criterio de validez. El autor conviene en que se trata de un concepto vacío sustentado en juicios de valor, como puede ser la confluencia del "deber ser" con el "es", para que lo que "es" sea inmanente a lo que "debe". En esta operación de convergencia entre lo real y lo ideal, la pretensión del Derecho es presentar la norma escrita (el *derecho legal*) como un ente inalterable e inmutable, y negar —de manera paralela— la relatividad e historicidad de los juicios de valor. Pero el proceso de racionalización del Derecho se activa cuando se ponen en juego conflictos de valores; es entonces cuando se manifiesta la relatividad de los intereses en juego, aun cuando la justicia que podemos calificar de *legal* pretenda definir lo que es justo en términos absolutos con el objetivo de conciliar las necesidades contradictorias de estabilidad y adecuación al caso concreto.<sup>34</sup> La *justicia social*, por otra parte, adquiere un rol central en el escenario de

<sup>32</sup> *La Razón*, 29-09-1995, p. 6.

<sup>33</sup> *La Razón*, Buenos Aires, 29-09-1995, p. 6, cursivas nuestras; *La Opinión Austral*, 14-10-1998, Santa Cruz.

<sup>34</sup> Hans Kelsen, *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982; Roscoe Pound, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1950, p. 5.

las demandas que, en ocasiones, son contrarias a la definición *legal*. En nuestro caso, el defensor redefinió la validez y legitimidad del ámbito de lo legal mediante argumentos metajurídicos y en función de la apelación al caso concreto. Si seguimos este recorrido argumental, lo legítimo, si triunfase, debería hacerlo por sobre la ley concreta, perspectiva no aceptada fácilmente por el Derecho positivo. En el caso concreto que nos ocupa, se advierte la colisión entre la norma y las expectativas de las personas, entre la concepción de lo que es legal y de lo que es socialmente justo. Nos encontramos frente a un instituto que pondría en tela de juicio la propia concepción del Derecho y de la ley.

La tercera audiencia pública organizada nuevamente por el Ministerio de Economía a finales de enero de 1996 congregó a las telefónicas, a los funcionarios afectados, a los representantes de los usuarios y al defensor del pueblo. Estos dos últimos agentes se opusieron a cualquier tipo de incremento, y fueron contrarrestados por los dos primeros que consensuaron el cambio aun sin hacer explícitos los niveles de ganancia reales que supondría para las empresas y el costo para los usuarios. Este acuerdo fue el mismo que intentó imponer el gobierno más de un año antes, y que había sido rechazado por el *ombudsman* y las asociaciones de consumidores. En un contexto adverso, Maiorano decidió informar a la población de las verdaderas razones que llevaban al gobierno a apoyar a las licenciatarias, y que estaban relacionadas con su intención de que éstas pudiesen quedar en mejor posición frente a la futura apertura de la competencia en la telefonía básica.<sup>35</sup>

En 1996, pasado ya más de un año de debates entre el poder Ejecutivo, la defensoría del pueblo, las empresas monopólicas y la ciudadanía, el gobierno decidió cambiar la jurisdicción de la Secretaría de Comunicaciones, hasta entonces dependiente del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, a la presidencia de la nación, y logró imponer así la tan cuestionada restructuración tarifaria sin tomar en cuenta la posible disidencia del poder Legislativo y del *ombudsman*. Si algo quedó claro en el conflicto analizado fue la índole de la actuación del defensor frente a la percepción de injusticia generada por la coalición entre el Estado y las empresas monopólicas, actuación sin poder y sin capacidad real de "defender al pueblo" cuando los propios órganos que deben aceptar sus recomendaciones deciden hacer oídos sordos. En la última audiencia realizada en el norte del país, en la ciudad de Posadas, el defensor criticó la decisión unilateral del Ejecutivo, advirtió acerca de los efectos de pérdida de legitimidad y de credibilidad del Estado frente a la ciudadanía y se preguntó claramente: "¿A dónde irá a parar la credibilidad de la sociedad en un modelo que ha hecho de las privatizaciones y concesiones una política permanente, pero al cual le está quitando uno de sus soportes fundamentales: el indelegable control del Estado y la participación ciudadana en ese control?".<sup>36</sup> Los "usuarios cautivos" de los servicios públicos del país, agregó, merecen que se controle tanto a los organismos guberna-

<sup>35</sup> Jorge Luis Maiorano, "La verdad a medias es la peor mentira", *La Razón*, 09-02-1996, p. 6; *Ámbito Financiero*, 01-02-1996, p. 7.

<sup>36</sup> *La Razón*, 20-12-1996, p. 28.

mentales encargados de la regulación de esos servicios como a las empresas concesionarias, y que se modifiquen las leyes injustas en mérito a las disposiciones constitucionales que aseguran el respeto a los derechos humanos,<sup>37</sup> haciendo referencia indirecta tanto a los derechos de segunda generación (sociales, económicos y culturales) como a los de tercera generación, esto es, los derechos colectivos, vinculados ambos a una idea de democracia participativa más que a los principios de la democracia representativa.

La colisión entre los intereses de los administrados y del Estado puso en tela de juicio el prestigio del *ombudsman* al crear una situación ¿temporaria? de descrédito de la institución, que en Derecho comparado goza de reputación y de *auctoritas* en tanto y en cuanto imprima a su accionar un carácter verdaderamente tuitivo. En el caso que hemos descrito, la paradoja es la siguiente: ¿cuáles intereses debe defender el defensor del pueblo de la nación argentina cuando su función es negada por quienes lo diseñaron constitucionalmente? La confianza de los usuarios es la condición esencial para ampliar el crédito de las instituciones políticas estatales y, tratándose de una institución que constituye un punto de equilibrio entre la administración y los derechos de los ciudadanos, el *ombudsman* necesita de la "creencia" de la opinión pública acerca de las virtudes de su accionar. Donald Rowat diagnosticó hace varios años que el *ombudsman* no podría hacer frente a un sistema político en el que la administración estuviese plagada de favoritismo y corrupción, y dominada por las presiones del Ejecutivo y de los partidos políticos. La consecuencia mediata de esta dependencia sería la pérdida de su credibilidad.<sup>38</sup> Nada dijo, sin embargo, de los efectos que puede producir la negligencia del poder Ejecutivo ante las acciones y recomendaciones presentadas por el *ombudsman* en un campo tan conflictivo como el de las privatizaciones; ni sobre los vínculos que deben unir a las empresas monopólicas prestatarias de servicios públicos y a la sociedad civil.

En virtud de la resolución negativa de este caso, la Declaración de Buenos Aires, redactada por los miembros del Instituto Internacional del Ombudsman que se reunieron en el VI Congreso Internacional, organizado por el defensor del pueblo argentino, acordaron reafirmar las características esenciales que debe tener todo *ombudsman*, es decir, independencia, accesibilidad, flexibilidad y credibilidad; además, establecieron como una de las prioridades de aquél controlar *las actividades administrativas de gobiernos y servicios públicos*. Dichos temas, que permiten discutir acerca de lo que es legal y de lo que es socialmente justo en las políticas de Estado, fueron reiterados por los defensores que asistieron al III Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, realizado en Lima en 1998. El propio defensor español en su conferencia inaugural sentenció que el proceso de globalización y privatización de América Latina se apoya en el libre mercado e ignora, por ende,

<sup>37</sup> Cuarto informe anual, tomo 1, p. 13.

<sup>38</sup> Donald Rowat, *El ombudsman en el mundo*, Barcelona, Teide, Presentación de Frederic Rahola, síndic de Greuges de Barcelona, 1990, p. 147; 1a. ed., 1985, University Press of America, bajo el título *The Ombudsman Plan. The Worldwide Spread of an Idea*.

el "déficit social" que acarrea la economía de corte neoliberal. Quizá por ello la Declaración de Lima —redactada como corolario de los debates producidos en el seno de la reunión— destacó la existencia de la *relación asimétrica, aunque legal*, entre la ciudadanía y las empresas monopólicas. "Aun en el contexto del proceso de privatizaciones [concluyó la Declaración] se impone la necesidad de que los servicios públicos básicos sean accesibles a la población en general, especialmente a la de menores recursos."<sup>39</sup>

Desde 1996 se han reiterado situaciones similares que desvirtúan la relación del *ombudsman* con el poder Ejecutivo. Bajo el sugerente titular *Absolutamente injusto*, el defensor del pueblo argentino ha publicado su crítica a la disposición gubernamental de aumento de otros servicios públicos, y ha señalado una y otra vez que el incremento "podrá ser legal, podrá ser contractual, pero es absolutamente ilegítimo, injusto e inequitativo". Para diferenciar nuevamente el ámbito legal del legítimo ha hecho uso, como vemos, de la categoría *equidad*, por la cual el aumento podía ser insignificante para algunos, pero para la mayoría de los ciudadanos "representa dinero que no tienen para cosas esenciales, como por ejemplo alimentar a su familia".<sup>40</sup> Los excesos y abusos del poder generan injusticia, insatisfacción y desprotección de los ciudadanos, los más olvidados en el proceso de liberalización económica que están llevando adelante los países latinoamericanos insertos en el proyecto global de privatización de las empresas estatales. Sabemos que, de acuerdo con la Constitución, el *ombudsman* debe asegurar el reconocimiento del poder de los administrados mediante el uso de *recomendaciones y sugerencias* de cambio de leyes injustas. La propia índole de la institución le impide modificar la normativa jurídica cuestionada porque carece de fuerza vinculante, pero, ante su carencia de poder, el reproche conviene en ser de tipo moral y público. En el caso que venimos narrando, la impugnación de la medida estatal se basó en un argumento fundado en la idea de *injusticia* y, por ello, el *ombudsman* utilizó expresamente el concepto de *justicia social* para referirse a la gestión de la institución frente al desconocimiento que hace la administración de los derechos de las personas. Así, los conceptos *justicia* y *derecho* entraron en contradicción pero también definieron nuevas maneras de concebir la identidad ciudadana.

La Constitución argentina establece en su artículo 42 que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. La Carta Magna, por ende, obliga a las autoridades a proporcionar la protección de esos derechos y a luchar contra la perturbación de los mercados. El caso estudiado generó en torno a sí un cúmulo de expectativas por su posibilidad de sentar un precedente para la resolución de futuras situaciones análogas. *Legalidad, legitimidad y justicia social* fueron categorías que afloraron de manera paralela al debate sobre el verdadero rol que le

<sup>39</sup> Referencias en Fernando Álvarez de Miranda, "Discurso inaugural", del *III Congreso Anual de la Federación Iberoamericana del Ombudsman*, Lima, Perú, septiembre de 1998, en <http://ombudsman.gob.pe>, como presidente de la FIO y defensor del pueblo de España. *Crónica*, 20-09-1998.

<sup>40</sup> *Crónica*, 18-10-1998.

tocaba desempeñar al *ombudsman* en tanto que ente recién integrado a la estructura estatal, y acerca de la redefinición del concepto *ciudadanía*. La concepción que el *ombudsman* tiene de la ciudadanía se vincula con la idea de que la persona no es sólo ciudadana a la hora de votar, sino también en el momento de exigir, reclamar y quejarse ante la administración y el poder. En la defensoría desaparecen los vocablos *usuario* y *cliente*, más propios de las empresas monopólicas;

[...] empleamos, en cambio, los vocablos "ciudadano" —superando su relación con el ejercicio de los derechos políticos—, "contribuyente" —más allá del estrecho marco del derecho tributario y de la práctica ciudadana que lo identifica con obligación impositiva— o "interesado". Ante la institución del defensor del pueblo, la persona, el individuo, el hombre, la mujer, no son sólo ciudadanos para votar o contribuyentes para pagar sino que, precisamente porque son ciudadanos y pagan sus impuestos, están en condiciones de exigir de las autoridades el respeto pleno de sus derechos. Y como defendemos derechos humanos, trascendemos edades, sexos, situación social o jurídica, condición económica o cualquier otro elemento que implique una minusvalía de aquellos derechos.<sup>41</sup>

Recapitulando las ideas expuestas a lo largo de este trabajo, es posible afirmar que el planteamiento del *ombudsman* es similar al que en el siglo XVIII argumentó Montesquieu al referirse a la coexistencia de las *leyes positivas*, creadas por los seres humanos, con las *relaciones de justicia posibles* que condicionan el desenvolvimiento real de aquéllas y que parecerían surgir del universo del Derecho *natural*. Para Montesquieu, el ámbito de lo justo y de lo injusto tenía existencia "fuera" de las leyes que ordenan y prohíben determinadas conductas; asimismo, estaba determinado por *relaciones de equidad* anteriores a la norma jurídica.<sup>42</sup> Sobre la fundamentación de esta construcción se discute todavía hoy la noción de "justicia social" entendida como opuesta, en muchas oportunidades, a la propia ley. El caso analizado concuerda claramente con esta oposición y, gracias a él, hemos podido comprobar que el debate sobre la idea de *justicia* permanece abierto, no sólo porque se trata de un concepto de difícil categorización, pese a que forma parte del núcleo central de la ciencia del Derecho, sino por el variable campo semántico con el que está vinculado<sup>43</sup> y por la oposición y división entre *justicia legal* y *justicia social*. Los argumentos del *ombudsman*, por otro lado, constituyen un *desideratum* que parecería remitir a la tradicional controversia entre Derecho natural y Derecho positivo sin lograr decidirse por ninguna de las dos construcciones, es decir, sin tomar partido por las posiciones iusnaturalistas, ni pensar en el Derecho positivo como el único *corpus* válido por su derivación estatal (positivismo jurídico). En todo caso, como ha señalado Norberto Bobbio, podríamos hablar de la pervivencia de una concepción del Derecho de tipo dualista y no monista,<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Segundo informe anual, tomo 1, pp. XXIX-XXX; *La Razón*, 22-12-1995, p. 28.

<sup>42</sup> Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Editorial Porrúa, 1998, 12a. ed., 1a. ed., Ginebra, 1748.

<sup>43</sup> Roscoe Pound, *Justicia conforme a Derecho*, México, Editorial Letras, 1985, p. 1.

<sup>44</sup> Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1993, p. 45.

lo que evidentemente condiciona tanto la imagen social del *ombudsman* como la seguridad que debe presuponer todo orden jurídico moderno. En este sentido, el *ombudsman* se convierte en el eje articulador entre la administración estatal y las personas, y su actuación se produce sobre la base de la construcción legal y jurídica que emana de la autoridad legítima. Su reacción, sin embargo, se fundamenta en el cuestionamiento de la creación del ámbito de la legalidad, en cuyos límites se sitúa la conceptualización de lo justo/injusto asentada en criterios de equidad que surgen de la exterioridad no definida ni corporizada. El tema que abordamos pretende abrir nuevos horizontes reflexivos sobre la articulación de la sociedad civil y el Estado, pero también replantear la analogía a la que estamos habituados, a saber: considerar al Derecho y al Estado como lo mismo.

Frente a las ilusiones ficticias que produce el estudio de la regularidad, consideramos que cada encuentro interpersonal contiene una escala microscópica en la que se manifiesta la interacción entre lo particular y lo normativo. Este diálogo conjuga contextos sociales y elementos específicos que tienen lugar en situaciones concretas de cambio. Por ello, hemos elegido aproximarnos a la comprensión del concepto *justicia* en el proceso de renegociación de la realidad social más que en la definición abstracta de su contenido, y lo hemos hecho mediante una institución que tiene (o debe tener) la peculiaridad de poder escapar a la función coactiva que el diseño estatal le atribuye al espacio jurisdiccional y que hace de él un ámbito en el que sus titulares se ven constreñidos a aplicar las reglas y normas establecidas por el Estado, que se presenta como el único creador del Derecho. El reto está planteado, entonces, en torno a los riesgos que supone dejar fuera de la legalidad las formas y posibilidades reales de resolución de los conflictos que se plantean en las fronteras internas del aparato estatal.

#### IV . FUENTES CONSULTADAS

Canadá (IOI): International Ombudsman Institute, <http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi>.

Buenos Aires: Defensor del pueblo de la nación argentina, <http://www.defensor.gov.ar>.

Costa Rica: Defensoría de los habitantes de la República de Costa Rica: <http://www.crnet.cr/defensor>.

México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, <http://www.cndh.org.mx>.

Perú: Defensor del pueblo, <http://www.ombudsman.gob.pe>.

*Informes anuales del defensor del pueblo de la nación argentina:*

Primero (1994) del 17-10-1994 al 31-12-1994, 3 vols.;

Segundo (1995) del 01-01-1995 al 31-12-1995, 3 vols.;

Tercero (1996) del 01-01-1996 al 31-12-1996, 2 vols.;

Cuarto (1997) del 01-01-1997 al 31-12-1997, 2 vols.;

Quinto (1998) del 01-01-1998 al 31-12-1998, página web <http://defensor.gov.ar>.