

Título: [Legitimación de la Defensoría del Pueblo para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad](#)

Autor: Darcy, Norberto C.

Publicado en: [LLCABA2019](#) (febrero), 1

Cita Online: [AR/DOC/170/2019](#)

Sumario: I. Introducción.— II. La Defensoría del Pueblo de la CABA: institución de garantía.— III. La acción declarativa de inconstitucionalidad en la CABA.— IV. La Defensoría en acción: primer intento de ADI.— V. La Legislatura reglamenta la ADI: la Defensoría del Pueblo queda legitimada.— VI. La Defensoría del Pueblo lo intenta de nuevo.— VII. Modificación a la ley orgánica de la Defensoría para reafirmar, expresamente, su legitimación en la ADI.— VIII. El veto del Ejecutivo y la insistencia de la Legislatura.— IX. A modo de reflexión.

(*)

I. Introducción

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA), sancionada en 1996, supo cosechar más elogios que críticas. Surgida como secuela de la reforma constitucional de 1994 —que disparó el proceso de autonomización de la Ciudad de Buenos Aires [\(1\)](#)—, se enrola decididamente en el modelo de Estado Social de Derecho y proclama que sus instituciones se organizan bajo la forma de democracia participativa. Con impronta moderna y garantista, la Constitución porteña afirma su respeto irrestricto al marco convencional de los derechos humanos y establece un fecundo catálogo de derechos fundamentales y políticas especiales a los que le añade diversos mecanismos de protección a esos derechos.

A poco de su sanción, el constitucionalista Raúl G. Ferreyra la describía de la siguiente manera: "La Carta de derechos es de avanzada. Tiene una arquitectura sólida, moderna e integral. Respeta íntegramente el 'piso ideológico' de la Constitución federal, pero además incorpora con generosidad otras cláusulas jurídico-constitucionales que amplían significativamente el marco garantista (...). El diseño transita el buen camino, propio de los Estados sociales y democráticos de Derecho: garantiza y promueve el derecho de los ciudadanos a programar y proyectar su vida de acuerdo con sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, el igual derecho de los demás. La criticamos por su extensión normativa, cuestionamiento que está sustancialmente dirigido al tít. II del Libro Primero, dedicado a las Políticas Especiales, dado que quien peca de excesivo reglamentarismo puede abrir la puerta del indeseado proceso de desconstitucionalización de sus disposiciones. La ingeniería institucional adoptada para el diseño del Poder satisface plenamente los principios del republicanismo, democracia y sujeción del Gobierno al derecho. Hay un Poder, con generosas atribuciones, pero sujeto a importantísimos mecanismos de control. Muchos de ellos novedosos en nuestro derecho, que, de implementárselos debidamente, solo traerán más democracia" [\(2\)](#).

Entre los órganos de control al poder, la CCABA instituyó a la Defensoría del Pueblo como un órgano estatal independiente al que se le encomienda la misión de defender, proteger y promover los derechos humanos y demás derechos fundamentales de los habitantes frente a actos, hechos u omisiones de la administración y de los prestadores de servicios públicos. Para cumplir con esa misión, se le proveyó de iniciativa legislativa y legitimación procesal.

Por otro lado, entre las herramientas más novedosas que trajo el texto constitucional porteño, sobresale la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI) —prevista en el art. 113, inc. 2º—. Dicha acción, dirigida a asegurar la supremacía constitucional, instaura una vía procesal excepcional de tipo concentrado —que coexiste con el clásico sistema difuso— mediante la cual se puede cuestionar directamente ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) la validez de cualquier norma de alcance general, otorgándole a la sentencia que declare su inconstitucionalidad efecto derogatorio, aunque con un singular e inédito sistema de reenvío a la Legislatura (que más adelante analizaremos).

Así planteada la cuestión, pareciera lógico deducir que la Defensoría del Pueblo de la CABA se erige como uno de los sujetos naturalmente legitimados para hacer uso de la ADI. Sin embargo, la cuestión ha suscitado posiciones controvertidas entre los poderes públicos de la Ciudad. En efecto, mientras el TSJ sostuvo una interpretación restrictiva del alcance de la legitimación de la Defensoría del Pueblo para el ejercicio de esta particular acción, la Legislatura porteña se la ha reconocido, con amplitud, en distintos momentos de su producción legisferante.

En el presente trabajo se analizarán, con un riguroso recorrido cronológico, los pronunciamientos que al respecto emitió el TSJ y, paralelamente, la voluntad del legislador porteño expresada en las distintas leyes que

abordaron el tema. Previo a ello, nos detendremos a examinar las notas más relevantes de la Defensoría del Pueblo porteña y, seguidamente, las principales características de esta singular herramienta procesal que es la ADI.

II. La Defensoría del Pueblo de la CABA: institución de garantía

El constituyente local ubicó a la Defensoría del Pueblo en el art. 137, CCABA dentro del título séptimo dedicado a los órganos de control.

Por cierto, no se trataba de una institución desconocida. En el ámbito de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires ya funcionaba, desde 1988, una figura análoga (aunque con menores atribuciones) bajo la denominación oficial de Controladuría General Comunal (3).

Teniendo en cuenta ese antecedente local y otros del derecho comparado, el art. 137, CCABA la define como un órgano unipersonal e independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos; y en el último párrafo se agrega que debe velar por la defensa y protección de los derechos y garantías de los habitantes frente a hechos, actos u omisiones de las fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad local. Se le reconoce iniciativa legislativa y legitimación procesal (sin otro aditamento) y se la faculta a requerir de las autoridades públicas en todos sus niveles la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna. Lo designa la Legislatura por el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros —en sesión especial y pública convocada al efecto— y su mandato dura cinco años con la posibilidad de ser reelegido en forma consecutiva por una sola vez. Solo puede ser removido por juicio político.

De este modo, la Ciudad adoptó un modelo institucional que recoge los perfiles más modernos y avanzados de las actuales Defensorías del Pueblo, las que en términos generales se amoldan a los "Principios de París" —aprobados por Naciones Unidas (4)—, fuente principal de estándares normativos para la creación de instituciones nacionales de derechos humanos.

En efecto, las actuales Defensorías del Pueblo —en particular aquellas que responden al llamado modelo iberoamericano— han abandonado aquel rol de "comisionados parlamentarios" (prototípico del primigenio ombudsman escandinavo) para reconvertirse en instituciones estatales independientes que proyectan su accionar hacia una decidida tutela de los derechos humanos frente a situaciones de vulnerabilidad, desprotección y/o discriminación tanto individual como colectiva. Sin perder de vista su función clásica, la de ser una herramienta de los ciudadanos para controlar a la Administración frente a las arbitrariedades, abusos, y/o irregularidades que esta o sus agentes pudieran cometer, el ámbito de sus incumbencias se ha ensanchado notablemente, pudiendo incluso intervenir en algunos casos donde la vulneración de los derechos proviene de particulares o agentes privados (5).

Jorge Maiorano sostiene que las transformaciones experimentadas por la institución del ombudsman se explican si, paralelamente, se toman en cuenta las etapas evolutivas de los derechos humanos, a las que es usual referirse como las tres generaciones de derechos: "(...) Así sus últimas aplicaciones han desbordado los estrechos límites impuestos por su versión original. Una buena prueba de ello lo constituyen la activa y decidida intervención que han asumido en estos últimos años, tanto en la defensa de los derechos humanos a la vida y la libertad como en la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales o en los problemas vinculados al medio ambiente. Es que sus competencias aumentaron al amparo de las crecientes necesidades y exigencias sociales. En algunos casos, su actuación no se limita al control de los actos estatales, sino que alcanza también a los actos de particulares que lesionan derechos humanos o, en otros, se le otorgó una amplia legitimación procesal para accionar judicialmente en defensa de los derechos vulnerados" (6).

Las Defensorías del Pueblo están ideadas como instituciones abiertas a la comunidad, encargadas de atender y recibir las quejas, denuncias, inquietudes y/o consultas de cualquier habitante, grupo de vecinos o asociaciones de la sociedad civil. En cualquier caso, las defensorías canalizan los reclamos poniéndolos en conocimiento del organismo denunciado, para procurar una solución al reclamo insatisfecho y, de corresponder, advertir sobre los errores, arbitrariedades o disfuncionalidades detectadas. Sus pronunciamientos carecen de imperium (no son vinculantes). De ahí que se las defina como magistratura de opinión, cuyas resoluciones tienen la autoridad que les otorga el prestigio de su emisor y la sabiduría y moderación de sus recomendaciones (7), puesto que "los ombudsman no vencen, sino convencen" (8). Bidart Campos enseña, en referencia al Defensor del Pueblo nacional, que "está habilitado a recibir y seleccionar denuncias y quejas, a informar, a investigar, a criticar, a hacer propuestas y recomendaciones, a articular proyectos y, especialmente, a acceder a

la justicia en virtud de su legitimación procesal. En todo este conjunto de posibilidades damos por cierto que su acción no se debe limitar a los actos u omisiones ya consumados, sino que ha de tener a la vez carácter preventivo. En ninguna de sus competencias posee facultades de decisión con naturaleza vinculante y efectos obligatorios" (9).

Es fácil advertir que la norma constitucional porteña acentúa el perfil de la Defensoría del Pueblo como un órgano extra poderes, al subrayar su independencia de los poderes públicos —en tanto no recibe instrucciones de ninguna autoridad— asegurándole, además, autonomía funcional y autarquía financiera.

Por otro lado, más allá de su ubicación constitucional, deviene claro que la Defensoría del Pueblo porteña es bastante más que un órgano de control. El mandato que la Constitución le encomienda abre un abanico de actuación que trasciende el mero ejercicio de contralor a la administración pública. Así, se ha dicho que "[e]sta decisión del poder constituyente puede ser objeto de crítica, ya que la Defensoría del Pueblo no es solamente una institución de control. Su actividad es un escalón o rubro de la noción más amplia de garantía constitucional (...). Las garantías constituyen, pues, un elemento inescindible del concepto Constitución y la Defensoría del Pueblo solo puede ser concebida en el marco de una garantía orgánica para el sostén y desarrollo del Derecho de la Constitución (...). En efecto, la magistratura de opinión, las tareas de divulgación y la contención comunitaria superaran largamente la noción de puro control" (10).

Como dijimos, para cumplir con su misión se le otorgaron dos herramientas concretas: legitimación procesal, como vehículo de acceso a la jurisdicción —en defensa de los derechos que está llamada a proteger— e iniciativa legislativa (11), para presentar proyectos de ley ante la Legislatura local y participar del debate parlamentario con voz, pero sin voto. A ellas se le suma la potestad —genérica pero amplísima— de requerir todo tipo de información a cualquiera de las autoridades públicas, en cualquier de sus niveles, sin que nadie pueda oponerle reserva alguna.

La ley 3, CABA (12) reguló la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. El hecho que haya sido la tercera ley sancionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deja entrever el interés de los legisladores en constituir la con prioridad a otros organismos y entes creados por la Constitución local (13). En el art. 13 se enumeraron, de manera no excluyente, una variada gama de atribuciones para el mejor cumplimiento de sus funciones. En lo que aquí interesa, el inc. h) estableció —en línea con el mandato constitucional— la atribución de "[p]romover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el Federal" (años después, como se verá más adelante, la ley 707 le añadió a este inciso, la legitimación expresa para interponer la ADI) y, a su vez, el inc. i), ratificó la facultad de "[e]jercer la iniciativa legislativa" que se complementa armónicamente con lo dispuesto en el inc. m) de "[a]sistir a las comisiones y juntas de la Legislatura, en las cuestiones relativas a su incumbencia con voz pero sin derecho a voto".

En suma, a mi entender, la Defensoría del Pueblo porteña—comparativamente con otras defensorías del país— es la que ha logrado una mayor fortaleza institucional que permite calificarla, más que como un órgano de control, como una institución de garantía para la defensa integral de los derechos fundamentales.

III. La acción declarativa de inconstitucionalidad en la CABA

Como se dijera, la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI) fue incorporada a la CCABA en el art. 113, inc. 2°, dentro del capítulo dedicado al Tribunal Superior de Justicia, cuyo texto reza que:

"Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: (...)

2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior".

Las características de la ADI porteña, conforme la doctrina especializada, son las siguientes:

a) Se trata, según lo dijo el TSJ, de un instituto local novedoso e imposible de asimilar a otros institutos nacionales. Apunta Ferreyra que en nuestro derecho público provincial existían, al momento de sancionarse la CCABA, solo cinco antecedentes, con matices sustancialmente diferenciadores, aunque ninguno de ellos contiene el sistema de reenvío a la Legislatura diseñado en el texto porteño.

b) Con la ADI la CCABA consagró un sistema de control de constitucionalidad mixto o dual. Ello así pues, por un lado, mantiene el tradicional control difuso —toda vez que cualquier juez inferior puede entender y resolver un planteo de inconstitucionalidad con efectos particulares aplicables al "caso", sin perjuicio que la

cuestión pueda llegar a dirimirse ante el TSJ por vía de recurso de inconstitucionalidad—; mientras que paralelamente dispuso un control concentrado —que convive con el anterior— en tanto le atribuye al TSJ competencia originaria y exclusiva para admitir —mediante la ADI— planteos directos de inconstitucionalidad.

c) Es una acción abstracta pura que tiene como objeto esencial preservar la legalidad constitucional y, a la vez, constituye una de las genuinas manifestaciones de democracia participativa en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (14). Destaca Gil Domínguez que bajo el influjo del paradigma de democracia participativa (conf. art. 1º, CCABA) se pergeñó un esquema que permite a los habitantes de la Ciudad rediscutir cotidianamente el pacto social por medio de distintas vías, entre ellas, la acción directa de inconstitucionalidad (15). Por su parte, Trionfetti señala que la ADI es al mismo tiempo una forma de participación que consagra la CCABA porque todas las personas vinculadas al orden jurídico de la Ciudad tienen derecho a la defensa de la legalidad sin acreditar como requisito de legitimación la existencia de una situación jurídica relevante que los involucre en forma directa, pues, para esta última hipótesis existe el control de constitucionalidad difuso a través de distintas vías procesales (16).

d) También se ha dicho que la ADI configura un cauce procesal de altísima relevancia institucional que brinda una poderosa herramienta a la ciudadanía, antes que al TSJ, en quien, en todo caso, se ha concentrado una competencia que por sus características no podría operar dispersa entre todos los jueces de mérito (17). Afirma Gelli que esa atribución hace que el Tribunal Superior participe del gobierno de la Ciudad; dado que la sentencia deroga la norma declarada inconstitucional —salvo ratificación— la acción no está enderezada a asegurar la tutela judicial efectiva, sino que se constituye en una pieza clave y principal del control del poder local. Este control, concentrado y abstracto, no puede confundirse con el difuso en el que se valoran situaciones jurídicas individuales (18).

e) El control de constitucionalidad que se ejerce mediante la ADI es de carácter abstracto habida cuenta que no involucra situaciones jurídicamente individualizadas, pues no es requisito de admisibilidad que la acción incorpore un "caso"; con ella no se resuelven conflictos inter-subjetivos, sino inter-normativos (19). Se trata más bien de un juicio a la norma, en el cual no se examinan los hechos propios de un caso concreto en el que se controvierten derechos opuestos, sino que se considera en abstracto la compatibilidad de un texto normativo con el constitucional (20).

f) El objeto que se persigue es impugnar la validez de una norma jurídica de carácter general (sea una ley, un decreto, un reglamento o una resolución) emanada de autoridades locales de la Ciudad, en tanto resulten contrarias a la Constitución Nacional o la Constitución de la Ciudad.

g) La decisión del TSJ que declara la inconstitucionalidad de la norma conlleva su derogación con efecto erga omnes; en otras palabras, pierde su vigencia y queda expurgada definitivamente del ordenamiento jurídico. El TSJ ha sostenido que en estos casos actúa como un legislador negativo en custodia de la legalidad constitucional de las normas.

h) Empero, dicho efecto derogatorio contempla una excepción, que se da cuando la declaración de inconstitucionalidad recae sobre una ley formal, en cuyo caso se dispone un peculiar mecanismo de reenvío al órgano legislativo que la creó. En efecto, el TSJ debe remitir su fallo a la Legislatura que, dentro de los tres meses subsiguientes, podrá ratificar su validez siempre que reúna los dos tercios de los miembros presentes en la sesión que trate el asunto. El profesor Ferreyra —quien tuvo un papel preponderante en la confección de esta norma (21) — señala que "[e]n este excepcional supuesto institucional, el control reparador de inconstitucionalidad con efectos erga omnes, desplegado por el Tribunal Superior de Justicia, obliga a remitir al Parlamento porteño, para su ratificación o no, a la ley declarada inconstitucional. Para las demás reglas jurídicas que hubieren de ser declaradas inconstitucionales, no hay ninguna posibilidad ni de reenvío ni de reexamen constitucional" y agrega que "... dada la composición contra mayoritaria de la estructura judicial, porque los jueces no son elegidos por comicios populares directos, resulta beneficioso para el sistema institucional que el procedimiento de legislación negativa, en este supuesto especial con efectos generales o erga omnes, sea revisado en última instancia por el Órgano creador de la norma, que sí tiene representatividad popular. Estamos convencidos de que la malla de protección ideada, y que inspira el reenvío de la ley a su matriz, condice absolutamente con el equilibrio de los poderes exigidos por el principio republicano de gobierno, dado que evita la trascendencia o mayor gravitación de un Poder sobre otro" (22).

i) Buena parte de la doctrina no duda en inscribir a la ADI como una acción popular. Afirma Quiroga Lavié que las acciones populares legitiman la intervención de cualquier ciudadano o persona del pueblo para reclamar la intervención de la justicia en defensa, sea de la legalidad objetiva —caso de la acción declarativa de inconstitucionalidad, cuando no se exija al reclamante probar interés legítimo— sea del interés público, puesto en peligro por actos de la Administración, o de los particulares —caso del hábeas corpus en nuestro país— (23).

Bidart Campos, al analizar la ADI porteña, sostuvo que "dicha disposición instaura una acción popular de inconstitucionalidad para impugnar normas de carácter general. Es verdad que el inc. 2° del citado art. 113 no contiene expresamente tal definición ni tampoco alude a los sujetos legitimados para deducirla, pero es cierto asimismo que la Constitución de la Ciudad carece de toda cláusula específica que al regular la legitimación procesal preste sustento a una interpretación restrictiva, sobre todo cuando todo el sistema que sobriamente instaura el invocado inc. 2° me lleva a inferir (hasta por el efecto erga omnes de la sentencia) que se ha querido abrir en instancia originaria y exclusiva del Tribunal Superior una vía directa de acceso amplio para el control constitucional" (24).

Tal como lo advirtiera Bidart Campos, la norma constitucional porteña no especifica quiénes son los sujetos legitimados para titularizar esta acción, cuestión que ha sido delegada al poder constituido, sin que ello impidiera prima facie inferir que cualquier habitante está habilitado para promoverla, conforme las características que la asemejan a una acción popular.

Recién en el año 2000 —cuatro años después de sancionada la CCABA— la Legislatura sancionó la ley 402 (25) que reglamenta los procedimientos ante el TSJ, en cuyo art. 18 se enumeran los sujetos que están legitimados para interponer la ADI (entre ellos a la Defensoría del Pueblo).

IV. La Defensoría en acción: primer intento de ADI

En el año 1999 —vale aclarar, antes de la ley 402— la Defensoría del Pueblo promovió por primera vez una ADI, invocando su legitimación procesal de orden constitucional (art. 137) y legal (ley 3, art. 13, inc. h), con el objeto de pedir la nulidad de las normas enunciadas en el art. 71 del Código Contravencional CABA (según la redacción que le diera la ley 162 que calificaba como "alteración de la tranquilidad pública" la conducta de "ofrecer o demandar para sí u otras personas, servicios sexuales en los espacios públicos") por considerarlas manifiestamente inconstitucionales. Pidió, en consecuencia, que se resolviera jurisdiccionalmente la pérdida de vigencia.

En aquella oportunidad, el TSJ, sin entrar en el fondo de la cuestión, decidió por mayoría rechazar la demanda al entender —por vía interpretativa y con un criterio asaz restrictivo— que la Defensoría del Pueblo carece de legitimación para promover acciones declarativas de inconstitucionalidad contra las leyes propiamente dichas (26).

Para así decidir, la mayoría del Tribunal —constituida por los votos conjuntos de los jueces Guillermo A. Muñoz, José O. Casás y Ana María Conde— sostuvo, entre otros, los siguientes fundamentos:

"La demanda planteada exige a este Tribunal interpretar, por primera vez, el alcance del art. 137 de la Constitución de la Ciudad" y "(...) considerar si la Constitución faculta a la Defensoría del Pueblo para entablar por sí la acción de inconstitucionalidad contra leyes. En suma, discernir el alcance de la personalidad institucional de la Defensoría".

"La letra del art. 137 resulta sumamente clara: la Defensoría del Pueblo debe defender, proteger y promover los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración, de los prestadores de servicios públicos y de las fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad. No se trata de una asignación de competencia exclusivamente en atención a la materia, sino también en atención a los sujetos de los que provienen los actos cuestionados... Resulta, pues, claro que la tutela de derechos que se le encomienda solo puede ser ejercida contra actos, hechos u omisiones de la administración, de los prestadores de servicios públicos o de las fuerzas de seguridad. No se le ha encomendado la tutela de esos derechos frente a las leyes que —a su juicio— pudieran vulnerarlos".

"A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en el derecho público la incompetencia es la regla y la competencia la excepción. Es sabido que los órganos, entes y sujetos públicos se encuentran facultados para hacer aquello que la norma de su creación los autoriza en forma expresa o razonablemente implícita".

"La Defensoría del Pueblo debe controlar a la Administración por delegación legislativa. La legitimación procesal que el tercer párrafo del art. 137 le reconoce se vincula con ese cometido... Si la Defensoría considera que el defecto de actuación de los sujetos destinatarios de su control se basa en las leyes que autorizan sus prácticas, puede ejercer otra de sus atribuciones: la iniciativa legislativa para reclamar de la Legislatura la modificación y aún la derogación de tales leyes... No resulta casual que el constituyente estableciera conjuntamente y en la misma frase ambas atribuciones: iniciativa legislativa, para obtener ante la Legislatura la modificación de las normas legales; y legitimación procesal, para accionar contra la Administración".

"La decisión del constituyente de no otorgarle a la Defensoría legitimación para cuestionar directamente las normas emanadas del órgano del Poder en el cual se incardina además de ser razonable, no afecta su autonomía

(...) porque la autonomía funcional le fue asignada para posibilitar el desarrollo eficaz de las misiones que la Constitución le asignó, pero no para extenderlas a otros cometidos que le están vedados".

Como contrapartida, resultan por demás ilustrativos los fundamentos de la minoría disidente —integrada por los jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz— cuyos fragmentos más destacados transcribimos:

"(...) Mientras no exista reglamentación del art. 113, inc. 2° de la CCABA no pueden establecerse, por vía pretoriana, cortapisas a la legitimación (...). Si se parte del supuesto de que todo habitante de la Ciudad está legitimado para presentar acciones declarativas de inconstitucionalidad, resultaría poco sensato negarle legitimación a la Defensora del Pueblo, porque ello no impediría que se presentara con idéntica acción invocando, ahora, su carácter de habitante de la ciudad. Provocar esta doble actuación, supondría un exceso ritual incompatible con la misión de garante que la Constitución le asigna al Tribunal Superior".

"(...) la Constitución y la Ley 3 dotan a esta institución de facultades destinadas a evitar la vulneración de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos o difusos tutelados por la Constitución Nacional, las leyes y la Constitución de la Ciudad. Puede inferirse, razonablemente, de esta atribución la facultad de impugnar una ley que confiera a la administración poderes vulneratorios de los derechos humanos de los habitantes de la ciudad (...) la acción declarativa de inconstitucionalidad (...) tiene un carácter eminentemente preventivo, ya que está dirigida a expulsar definitivamente del orden jurídico local a toda norma en pugna con la Carta Fundamental de la Ciudad (...). Si se considera conjuntamente la función de defensa y protección de los derechos humanos de los habitantes de la Ciudad, y el carácter preventivo de la acción, parece claro que ella es el mejor medio procesal para evitar la ocurrencia de actos particulares de violación de derechos humanos de los habitantes de la Ciudad, derivados de la aplicación de una ley que se estima inconstitucional. Esto es así porque permite aún antes de la aplicación de una ley, el examen de su compatibilidad con la Constitución de la Ciudad, con lo que no se requiere que se haya producido ninguna violación concreta".

"Una regla mínima de coherencia exige reconocer a la Defensoría del Pueblo, todas aquellas herramientas jurídicas aptas para la satisfacción plena del cometido que la CCBA y la ley le imponen. La interpretación sistémica de un orden jurídico obliga a hacer posible el control encomendado a un órgano, y no tornarlo irrealizable. De lo contrario, se corre el riesgo (por incoherencia y falta de visión sistémica) de que el propio orden jurídico impediría lo que al mismo tiempo consagra: v.gr. la existencia misma de un órgano de control".

"En síntesis, reconocer la legitimación de la Defensoría del Pueblo para presentar acciones declarativas de inconstitucionalidad contra normas generales emanadas del órgano legislativo local, resulta el medio más idóneo para el cumplimiento de sus funciones, frente a posibles violaciones a los derechos humanos de los habitantes que deriven de la aplicación —presente o futura— de una ley inconstitucional. Este es el sentido relevante de la atribución de 'legitimación procesal' (art. 137, CCABA, párrafo tercero), y de las facultades de 'promover acciones (...) judiciales en todos los fueros, inclusive el federal' (art. 13 inc. h, ley 3), y de 'realizar toda otra acción conducente al mejor ejercicio de sus funciones' (art. 13, inc. o, ley 3), que —como se observa— surge de la simple lectura de preceptos y disposiciones constitucionales y legales".

V. La Legislatura reglamenta la ADI: la Defensoría del Pueblo queda legitimada

Pocos meses después, la Legislatura sancionó la ley 402 que, como ya anticipáramos, estableció los procedimientos para ocurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

La ADI quedó reglamentada en el apart. II del capítulo titulado de "Las acciones en particular". Así, en cuanto a su procedencia, el art. 17 dispone que la ADI "tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa Constitución o a la Constitución Nacional". Lo novedoso de este artículo es que deja expresamente aclarado que también pueden ser objeto de impugnación las normas generales emitidas con anterioridad a la sanción de la CCABA, es decir aquellas producidas durante la otrora Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, ya sea que se trate de ordenanzas emanadas del ex Concejo Deliberante o cualquier otra norma de carácter general dictada por la entonces Intendencia.

En lo atinente a la legitimación procesal activa, el subsiguiente art. 18 de la ley establece: "Se encuentran legitimados para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad: a) Las personas físicas; b) Las personas jurídicas; c) La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; d) Los/las titulares de cada uno de tres organismos que componen el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

De la lectura de este artículo se colige, con meridiana claridad, que el legislador dispuso un elenco muy amplio de actores legitimados para incoar la ADI, toda vez que quedaron habilitados, desde la sociedad civil, las personas físicas en general (cualquier habitante sin distinción) así como cualquier persona jurídica (asociaciones

civiles, ONG, fundaciones, sindicatos, colegios profesionales, cámaras sectoriales e incluso empresas); mientras que desde la esfera estatal quedan expresamente legitimados la Defensoría del Pueblo (sin limitaciones ni cortapisas en cuanto al alcance de su actuación) como asimismo los tres organismos que componen el Ministerio Público de la CABA, en cabeza de cada titular: la Fiscalía General, la Defensoría General y la Asesoría Tutelar. También nos parece claro que el legislador le concedió a la ADI dimensión de acción popular.

La amplitud de los legitimados se deduce no solo de la literalidad de la norma, sino también del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley. En efecto, la cuestión fue motivo de discusión en el seno de las comisiones parlamentarias que trataron el asunto, donde finalmente se optó, por unanimidad, ensanchar la legitimación procesal activa.

Así lo expresaba, como miembro informante, el diputado Suárez Lastra: "Este despacho es producto de un compromiso serio con el trabajo legislativo, con la convicción de que lo que estaba en juego era, precisamente, la posibilidad de ejercer derechos constitucionales básicos en el ámbito de la Ciudad, sabiendo que deberíamos procurar el mayor esfuerzo para aproximar un proyecto común (...) el despacho que proponemos asegura una amplia legitimación para proponer la acción de inconstitucionalidad (...). Es así que, frente a algunas pretensiones de legitimación más restrictivas, luego de un profundo debate, optamos por una legitimación que se podría denominar como amplísima (...)".

En el mismo sentido, la diputada Pierini (quien años más tarde sería Defensora del Pueblo) señalaba lo siguiente: "(...) quiero que quede constancia de algunas ideas que no figuran en el despacho, pero que están implícitas en el texto y en el espíritu con el que se ha resuelto este proyecto; que, como bien se ha dicho, fue firmado por unanimidad. En primer lugar debo decir que en la amplia legitimación que le da características a esta acción de inconstitucionalidad de acción popular no dejamos constancia —seguramente por obvia, pero no está de más mencionarlo— de que también la inconstitucionalidad podría ser iniciada o declarada de oficio (...) pero va de suyo —según entiendo— que puede hacerse así, en tanto hemos dejado constancia de una legitimación tan amplia para el pedido de inconstitucionalidad que, obviamente, podría hacerse de oficio".

VI. La Defensoría del Pueblo lo intenta de nuevo

Ya con la legitimación específicamente reconocida en la ley, la Defensoría del Pueblo volvió a promover una ADI.

En esta ocasión, el objeto de la presentación apuntó a declarar la inconstitucionalidad de dos artículos del Código Fiscal de la Ciudad, en cuanto autorizaban el cobro retroactivo de las contribuciones de ABL (por aplicación del revalúo inmobiliario) en abierta contradicción a normas y principios de raigambre constitucional.

Frente a ese nuevo planteo, el TSJ fijó la siguiente cuestión a tratar: ¿tiene la Defensoría del Pueblo legitimación procesal para interponer por vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad, prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, una pretensión de invalidez contra una ley local, a partir de la ley 402? [\(27\)](#).

Pese a lo legalmente normado, el TSJ resolvió nuevamente, por mayoría, negarle legitimación a la Defensoría del Pueblo para interponer una ADI contra la validez de leyes locales. Tras reproducir y remitirse a los argumentos esgrimidos en el fallo precedente, los jueces que conformaron la mayoría dedicaron algunos fragmentos a examinar el alcance del art. 18, inc. 3º) de la ley 402. A este respecto, el Dr. Casás dijo:

"El enunciado normativo de la ley 402, al no limitar la legitimación de la Defensoría a la impugnación de normas que no sean leyes, parecería desentonar con la Constitución de la Ciudad. Y es por todos sabido que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma vigente conducente a resolver el caso sin la previa declaración de inconstitucionalidad, ya que la sentencia que prescindiera de tal declaración y desaplicase el derecho vigente queda descalificada por arbitraria. Sin embargo, por el carácter excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de las normas, los tribunales deben realizar lo que Bidart Campos denomina "una esforzada interpretación para compatibilizar la norma o el acto presuntamente contrarios a la Constitución con las disposiciones de esta". En ese sentido, para preservar la validez de la norma del inc. 3º del art. 18, de la ley 402 en su cotejo con el art. 137 de la Constitución de la Ciudad, debe interpretarse que la legitimación reconocida a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para entablar acciones de inconstitucionalidad no le permite cuestionar leyes. De esta forma, el aparente exceso de la norma infraconstitucional queda subsanado y se mantiene en el ordenamiento normativo la vigencia de una norma (art. 18, inc. 3º, de la ley 402) sin fricción con los preceptos constitucionales".

Por su parte, la jueza Ana María Conde manifestó:

"En atención a lo establecido en esas sentencias, se impone evaluar si es posible efectuar una interpretación de la norma —que atribuye legitimación a la Defensora para plantear acciones de inconstitucionalidad— que le otorgue sentido y eficacia dentro del sistema constitucional local; cuyo contenido no puede ser alterado por el

legislador, ya que sus facultades frente a la eventual variación de la norma fundamental de la Ciudad se limitan al dictado de la ley declarativa a la que se alude en el art. 60 de esa Constitución".

"(...) En tal sentido, entiendo que la ley 402 no ha alterado los criterios hermenéuticos y valorativos expuestos en aquellos pronunciamientos y de haber sido ello así el legislador habría excedido sus facultades constitucionales de actuación. Una interpretación constitucional sistémica del contenido de la norma permite establecer que la legitimación que se confiere a la Sra. Defensora del Pueblo en el inc. 3° del art. 18 no la habilita para impugnar, por vía de la acción de inconstitucionalidad establecida en el art. 113, inc. 2° de la Constitución de la Ciudad, normas emanadas de la Legislatura de la Ciudad".

A su turno, el Dr. Muñoz sentenció:

"(...) La ley 402 que reglamenta el procedimiento a seguir ante el Tribunal incluyó a la Defensoría del Pueblo entre los sujetos legitimados para deducir la acción prevista en el art. 113, inc. 2° de la CCBA (art. 18, inc. 3°). En realidad, debía incluirla porque la Constitución y la ley 3 la facultan para impugnar los reglamentos emanados de las autoridades de la ciudad. No podría, en cambio, haberla legitimado para cuestionar la validez de las leyes. Pienso que por tal razón no lo hizo".

"(...) En efecto, la Defensoría de Pueblo es uno de los Órganos de Control previsto por la CCBA. Es natural, entonces, que la ley que le otorgó legitimación para interponer acciones declarativas de inconstitucionalidad, le haya otorgado esa facultad en la medida de las competencias que la Constitución le atribuyó. Aclarar expresamente que no estaba legitimada para impugnar leyes hubiera resultado redundante o, al menos, innecesario#.

Solo una interpretación que, con el afán de soslayar el límite de las competencias atribuidas a la Defensoría, tome aisladamente el art. 18, inc. 3° de la ley 402 omitiendo armonizar su contenido con el resto del ordenamiento jurídico con los claros preceptos constitucionales aplicables al caso, puede llevar a sostener que está legitimada para impugnar normas legales. Por el contrario, una interpretación que mire a la Constitución como un todo integral y orgánico y que advierta que es preciso coordinar cada artículo con el resto impone la solución contraria. Esto es, que el art. 18, inc. 3° de la ley 402 no legitima la Defensoría del Pueblo para cuestionar la validez de las leyes.

Empero, conviene prestarles, suma atención a los fundamentos de la minoría disidente del TSJ, que ofrecen otra interpretación, a mi juicio, mucho más atinada. Dijo al respecto el Dr. Julio Maier:

"(...) se me ocurre solo enfatizar, al repensar el problema por el voto de la mayoría, que no existe en la Constitución cláusula alguna que cancele la legitimación cuestionada, sino, por lo contrario, surgen de ella abundantes razones jurídicas favorables para esa legitimación, razón por la cual es absolutamente soberana la decisión parlamentaria que la concedió expresamente, sin limitación alguna y específicamente para la acción intentada".

"El argumento utilizado por la mayoría para descalificar la regla, aun por vía de interpretación, similar a aquel que negara legitimación a la Defensoría del Pueblo antes de la vigencia de la ley, me parece sofístico. En efecto, para explicarme por vía de ejemplo, creo que un legislador vencido en el debate parlamentario, si reputa que una disposición parlamentaria es inconstitucional, por carencia de un elemento formal (p. ej., mayoría calificada) o por no ajustarse el contenido de la ley a un principio o regla expresa de la Constitución, tiene abierta la vía del art. 113, inc. 2°, CCBA, para cuestionar la disposición, a pesar de haber intervenido con voz y con voto en el debate y sanción parlamentarios... Con mucha mayor razón, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, que no puede influir con su voto en la sanción de una ley, puede cuestionarla por inconstitucional ante el órgano de control competente y por la vía que prevé la misma Constitución". Concluye entonces que el art. 18, inc. 3° de la ley 402 "concede correctamente legitimación plena a la Defensoría del Pueblo para iniciar acciones de inconstitucionalidad abstractas (CCBA, 113, 2) y para intervenir en ellas, sin límite alguno que derive de la CCBA o de la interpretación de sus reglas".

Finalmente, la Dra. Alicia Ruiz sostuvo:

"La Legislatura, con la sanción de la ley 402, según entiendo, fijó un criterio distinto al sostenido por mis colegas Dres. Conde, Muñoz y Casás, en los fallos mencionados (...). Comienzo por recordar que no existe prohibición alguna en la CCBA que impida a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad interponer la acción del art. 113, inc. 2° contra una ley local. La CCBA, no contiene prohibiciones expresas y tampoco las insinúa implícitamente. Es más, un análisis integral de la CCBA permite afirmar la plena legitimación procesal activa de la Defensoría en esta materia".

La Defensoría del Pueblo es un órgano de control con jerarquía constitucional. No es delegado de ningún otro poder. Prueba de ello es que la CCBA en forma expresa dispone "que no recibe instrucciones de ninguna

autoridad" (art. 137, primer párrafo). La Defensoría no es un delegado de la Legislatura, que no podría dirigirle ninguna encomienda o instrucción. Es fundamental no confundir, entonces, el mecanismo por el cual se designa a la Defensora con cualquier forma de subordinación o limitación en el cumplimiento de su función específica. Si pudiera plantearse alguna duda en este punto, el propio texto constitucional orienta la solución en el sentido que propugno en este voto.

"(...) [Q]ue la Defensoría tenga iniciativa legislativa y posibilidad de participar en el trámite legislativo —cuando se trate un proyecto de ley que pueda afectar los derechos humanos de los habitantes— no excluye su legitimación en las acciones del art. 113, inc. 2º, CCBA. En el primer caso, la facultad constitucionalmente reconocida le permite advertir a los miembros de la Legislatura de la posible inconstitucionalidad de la norma, y aún, proponer una alternativa. Si el proyecto no fuera aprobado, la intervención de la Defensoría habría revestido aquel carácter preventivo, que vengo señalando. Si, por el contrario, la opinión de la Defensoría no fuese atendida, y la ley que el órgano de control entiende inconstitucional fuera sancionada, el cumplimiento de la 'misión' de la Defensoría podría pasar —si la Defensora lo considerara necesario u oportuno— del ámbito legislativo al ámbito judicial, sin ninguna limitación en cuanto a la vía que pudiera escoger".

"Al negar la legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo para impugnar la validez de leyes... se inhibe parcialmente, pero de modo sustancial, la labor preventiva que debería desplegar como órgano de control que no fue creado solo para llegar ante el Tribunal en situaciones jurídicas individualizadas —singulares, colectivas o difusas— por el menoscabo que una ley local pudiera ocasionar en los derechos fundamentales sino, también, para intentar que ese menoscabo no se produzca. De allí sus facultades de iniciativa legislativa y legitimación procesal amplia que le otorga la Constitución local, la ley 3 y ahora ratifica la ley 402".

"(...) En definitiva, la actuación de la Defensoría del Pueblo, sea a través de la iniciativa legislativa o de la acción declarativa de inconstitucionalidad contra leyes locales, no hace más que abrir espacios de participación y deliberación ciudadana y satisfacer el principio de organización de las instituciones de la Ciudad Autónoma establecido por la propia CCBA en su art. 1º".

En resumen, la doctrina judicial mayoritaria del máximo tribunal de la Ciudad sobre esta cuestión puede sintetizarse de la siguiente manera: la Defensoría del Pueblo CABA carece de legitimación procesal activa para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad contra la validez de una ley formal emanada de la Legislatura, pues esa legitimación solo alcanza para atacar la validez o constitucionalidad de una norma general dictada por organismos del Poder Ejecutivo local (decreto, reglamento o resolución). Para arribar a esta conclusión, se apoya en una visión acotada del perfil de la Defensoría del Pueblo, a la que considera casi como un apéndice del Legislativo, cuya misión constitucional de defensa de derechos solo abarca el control de los actos de la Administración.

VII. Modificación a la ley orgánica de la Defensoría para reafirmar, expresamente, su legitimación en la ADI

Pues bien, cuando parecía que el TSJ había dejado sentado su criterio restrictivo (aunque no unánime), la Legislatura porteña quiso abordar de nuevo la cuestión. Esta vez, para modificar la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo.

En efecto, en la sesión del 22/11/2001 —a menos de un año del último pronunciamiento del TSJ— la Legislatura aprobó la ley 707 que introdujo una modificación al inc. h), del art. 13 de la ley 3, el que quedó redactado del siguiente modo:

"h) promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el Federal. Tiene legitimación para interponer la acción prevista por el art. 113, inc. 2º, de la Constitución de la Ciudad y sus normas reglamentarias, contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad, para determinar si son contrarias a la misma o a la Constitución Nacional" (los destacados reflejan la modificación introducida)

Según consta en la versión taquigráfica, dicha ley (28) se aprobó sobre tablas (que requiere dos tercios de los miembros presentes) sin que se produjera ningún debate en el recinto. En los fundamentos del proyecto se alude de manera crítica a los fallos del TSJ que limitaron la legitimación de la Defensoría para interponer la ADI, con una síntesis de los votos que dividieron las opiniones del Tribunal. Luego se hace referencia textual a las normas constitucionales (art. 137) y legales (art. 13, inc. h de la ley 3, CABA y art. 17, inc. c] de la ley 402 CABA) que le reconocen legitimación procesal a la Defensoría del Pueblo, sin ninguna restricción expresa, a colación de lo cual se dice que:

"No parece que estos dos artículos requieran interpretación alguna, en cuanto al alcance de la legitimación y

del objeto de la acción en cuestión. Por el contrario, parece poco razonable que cualquier persona física tenga facultades para interponer esa acción y se niegue legitimación a la Defensoría, máxime teniendo presente el fin para el cual fue creada. De toda la normativa invocada, se desprende que la Constitución de la Ciudad, la ley 3 y la ley 402, siguen un criterio común: facilitar la tarea de la Defensoría dotándola de facultades amplias claramente expresadas en esas normas. No parece razonable que para reconocer legitimación a la Defensoría en cada fuero o instancia se exija una norma que explicita sus facultades para cada caso. Ninguna de las normas referidas, restringe en forma alguna las atribuciones otorgadas a la Defensoría. No obstante, a los fines de no dejar ningún tipo de dudas respecto de la legitimación de la Defensoría de la Ciudad, creemos conveniente modificar el inc. h) del art. 13 de la ley 3, explicitando el derecho y la atribución de interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad, que la Constitución de la Ciudad le otorgó a la Defensoría, y por ello es que solicitamos se apruebe la iniciativa cuyo tratamiento proponemos".

VIII. El veto del Ejecutivo y la insistencia de la Legislatura

Sin embargo, la cuestión no terminó allí. Una vez publicada la ley, el Ejecutivo de la Ciudad, en uso de la atribución que le confiere el art. 87 de la CCABA (29), procedió a vetarla por intermedio del dec. 20/2002 (30).

Como era de suponer, los considerandos del decreto se motivan en los argumentos de la mayoría del TSJ, a resultas de lo cual se concluye que "la ley 707 amplía el originario ámbito legal de actuación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, excediendo el marco de atribuciones que la Constitución de la Ciudad otorga a este órgano de control".

Empero, como si todo esto hubiera sido poco, la Legislatura ejerció la facultad de insistencia —prevista también en el art. 87 de la CCABA— y en consecuencia resolvió, con el voto de los dos tercios de sus miembros, devolverle plena vigencia a la ley 707, tal como quedó plasmada en la res. 514 del 12/12/2002 (31).

En la versión taquigráfica, se transcribe el texto íntegro del Despacho de la Comisión de Asuntos Constitucionales (con solo una observación) (32) por el cual se aconsejaba la aprobación de la insistencia en los siguientes términos:

"(...) [E]sta Comisión entiende que el art. 113, inc. 2º, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, regla una acción de jerarquía constitucional, que la legitimación de la Defensoría es amplia y que no existen limitaciones impuestas por el ordenamiento constitucional (...) la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires le otorga a la Defensoría como misión 'la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos (...)' (art. 137, Constitución) de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, y que para cumplir con esa incumbencia constitucional debe necesariamente poder cuestionar leyes, máxime cuando estas pueden otorgar a la administración facultades que vulneren esos derechos, y dicho cuestionamiento solo podrá ejercerse mediante la interposición de la acción declarativa de inconstitucionalidad (...) de toda la normativa invocada, se desprende que la Constitución de la Ciudad, la ley 3 y la ley 402, siguen un criterio común: facilitar la tarea de la Defensoría dotándola de facultades amplias claramente expresadas en esas normas".

Así las cosas, no cabe duda alguna que la voluntad del legislador porteño se ha manifestado en favor de reconocerle, sostenidamente, a la Defensoría del Pueblo la más amplia legitimación procesal para acudir a la justicia, habilitándola incluso a promover, sin ninguna restricción, la ADI. Sin embargo, desde aquella insistencia que ratificó la ley 770, la Defensoría del Pueblo no ha vuelto a interponer una ADI.

IX. A modo de reflexión

En primer lugar, la secuencia cronológica que hemos desarrollado nos permite observar cómo ha funcionado la dinámica de interrelaciones institucionales entre los poderes constituidos de la Ciudad, en torno a una cuestión que ha suscitado, como vimos, tensiones y visiones contrapuestas. Se trata, en cierto modo, de un ejemplo de materialización de la Constitución (la "Constitución viva") que pone en evidencia el modo en que ciertos institutos y mecanismos establecidos en la letra de la carta fundamental porteña han sido interpretados y aplicados en la realidad.

En ese contexto, habrá que decir que el resultado de ese "juego interinstitucional" entre los poderes porteños, hasta aquí, nos ha dejado un sabor amargo, pues pareciera haber prevalecido una mirada demasiado cautelosa y conservadora de las instituciones porteñas.

En efecto, la posición mayoritaria adoptada por el TSJ exhibe un excesivo rigorismo interpretativo que, por un lado, conspira contra el desarrollo de la ADI, concebida como una herramienta novedosa para custodiar (nada más, ni nada menos) la legalidad constitucional, afincada en el modelo de democracia participativa que pregona la Constitución porteña; mientras que, por otro lado, cercena las facultades de la Defensoría del Pueblo y, en ese sentido, no hace más que diluir la potencialidad de su misión tutelar, si la pensamos (y la creemos)

como una auténtica institución de garantía destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales.

El recelo del poder judicial respecto de la actuación de las Defensorías del Pueblo no es, por cierto, algo nuevo. Ya, con anterioridad, lo han advertido destacados estudiosos de la institución del ombudsman. El profesor Constenla ha dicho que "[l]a legitimación procesal acordada al Defensor del Pueblo —cualquiera sea la escala de la institución a que nos refiramos— ha generado polémicas y dudas en su interpretación que, objetivamente, a la luz de la claridad de las normas, parecen exorbitadas. Estas dudas —cuando no retaceos— son tal vez consecuencia de una visión muy conservadora en algunos juristas, que se resisten a aceptar las transformaciones normativas que reclama una realidad que cuestiona decantados métodos judiciales y administrativos de control y limitación del poder" (33). Maiorano, por su parte, ha señalado que "[p]retender privar al Defensor del Pueblo de la facultad de acudir a los tribunales es quitarle el más importante e intenso instrumento que puede disponer, ante una hipotética lesión de un derecho constitucional, en caso de que no baste con la persuasión, la publicidad de sus críticas y la autoridad moral de sus decisiones (...) Es que, según se ha expresado, algunos jueces prefieren cerrar las puertas de su legitimación para así garantizar un presunto marco de seguridad jurídica que se pretende con ello preservar" (34).

Aun así, los muy sólidos argumentos esgrimidos por la minoría disidente del TSJ —que compartimos en plenitud— sumado a la clara y contundente posición adoptada por la Legislatura porteña en cada una de sus intervenciones legisferantes, nos hacen abrigar alguna ilusión respecto a que la interpretación jurisprudencial del TSJ pueda ser reconsiderada.

En efecto, si la propia Legislatura —órgano representativo de la voluntad popular— ratificó sin ambages que la Defensoría del Pueblo está expresamente legitimada para impugnar la validez de las leyes que ella misma produce, no parece razonable ni atinado que sea el TSJ —custodio último de la juridicidad constitucional— el que le impida u obstaculice el ejercicio de esa acción.

De otro lado, si se acepta que la ADI porteña es una acción popular (o al menos, un subtipo de esta) pierde sentido seguir escrudiniando sobre el alcance de la legitimación activa de la Defensoría. Ello así pues, como hemos visto, este tipo de acción no requiere identificar personas afectadas, sino que se dirige a apuntalar la supremacía constitucional en aras de asegurar que toda normativa infraconstitucional se adecue a la carta fundamental. En estos casos, tal como afirma Gozañi, los problemas de legitimación o acceso a la justicia se desplazan, quedan en un segundo plano, para preferir la actuación jurisdiccional que atienda la importancia del conflicto normativo presentado (35). En otras palabras, en este tipo de acciones no interesa tanto quién se presenta a golpear las puertas de la justicia sino qué asunto viene a ventilar.

En suma, a nuestro criterio, la cuestión sigue con final abierto. Dependerá entonces del momento y del caso que la Defensoría del Pueblo porteña elija para desandar el camino.

(*) Abogado y Procurador de la UBA. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica por la Universidad de Alcalá (España); Miembro del Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO). Docente. Director Ejecutivo de Derechos Ciudadanos de Consumidores y Usuarios de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(1) El art. 129 de la CN reformada estableció: "La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones".

(2) FERREYRA, Raúl G., "La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Estudio de la ley fundamental porteña", Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, p. 157.

(3) Ordenanza 40.831, sancionada el 17/10/1985.

(4) Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales (Principios de París), aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante su res. 48/134 de 20 de diciembre de 1993.

(5) DARCY, Norberto, "Las Defensorías del Pueblo y el mandato implícito de proteger los derechos humanos, también, frente a las agresiones de los agentes privados" en ESCOBAR ROCA, Guillermo (ed.), La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo, Ed. Dykinson SL, Madrid, 2013, p. 1083.

(6) MAIORANO, Jorge L., "El ombudsman, Procurador de los Derechos Humanos o Defensor del Pueblo: un artífice de la paz y la democracia", Revista Utopía. Reflexiones sobre Derechos Humanos, 1, Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, junio 2010, p. 48.

- (7) CONSTENLA, Carlos R., "Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo", Ed. Reus, Madrid, 2001, p. 348.
- (8) FAIREN GUILLEN, Víctor, "El Defensor del Pueblo - Ombudsman", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, t. I, p. 46.
- (9) BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución reformada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 326.
- (10) AMOR, Alejandro, "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", edición comentada, BASTERRA Marcela (dir.) - PAGANI, Enzo - FERNÁNDEZ, Alejandro (ed.), Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, p. 1388.
- (11) Es interesante observar que ni el Defensor del Pueblo de la Nación ni la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, cuentan con esta facultad de iniciativa legislativa.
- (12) Publicada en BO CABA 394 del 27/02/1998. Con posterioridad se introdujeron distintas modificaciones dirigidas a aumentar el número de adjuntías, ampliar las incumbencias temáticas y reformular algunas modalidades funcionales.
- (13) PIERINI, Alicia, "Defensor del Pueblo y la reforma constitucional de 1994", Revista Pensar en derecho, 5, año 3, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, 1ª ed., 2014. p. 85, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-5.php> [consultada el 03/04/2018].
- (14) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, Régimen Procesal, Derecho Procesal Constitucional", LA LEY, 2001-E, 1325. Cita online: AR/DOC/5049/2001.
- (15) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Ciudad de Buenos Aires: Tribunal Constitucional, sentencias intermedias y legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo", LA LEY 2001-C, p. 806. Cita online: AR/DOC/20810/2001 LA LEY 2001-E, 1325 Cita online: AR/DOC/5049/2001.
- (16) TRIONFETTI, Víctor, "Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Revista de Doctrina 2, Colegio Público de Abogados de Capital Federal.
- (17) DÍAZ, Mariana, "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada", Editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2016, p. 1194.
- (18) GELLI, María A., "Constitución Nacional Argentina, comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 4ª ed., p. 654.
- (19) FRANZA, Jorge A., "La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Revista Jurídica UCES, 15, 2011, ps. 339-350, con cita a TRIONFETTI, Víctor, ob. cit.
- (20) DÍAZ, Mariana, ob. cit., p. 1195.
- (21) El Convencional Jorge Castells señaló que: "... este control de constitucionalidad implica, desde luego, hacer caer la vigencia de una ley dictada por la Legislatura. Esto pareció que tal vez era, al menos en esta etapa, un poco difícil de sostener en nuestro ordenamiento jurídico, y por eso —y aquí agradezco la iniciativa al doctor Ferreyra, que trajo la sugerencia— se ideó un sistema, que llamamos de reenvío, por el cual la ley declarada inconstitucional por el tribunal vuelve a la Legislatura"; "Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996", Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., t. 2, p. 958.
- (22) FERREYRA, Raúl G., ob. cit., p. 153.
- (23) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El amparo colectivo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1998, p. 96.
- (24) Fragmento del escrito presentado en calidad de asistente oficio (Amicus Curiae) en la causa "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires" TSJ, Expte. 18/99, del 16/09/1999, citado en el voto de los Dres. Maier y Ruiz, (consid. 1º, párr. 3º).
- (25) Promulgada por dec. 956 del 06/07/2000, publ. en BOCBA 985 del 17/07/2000.
- (26) "Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. 18/99 SAO, TSJ, resolución del 16/09/1999.
- (27) "Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. 575/00, TSJ, resolución del 12/12/2000.
- (28) El proyecto fue presentado por los diputados Roque Bellomo y Gabriela González Gass, bajo Expte. 04238/2001. Ver <http://www.cedom.gov.ar/Proyectos.aspx>.
- (29) "Art. 87. CCABA. El Poder Ejecutivo puede vetar totalmente un proyecto de ley sancionado por la Legislatura expresando los fundamentos. Cuando esto ocurre el proyecto vuelve a la Legislatura, que puede

insistir con mayoría de dos tercios de sus miembros, en cuyo caso el texto es ley. Si no se logra la mayoría requerida, el proyecto no puede volver a considerarse en ese año legislativo.

(30) Publicado en BOCBA 1360 del 16/01/2002.

(31) Publicada en BOCBA 1613 del 21/01/2003

(32) Despacho 1461 Sala de la Comisión: 27 de febrero de 2002, firmado por los diputados Costanzo, Héctor; Ponsa Gandulfo, Lucio; Bellomo, Roque; Enríquez, Jorge; De Estrada, Santiago; Vitobello, Julio; Crespo Campos, Julio y Moscariello, Oscar. La única observación la hizo el diputado Marcelo Vensentini quien propuso que la cuestión fuera reexaminada en la Comisión.

(33) CONSTENLA, Carlos R., ob. cit. p. 348.

(34) MAIORANO, Jorge L., "El Ombudsman, Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas", Ed. Macchi, Buenos Aires, 1999, 2ª ed. ampliada y actualizada, t. II, p. 542.

(35) GOZAÍNI, Osvaldo A., "Protección procesal del usuario y consumidor", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, 1ª ed., p. 610.