

LA «MAGISTRATURA DE LA PERSUASIÓN» DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO FRENTE A LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL PERÚ: ¿DEBEMOS SEGUIR USANDO LA PARÁBOLA DEL BUEN PASTOR?

L. Alberto Huamán Ordóñez¹

(...) puede afirmarse que en un Estado de Derecho no existen zonas exentas de control, en la medida en que todas las instituciones estatales deben su existencia a la realización de fines que la colectividad se ha propuesto (...)

Resolución Defensorial N° 038-2002/DP, Lima, 28 de noviembre del 2002, p. 10.

SUMARIO: I.- EL CONTROL COMO PRESUPUESTO FUNDANTE DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. II. EL CONTROL DEFENSORIAL: 2.1. La Defensoría del Pueblo: 2.1.1. Regulación Constitucional: a) *En la norma normarum de 1979.* b) *En la norma normarum de 1993.* III. ¿ES REALMENTE EFECTIVO EL CONTROL PERSUASIVO O RECOMENDATORIO QUE HACE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO A LOS PODERES PÚBLICOS?

I.- EL CONTROL COMO PRESUPUESTO FUNDANTE DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN:

¹ Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo" de Lambayeque, Perú. Correo electrónico: sieyes10@hotmail.com

En principio, conocemos –y partimos siempre de dicha idea, nunca equivoca, por cierto- que la Administración Pública ha sido creada para **SERVIR AL INTERÉS GENERAL O INTERÉS PÚBLICO**; y en ello radica el poder a ella otorgado por el Estado, que a su vez lo recibe, con la Constitución, del pueblo², mandante cuya *potentia* es entendida como poder constituyente originario.

Este sentido es el que el legislador, a escala administrativa, ha recogido en el artículo III del TP de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General³, norma que actúa como *standard* de actuación del poder público en la búsqueda del interés público o general, situación que se constituye en la **FINALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, organización servicial de la sociedad humana⁴.

Con lo dicho se asevera que, toda actuación administrativa en tanto se avoque al interés general o público busca éste ponderando esa dirección en línea uniforme y paralela a la defensa de los derechos y garantías que gozan los administrados; actuando en base al **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**⁵, pues ellos llevan, antes que nada, implícita la naturaleza de ciudadanos.

² Artículo 81 Constitución 1979.-El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su REPRESENTACIÓN y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada o Fuerza Policial, o sector del pueblo puede arrogarse su ejercicio. Hacerlo es sedición. El texto en mayúsculas es nuestro.

Artículo 45 Constitución 1993.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

³ Artículo III TP LPAG.- Finalidad: La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo-Tomo I*. Palestra-TEMIS; Lima-Bogotá, 2006, Versión Latinoamericana en base a la duodécima edición. p. 33: “La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio (...)”.

⁵ Este principio se recoge en sede administrativa, en el Artículo IV, 1.1., del TP de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General como uno de los que componen el

Sin embargo a pesar de lo precisado, en la realidad cotidiana, la actuación «real» de la Administración⁶, no se sirve las más de las veces – no digo todas- de esta ponderación; afectando así el margen de actuación que le permite el Derecho y aún más a los administrados en su calidad de ciudadanos o *cíves*, pues casi siempre se aparta de los cauces del orden jurídico, que admite la idea de **CONTROL** como requisito fundante de la actuación del poder público como del privado en el seno de las interacciones sociales tuteladas jurídicamente.

El control del poder en todos los ámbitos de la vida social se entiende como una respuesta depurativa del actuar en las conductas humanas, susceptibles por su propia naturaleza, de yerro; pues los que tienen y manejan una cuota de poder (*v.gr.* servidores y funcionarios públicos, empleadores, dirigentes sindicales, jueces, fiscales, árbitros, contratantes) son también seres humanos, por tanto susceptibles de errar en sus decisiones: *nadie, incluida la Administración, es susceptible de ser infalible.*

El Administrador repudia el control por creer que la **AUTO-TUTELA** –entendida como la tutela propia de las actividades administrativas para llegar a satisfacer el interés público- le da el derecho de no admitir el criticar o el revisar sus actuaciones. Él es reacio a todo tipo de control, por la seguridad que le brinda la autotutela, concedida desde el todo jurídico u orden jurídico para hacer efectiva la labor servicial que tiene.

Ahora, aún cuando se viva en los días de primacía del Estado Constitucional de Derecho, la Administración Pública sigue pensando en ser ajena a toda vigilancia, a todo seguimiento de su labor.

procedimiento administrativo; siendo que, las autoridades administrativas deben *actuar* con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las *facultades* que le estén atribuidas y de acuerdo con los *finés* para los que les fueron conferidas. Los textos en cursivas son nuestros.

⁶ Cuando hablamos de la actuación «real» de la Administración, hacemos referencia a lo que el argentino GORDILLO denomina la «paradministración» estatal o más comúnmente conocida como administración paralela.

Esta «paranoia» de la Administración se evidencia en rehuir cualquier tipo de control; aún del que viene de sí misma o AUTOCONTROL (v.gr. principios del procedimiento administrativo, procedimiento administrativo disciplinario), del que proviene del ciudadano-administrado que trabaja como CONTROL PREVIO JUDICIAL (v.gr. recursos impugnativos), y peor aún del que se dirige desde sede judicial como CONTROL JUDICIAL (v.gr. proceso de contienda administrativa=proceso contencioso administrativo=justicia administrativa; proceso de amparo, proceso de cumplimiento) o del CONTROL DEFENSORIAL que indistintamente puede ser previo extra judicial o control intra judicial (v.gr. «magistratura de la persuasión» y *amicus curiae*)⁷.

II. EL CONTROL DEFENSORIAL:

Este tipo de control es uno de corte PERSUASIVO o DISUASORIO para que la actuación administrativa regrese al camino de la legalidad en sus decisiones. Valgan verdades, la actuación de la Defensoría hace evocar la parábola del buen pastor que busca que la oveja descarriada vuelva al rebaño; aunque en nuestra realidad esta oveja, que es la Administración, sea «matrera», terca u obstinada.

De manera alguna el poder contralor de la Defensoría NO ES CORRECTOR DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, que si lo puede hacer el ciudadano a través de los recursos impugnativos y la judicatura -en concreto, de modo general, la judicatura contenciosa administrativa y de manera especial (previa corroboración casuística, como lo exige hoy el Tribunal Constitucional) el proceso constitucional de amparo y el proceso -¿*constitucional?*- de cumplimiento.

Otro indicador del control defensorial, que lo diferencia de los demás, es el hecho de que SUS RECOMENDACIONES NO SON VINCULANTES ANTE LOS TRIBUNALES. En tal sentido es sólo recomendatorio para cuando una afectación de los derechos funda-

⁷ Cuanto de lo escrito es cierto, lo es aún más que tal desarrollo de la actuación de la Administración ajeno a la idea de control, habiendo visto la luz, no dura mucho en sus efectos materiales o jurídicos; por la actuación, de manera *general* de los tres últimos controles mencionados (del ciudadano, jurisdiccional o defensorial) o de modo *singular* por el primero de los mismos (autocontrol).

mentales de la persona se patentiza y llega a su conocimiento dicha noticia, ya que la Administración incurre en error recurrentemente cuando haciendo sus deberes afecta dichos derechos primarios.

Bajo todo lo dicho, la actuación defensorial deviene en un desempeño arbitral, en una actuación que busca el consenso, la fórmula que equilibre la búsqueda del interés general con la protección de los derechos de la persona como administrado; actuación sujeta a la pirámide normativa, que se guía, por todo, desde la *norma normarum* y de allí avanza a la Ley y las normas inferiores a ella.

II. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO:

2.1. Regulación Constitucional:

2.1.1. En la norma normarum de 1979:

Está lejana la recepción de esta institución en esta Carta consensuada de 1979, pues al remitirnos a la misma encontramos que de acuerdo a los artículos 250,1 y 250,4 de ella, se tenía asignada tal función al Ministerio Público.

Así la norma constitucional mencionada explica: *“El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado. Le corresponde: 1.- Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley (y...) 4.- Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública”*. Como se puede evidenciar, tal tarea estaba asignada al Ministerio Público, no encontrándose entonces recepción de esta figura en la Constitución del 79, lo que no ocurre con la del 93, como veremos.

2.1.2. En la norma normarum de 1993:

Como hemos precisado, en las líneas arriba escritas, la Carta actual es más meticulosa en cuanto a la regulación de ésta figura. Al respecto trata de abarcar en dos apretados artículos, la labor de la institución así como los requisitos para acceder al cargo, la elección del mismo entre otros puntos.

Para efectos del presente artículo nos interesa, como lo detalla el título, abocarnos a la función de supervisión del cumplimiento de los deberes y obligaciones de la Administración del Estado, su relación con los derechos primarios de la persona y si dicho control es efectivo. Al respecto el texto supralegal en su artículo 162 informa: “*Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía (...)*”.

Tal como se puede ver, de la redacción del precepto citado, tenemos que la Defensoría del Pueblo es uno de los mecanismos de control de la labor del Administrador.

Empero, esto no lleva a pensar que sólo se dedique a admitir dicho control sobre las actuaciones *formales y materiales* de la Administración; sino que en ellas se admita como fundamento primario la defensa de la persona humana, sustento actual de la vigencia del Estado como un Estado Constitucional de Derecho⁸.

⁸ Éste último se entiende hoy como en sede jurisprudencial nacional por nuestro Tribunal contralor de la Constitución en la STC N° 5854-2005-PA/TC (Lizana Puelles vs. JNE), §2, fdm. 3:

“§2. La Constitución como norma jurídica:

3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo’.

III. ¿ES REALMENTE EFECTIVO EL CONTROL PERSUASIVO O RECOMENDATORIO QUE HACE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO?:

Por virtud de la Ley N° 26520-Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (LODF) se desarrolla las actividades de ésta institución contralora en relación a la actuación del poder público. En tal sentido el artículo 9 especifica que dicho papel se inicia a partir de investigaciones de oficio o de quejas ciudadanas contra entidades de la administración estatal o que prestan servicios públicos, cuando detecta situaciones presuntamente vulneratorias de derechos o principios constitucionales.

Ello lleva, enlazando el texto constitucional ya citado –artículo 162- con la previsión de desarrollo legal de las funciones defensoriales, a hacernos la pregunta que sigue: **¿DEVIENE EN EFECTIVO EL CONTROL ASIGNADO POR EL CORPUS CONSTITUCIONAL A LA DEFENSORÍA SIENDO ÉSTE SÓLO PERSUASORIO?** Nuestra pregunta se dirige a inquirir, si, en una realidad como la nacional, donde la Administración Pública rehuye sus obligaciones para con el administrado; o de hacerlas, lo hace de mala gana, por que bajo el pretexto del interés público afecta derechos fundamentales de la persona.

Creemos que el poder contralor defensorial, EN LA REALIDAD, NO ES EFECTIVO; en consecuencia debe *extenderse* el mismo, a no sólo la magistratura persuasiva sino que ampliándola no la desconozca sino que

En sede extranjera y en concreto, en sede española se ha escrito, de manos del propio legislador -en cuanto a la previsión del Estado de Derecho en su corpus constitucionalis hispanicus-entendiendo el Estado de Derecho como un Estado Constitucional de Derecho, es decir donde quien manda es la Constitución, que: “La naturaleza democrática del Estado deviene de la consideración de la ley como expresión de la voluntad popular. El Estado de Derecho se caracteriza fundamentalmente por el imperio de la ley, que implica la supresión de zonas de inmunidad frente al Derecho, y se *completa* con el sometimiento de las leyes al control de constitucionalidad; con la división, contrapeso y control de poderes, y con la seguridad jurídica basada en la jerarquía de las normas, el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad”: CISNEROS LABORDA, Gabriel: *Balance y Perspectivas de la Constitución* EN Revista Valenciana de Estudios Autonómicos, N° 39/40, p. 93. El texto en cursiva obra así en el original.

se le dote de ALCANCES SANCIONATORIOS para las instituciones públicas renuentes a corregir sus actuaciones⁹.

Ahora, materializando lo propuesto, planteamos un sistema de MULTAS PROGRESIVAS PARA LA ADMINISTRACIÓN RENUENTE.

Estas multas deben dirigirse al agente público que entre sus funciones, olvida que todo ciudadano no sólo tiene intereses sino también derechos (¡y no hablamos de cualquier clase de derechos sino de los fundamentales!) y que ellos se sustentan en la previsión constitucional de la DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, que obra a su vez como instrumento reafirmante de dichos derechos, ya preconfigurados a la Constitución (tesis iusnaturalista de los derechos fundamentales de la persona humana); pero previstos en ella, para evitar arbitrariedades, en especial las que vienen desde los poderes públicos, poderes que como estiman los españoles **GARCÍA DE ENTERRÍA** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, son PODERES VICARIALES, estos poderes dados para servir a los demás, resumidamente, a la sociedad, al pueblo, a quien finalmente se deben¹⁰.

Así dejamos dicho, para finalizar, que, el Estado Constitucional de Derecho asegura el afianzamiento de los derechos e intereses de los administrados, que ya no se despojan de su ropaje jurídico de ciudadanos, como en el Estado Legal, sino que visten ese doble ropaje: administrados-ciudadanos; en consecuencia, por la propia salud del sistema, la Defensoría del Pueblo necesita protagonizar un papel más agresivo, que pueda confrontar las actuaciones temerarias de los agentes públicos.

Hoy en día son cada vez más las ovejas descarriadas que se apartan del camino, del cauce de la constitucionalidad –antes que de la Legalidad, pues la Constitución es norma entre normas-; de allí que la Defensoría, sin desnaturalizarse, creemos, debe de dejar de tener un rol

⁹ El caso más emblemático para sustentar el afianzamiento defensorial es el que se dió a propósito del tema de las ratificaciones judiciales por el Consejo Nacional de la Magistratura, tema que nunca se agota en los comentarios y críticas –más de lo segundo, menos de lo primero- que producto de su acción u omisión genera.

¹⁰ Tómese nota del pie de página 4 que obra en el presente artículo.

«LA MAGISTRATURA DE LA PERSUASIÓN» DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO ...

arbitral, meramente de espectador; para acceder a uno nuevo, de corte sancionatorio.