

Revista

APORTES

*para el Estado y la
Administración Gubernamental*

EL DEFENSOR GENERAL DE LA NACION: NOVEDAD CONSTITUCIONAL Y ROLES

Héctor Masnatta

Héctor Masnatta es un reconocido especialista en Derecho Constitucional, ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ex Director del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia. Convencional Nacional Constituyente.

1. LA NORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

La Convención Nacional Constituyente que se reunió en 1994 en la ciudad de Santa Fe dedica la Sección Cuarta al Ministerio Público (art. 120).

Lo ubica, así, como un órgano fuera de los poderes clásicos a los que se dedican otros capítulos de la Constitución. En la etapa preconstituyente, que culminó con la ley 24.309 existían cuatro modos de entender la posición institucional que le correspondía al Ministerio Público dentro de los poderes del Estado. El criterio más tradicional lo ubicaba dentro del Poder Ejecutivo, apoyado por los procesalistas clásicos (Castro, Oderigo, Alsina y Jofré). En el derecho comparado (Francia, Alemania y Estados Unidos), se lo organizaba como una institución "con marcados rasgos de dependencia de la rama ejecutiva o, en todo caso, independiente del Poder Judicial". El art. 147 de la Constitución de Perú así lo admite.

Otra corriente emplea el criterio de pertenencia al Poder Legislativo. Pero la más difundida incluye a la institución dentro del Poder Judicial (Palacio, Clarea Olmedo, Rubianes, De la Riestra).

La inclusión en el Poder Judicial se advierte en la legislación española y, entre nosotros, en la Constitución cordobesa.

La citada ley declarativa de la necesidad de la reforma estableció que debía considerarse al Ministerio Público como órgano extrapoder. Así el Dr. Sagües quien ha tematizado esta corriente (La Ley, 1987-E, 848). El Ministerio Público, señala, no es un ente servicial del Poder Ejecutivo. Y tras señalar sus roles indica que la necesidad de jerarquizarlo impone ubicarlo como una magistratura autónoma, independiente del Poder Ejecutivo y del Judicial.

Este era el menú antes de la etapa constitucional propiamente dicha. El art. 120 sancionado, que tuvo oportunidad de sostener como miembro informante en el Plenario de la Convención, estatuye dicho carácter extrapoder: "el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneración".

Nos toca ocuparnos de la figura del Defensor General de la Nación, que es una absoluta novedad institucional. Se ha seguido al respecto, conforme al criterio propugnado por el convencional Mariano Cavagna Martínez, la pauta que ya había consagrado la Corte Suprema de la Nación al incorporar al Defensor General de la Nación en su organigrama. Esto --son palabras del proyecto de dicho jurista implicaba la supresión de una verdadera esquizofrenia, al supraordenar en una sola cabeza --la del Procurador General de la Nación-- funciones tan disímiles como el ejercicio de la acción penal y la defensa

de los intereses generales de la sociedad. Ciertamente que ambos funcionarios deben velar por el principio de legalidad, pero sin duda el sabor que acuerda al defensor general su rol específico da fundamento a una especificación.

Una breve reseña histórica ilustra sobre la confusión de los roles que se ha mantenido hasta la nueva creación constitucional. Alcalá Zamora y Castillo recuerda que de la monarquía pirenaica u oriental o confederación de aragoneses, catalanes y valencianos proviene una magistratura que se instituyó en 1337 por Pedro IV El Ceremonioso. De allí nace el famoso Padre de Huérfanos, que fuera precedente de los organismos tutelares, fundamentalmente de menores. Bajo Marco Aurelio existía la "pretura tutelar" que se enderezaba a conferir representantes a los seres débiles y niños.

En las ordenanzas provisionales del Cabildo de Buenos Aires, el 21 de octubre 1814 y con la firma del Director Posadas se crea el cargo de Asesor. Se le otorga la facultad de intervenir en todas las instancias, pero con respecto a los intereses de los menores. Cuando Rivadavia, el 24 de diciembre de 1821, suprime los Cabildos, el decreto dispone en el artículo sexto que se nombre un letrado para desempeñar la función de defensor de pobres y menores y procurador general de la Provincia. Viamonte, el 14 de noviembre de 1829, reorganiza esta defensoría creando el cargo de Defensor, asistido por un asesor de menores. En junio de 1863 la Defensoría se reorganizó, reglamentándose las funciones por decreto del 23 de noviembre de 1864.

Cuando Victorino de la Plaza y Rosa proyectaron la ley orgánica de los tribunales de la Capital aconsejaron la unificación del Ministerio Público. De aquí proviene la situación institucional que pone remedio a la nueva normativa de la Constitución. En efecto, en ese proyecto se atribuye a los agentes fiscales las funciones desempeñadas hasta entonces por los defensores. La Comisión del Senado, con la Presidencia de Aristóbulo del Valle, mantuvo la separación, declarándose que la acción del Ministerio Fiscal debía quedar reducida a la esfera judicial, en tanto la otra actividad debería llegar hasta el hogar.

Así llegamos a la ley 1893 cuya artículo 140 establece que la Defensa Oficial se hará, en la Capital de la República, por un Defensor de Pobres y Ausentes ante la Corte Suprema y juzgados federales y por seis defensores de pobres y ausentes ante los juzgados de los civil y comercial del crimen y correccional y para ante las Cámaras respectivas. Esta organización, como es sabido, ha sido modificada posteriormente, pero la dicotomía padecía de un evidente desbalance a favor de la presencia de un Procurador General. Es más: yendo más allá de la norma constitucional la ley orgánica de la justicia nacional estableció en su artículo 21 que la Corte Suprema de Justicia estaba compuesta de cinco jueces y un Procurador General, sin establecer la existencia de un funcionario homólogo para la actividad específica de la defensa. Por una suerte de costumbre, se operó la identificación de la Procuración con el Ministerio Público Fiscal quedando oscurecida la otra faz ahora con relieve institucional propio.

2. PERFIL DEL DEFENSOR GENERAL DE LA NACIÓN

Desde luego, el artículo 120 se aplica a los dos integrantes que son cabeza del Ministerio Público y a los miembros que se alinean en los dos órdenes. Por lo tanto, rigen también para el Defensor General y sus colaboradores los rasgos esenciales: independencia funcional y autarquía financiera. La norma ha enfatizado la primera, incluso calificándola de autonomía, concepto técnicamente diferente. Pero en dicho énfasis se advierte el deseo de hacer inequívoca la falta de dependencia, por manera de consagrar que el Ministerio Público no depende de ningún órgano que ejerza funciones administrativas, judiciales o legislativas. De forma que no sólo se ha desvinculado al Ministerio Público del poder político sino que se fortalece su capacidad institucional para cumplir acabadamente el cometido que le encomienda la Constitución.

El segundo rasgo --autarquía financiera-- fortalece el objetivo rector, debiendo completarse con el párrafo final del artículo que se refiere a la intangibilidad de las remuneraciones de los miembros de la institución.

Pero es en el análisis de las funciones que ha de resaltar con mayores notas el enaltecimiento del Defensor General de la Nación. La normativa común atribuye al Ministerio Público --y por ende, a sus dos repartos-- promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Esto implica el apoyo y sustento del orden jurídico tematizado en la pirámide jurídica consabida, incluyendo la actuación en casos en que se cuestione la constitucionalidad de leyes y decretos.

Consideramos que se debe hacer hincapié en la función asignada en orden a la defensa de los intereses generales de la sociedad. En efecto, la redacción otorgada por la Ley Fundamental engloba en la incumbencia tanto la protección de los intereses particulares de aquellos a los que la ley considere pobres, ausentes o incapaces cuanto a los intereses generales en orden al control republicano y la defensa del sistema democrático, que la Constitución reformada ha relevado al incorporar la necesidad de tutelar la ética pública.

En nuestro criterio, la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas así como la persecución del crimen organizado, integran un marco conceptual que ha de permitir afrontar la lucha contra manifestaciones delictivas que ponen en entredicho la firmeza y eficacia de la democracia. Para el diseño institucional que nos rige, no existe un interés general de mayor alcurnia que esa defensa de la democracia.

Queremos recordar acá que ya en Roma la concentración del poder y las demasías de los funcionarios, así como la exorbitada hegemonía de las clases ricas en su lucha para conservar sus privilegios, creó una permanente efervescencia. A diferencia de lo acontecido en el mundo griego, los poderosos acumularon mayores riquezas y corrompieron el poder. Bastante avanzado el siglo IV, ante la corrupción que se iba generalizando, los Emperadores Valente y Valentiniano crearon los defensores civitatis o civitatum. Estos funcionarios populares tuvieron a su cargo la defensa de los intereses de los desvalidos y los reclamos contra las violencias de los funcionarios. Eran elegidos directamente por el pueblo. Al comienzo tuvieron el carácter de defensor de oficio o abogados de pobres pero con posterioridad se les concedía una jurisdicción más amplia. Es de recordar la famosa acusación de Cicerón en el caso de Verres. Cicerón fue precisamente defensor y así inició su singular carrera al pedir el enjuiciamiento del magistrado corrupto, como ha quedado escrito en la famosa Verrina.

Con el curso del tiempo se fue modificando la naturaleza de las funciones del defensor civitatis que al principio sólo se limitaba a la protección de los humildes contra las exacciones ilegales, la usura y los atropellos de las autoridades. Pasó así a convertirse en un funcionario judicial, confiriéndosele autonomía e inclusive la función de fiscalizar toda clase de impuestos y aún la administración financiera.

En ocasión de informar al despacho en el Plenario de la Convención Constituyente me permití hacer referencia a la Constitución colombiana. Es muy interesante el proceso constitucional de aquél país en materias de órgano de control. El constituyente colombiano reformuló la Contraloría General de la República pero incluyó entre los organismos de control a la Procuraduría y al Defensor del Pueblo. ¿Cuáles fueron las motivaciones de este proceso? Díaz Arenas (La Constitución política colombiana) señala: "El ambiente nacional que inspira el proceso constituyente se ve signado por dos formas que han corroído la legitimidad de las instituciones colombianas. La corrupción y la impunidad son lastres que en nuestro medio han adquirido dimensiones insospechadas". Y agrega: "catalogar la corrupción y la impunidad como formas antes que como fenómenos tiene el sentido político de exponer su carácter generativo de relaciones de poder y de reproducción social. La clientela, como agrupación política, desarrolla un actuar basado en su expansión. La corrupción se vincula con un sistema patrimonialista que convierte al Estado y su sistema de instituciones, deformando los mecanismos de participación y extensión de los beneficios sociales. La Cuestión de la impunidad se vincula con la eficiencia administrativa y técnica, que desagua en la crisis del control". Y fue la idea de fortalecer la Procuraduría uno de los temas allegados para solucionar los problemas de la corrupción. Así se consagra una nota expresa: el Procurador General de la Nación tiene dentro de sus funciones defender los intereses de la Nación. Pero no sólo "los intereses colectivos, en especial el ambiente" sino también la vigilancia, investigación y sanción de los funcionarios públicos.

De esa manera se incluye la lucha contra manifestaciones delictivas como el tráfico de drogas, el lavado de dinero, la simulación fiscal, los procesos de licitación, etc.

Debe reconocerse entonces un nuevo rol al novísimo instituto constitucional: el combate contra la corrupción, que debe contar un órgano apto para la tutela de la ética pública y haga viable la persecución y progresiva erradicación de las diversas manifestaciones del crimen organizado. Precisamente el artículo 36 de la nueva Constitución en su parte final considera que atente contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. La norma remata disponiendo que el Congreso sancione una ley sobre ética pública.

En las sesiones de octubre y noviembre de 1995 de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el constitucionalista Alberto Spota señala que debe diferenciarse el ámbito de lo público y lo privado en la

consideración de la norma constitucional. La sociedad argentina -expresa- estima que las conductas configuradas y prohibidas en el código penal referidas a delitos contra la Administración Pública (abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público, cohecho, malversación de caudales públicos, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionario y empleados públicos, prevaricato, etc.) no son suficientemente operativas. El telos del artículo 36 de la Constitución significa ampliar el ámbito jurídico de la legislación penal y civil, incriminando conductas hasta ahora metajurídicas. Y creo conveniente traer aquí a colación --ya que el problema de la corrupción y del crimen organizado desbordan los límites geográficos-- la visión que aporta un politólogo español, actual rector de la Universidad Carlos III de Madrid, Don Gregorio Peces-Barba. Comienza por tipificar a la corrupción como aquella que se produce "a caballo en el ámbito de las instituciones y de la sociedad civil". Para él las irregularidades en la sociedad civil no son actos de corrupción. Son delitos como la estafa o falsedad. En cambio la corrupción tiene siempre una dimensión y un impacto político. Agrega que si bien no es exclusiva de ningún sistema político ni de ninguna ideología está ya generalizada, comenzando su expansión a partir de la Segunda Guerra Mundial, y en los últimos veinte años. Se produce un aumento espectacular de la información de la corrupción que la hace uno de los temas centrales de los estudios científico-políticos. Y el autor español tras analizar las causas económicas y políticas, recomienda dictar normas drásticas que la combatan, ya que es un fenómeno que erosiona y compromete las instituciones democráticas.

José Manuel Estrada supo decir ninguna forma política reclama una moralidad tan severa como la forma democrática. Se cuenta ahora, como se tuvo oportunidad de señalar en la Asamblea de Santa Fe, con la posibilidad de conferir al Defensor General de la Nación dentro del ámbito de su competencia para la protección de los intereses generales del país, la tutela de la ética pública y la vigilancia de las conductas de los que desempeñan funciones públicas, así como la persecución del crimen organizado alguna de manifestaciones ya he enumerado.

Y recordando que la mejor respuesta a las preguntas es la acción, recomendar que en el proyecto de ley orgánica del Ministerio Público presentado por el Senador nacional Jorge Yoma se incorpore en el artículo 50 la atribución de la defensa de la ética pública y de la persecución de las conductas que la comprometen, en tanto y en cuanto significan un agravio al sistema democrático cuya defensa la nueva Constitución ha enfatizado expresamente.