



LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO COMO ÓRGANO DE CONTROL Y COLABORADOR CRÍTICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Eduardo Pezo Castañeda (*)

Sumario. I.- Introducción. II.- La función de control de la actividad de la Administración Pública. II.- La investigación defensorial como instrumento de control y colaboración con el buen funcionamiento la Administración Pública. III.- Conclusión.

I.- Introducción

Desde su establecimiento en la Constitución de 1993, la Defensoría del Pueblo se ha convertido en una institución gravitante en nuestra sociedad para la protección y promoción de los derechos fundamentales, así como para la promoción de prácticas de buen gobierno. De esta manera, ha venido contribuyendo con el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y del Estado de derecho.

En ese contexto se ha dicho que las Defensorías del Pueblo se constituyen en un mecanismo de control de la calidad del servicio que brinda la Administración en sus distintas facetas de relación con el ciudadano. Por ello, en el presente artículo no sólo se desarrolla esta función, para un

(*) Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, egresado de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Diploma Internacional en DESC y Políticas Públicas por el Collège Universitaire Henry Dunant de Ginebra, Diploma Internacional en Gestión Pública para el Logro de Resultados por la Universidad Alcalá de Henares de España y Universidad Continental.
E-mail: epezzo@gmail.com

mayor entendimiento de la misma, sino también la facultad de investigación como el instrumento más utilizado por la institución para realizar dicho control.

II.- La función de control de la actividad de la Administración Pública

Como toda entidad pública, la Defensoría del Pueblo -DP- tiene una **competencia** que comprende su ámbito de actuación material y territorial¹, la cual se encuentra definida por las **funciones**² que le otorga el artículo 162° de la Constitución y el artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley N° 26520, éstas son: i) La defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad³, ii) Supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal, y iii) Supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

La competencia material, entonces, estaría dada por la protección de los derechos fundamentales, así como por la supervisión de la administración estatal y de la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Por su parte, la competencia territorial se extiende a todo el país, teniendo en cuenta que la supervisión de la Administración Pública comprende tanto las entidades del Gobierno Nacional como de los Gobiernos Regionales y Locales, así como las empresas privadas que prestan servicios públicos en todo el territorio.

Una lectura aislada de lo dispuesto en el artículo 162° de la Constitución y 1° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo -LODP- podría dar lugar a interpretar que se otorga a la DP dos funciones sin necesaria conexión, por un lado supervisar la actividad administrativa como una actividad

¹ Para algunos autores la competencia constituye “la esfera de atribuciones encomendadas por el ordenamiento jurídico, y por ende, contiene el conjunto de funciones y facultades que pueden ser ejercitadas” (MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 289. A nivel normativo el artículo 5° del Decreto Supremo N° 043-2006-PCM, que aprobó los “Lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones -ROF- por parte de la Administración Pública”, define a la competencia como “el ámbito de actuación material o territorial de la entidad en su conjunto, establecido de acuerdo a un mandato constitucional y/o legal”.

² La función es el conjunto de acciones o tareas que le corresponde realizar a la entidad pública, a sus órganos y unidades orgánicas de manera particular para alcanzar sus objetivos (Presidencia del Consejo de Ministros, Manual para elaborar el Reglamento de Organización y Funciones -ROF-, p. 9. Disponible en: www.pcm.gob.pe).

³ En nuestro ordenamiento constitucional las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales pueden emplearse indistintamente para referir a los derechos de la persona en cuanto persona y al margen de los grados de fundamentabilidad y del nivel internacional o sólo nacional en el que ocurre el reconocimiento jurídico. Esto significa que, por ejemplo, para cuando se hable de la libertad de expresión, es indistinto -para el caso peruano- llamarle derecho humano, fundamental o constitucional. Ello teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 55° de la Constitución y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una Teoría General*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, pp. 58-78).

autónoma, y por otro proteger los derechos fundamentales, lo cual no se ajustaría a la razón de ser de dicha institución en nuestro ordenamiento constitucional. En efecto, una interpretación integradora de ambos preceptos nos lleva a señalar que la función principal de la DP, su razón de existir, es la defensa de los derechos fundamentales, siendo su función de supervisión de la Administración y de la prestación de los servicios públicos una función instrumental al servicio de su función principal.⁴

No debemos olvidar que la Administración Pública se encuentra vinculada a la Constitución, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38° del mismo Texto Constitucional⁵, en esa medida, los derechos fundamentales despliegan su *eficacia vertical* frente a aquella. Por tanto, será difícil encontrar una actividad de la Administración que no redunde de una u otra forma en los derechos fundamentales⁶, siendo pertinente la intervención de la DP cuando tales derechos se vean afectados por el ejercicio irregular, abusivo, excesivo, arbitrario, defectuoso, negligente, omisivo de las funciones de las autoridades y funcionarios públicos (art. 26° de la LODP).

Para realizar su función de supervisión de la Administración Pública, el artículo 9° de la LODP otorga a la Defensoría del Pueblo determinadas **facultades**⁷, que constituyen una autentica actividad de control. Pero es un

⁴ Al respecto puede revisarse: VARELA SUAREZ-CARPEGNA, Joaquín, *La Naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*. En Revista Española de Derecho Constitucional, Año 3, Número 8, mayo-agosto 1983, p. 71, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Estatuto Jurídico-Constitucional del Defensor del Pueblo en España*, Ponencia presentada en el Seminario Internacional “Defensor del ciudadano, defensor cívico o defensor de los derechos humanos: la experiencia comparativa y el Proyecto chileno”, Universidad de Talca, Talca (Chile), del 4 a 6 de abril de 2001.p. 254. SILVEIRA, Luis, *El Defensor del Pueblo en Portugal*, En: Revista de Estudios Políticos, Números 60-61, abril.-septiembre de 1988, p. 668, CARRO FERNANDEZ- VALMAYOR, José Luis, “Defensor del Pueblo y Administración Pública”. En: Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García del Enterría, Tomo III, Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 276. En la doctrina nacional CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Derechos Constitucionales y Defensoría del Pueblo*, Lima, Editorial Alternativas, 2001, p.280.

⁵ Sobre este punto el Supremo interprete de la Constitución ha señalado que “En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia recaída en los Expedientes N° 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados) de fecha 5 de junio de 2005, f.j. 156).

⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Estatuto Jurídico-Constitucional del Defensor*....., p. 256.

⁷ El citado artículo dispone que “El Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:

1.- Iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes que, implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo arbitrario o negligente, de sus funciones, afecte la vigencia plena de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

2.- Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley a que se refiere el inciso 4) del Artículo 200° de la Constitución Política, asimismo, para interponer la Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data, la de Acción

control *sui generis* distinto al judicial, ya que adopta, la forma de colaboración y no de enfrentamiento con el controlado, en una suerte de dialogo institucional, que puede ser muy constructivo⁸.

En efecto, la noción de control comprende los siguientes elementos: i) **Objeto de control:** la DP controla directamente a la Administración Pública que comprende no solo a las entidades públicas sino también entidades privadas que prestan servicios públicos; ii) **Parámetro de control:** que comprende la protección de los derechos fundamentales; iii) **Instrumentos de control:** el control realizado por las Defensorías del Pueblo al no ser un control típico o exclusivamente jurídico se basa en otras técnicas, que en ocasiones pueden resultar más eficaces que la coerción característica del derecho, como recomendaciones de reformas normativas o de políticas públicas, exhortaciones de hacer o no hacer al órgano vulnerador de derechos, promoción de derechos a los ciudadanos, atención de quejas, presentación de garantías constitucionales en sede judicial, transacción y mediación de conflictos relacionados de un modo u otro a los derechos fundamentales⁹.

Entonces, teniendo en cuenta estos tres elementos se puede señalar que la DP al ejercer su facultades para la protección de los derechos fundamentales y la supervisión de la Administración Pública dispone de un canon prefijado como son los derechos, principios o valores reconocidos en la Constitución, las leyes de desarrollo constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos y los principios que rigen la actividad de la Administración Pública.

Asimismo, realiza un juicio sobre la acomodación al canon prefijado del supuesto de hecho controlado (que puede ser una norma o una conducta), para finalmente interponer una medida obstructora¹⁰ o interceptar en el caso de que sea desfavorable el juicio sobre la acomodación al canon del supuesto de hecho controlado, es decir para obstruir aquellas actividades de

Popular y la Acción de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

3.- Iniciar o participar de oficio o a petición de parte, en cualquier procedimiento administrativo en representación de una persona o grupo de personas para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

(...)

5.- Promover la firma, ratificación, adhesión y efectiva difusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos.”

⁸ ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Navarra, Editorial Arazandi, 2008, p. 24.

⁹ Idem, p. 26.

¹⁰ El término obstruir es entendido en sentido amplio y no necesariamente como sinónimo de paralizar (VARELA SUAREZ-CARPEGNA, Joaquín, *La Naturaleza jurídica del Defensor...*, op. cit., p. 68).

la Administración Pública que vulneren de una u otra forma los derechos fundamentales.

Como se puede advertir, a través de las facultades otorgadas la DP podrá obstruir la actividad administrativa que lesione los derechos fundamentales, impidiendo que se reitere dicha situación. Y si bien la LODP señala que el Defensor del Pueblo no tiene competencia para interrumpir ni suspender los términos o plazos de los procedimientos administrativos, ni tampoco para anular o modificar lo actuado en dichos procedimientos, ello, no implica que carezca de la competencia de control, sino que por el contrario reafirma que el control que realiza no es de naturaleza jurisdiccional. Además resulta evidente que el control que realiza la DP puede dar lugar a su vez a otros controles, por parte de la propia Administración Pública o de los Tribunales¹¹.

Ahora bien cabe preguntarse que actividad administrativa es sujeta de control por parte de la DP. La LODP señala al respecto que el Defensor del Pueblo está facultado para investigar los actos y las resoluciones de la Administración Pública que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo, excesivo, arbitrario o negligente, de sus funciones, afecte la vigencia plena de los derechos fundamentales (art. 9º), así como la conducta personal de los funcionarios y servidores públicos en relación con la función que desempeñan (art. 22º).

La actividad supervisora de la DP, entonces, no se circunscribe a los actos administrativos o resoluciones que emita la Administración Pública, sino que también se extiende al conjunto de actuaciones que la doctrina anglosajona identifica con la genérica denominación de “*maladministración*” o mala administración donde se ubican, precisamente, las actuaciones negligentes, retrasos injustificados de los procedimientos, desatención de los administrados, la discriminación, el abuso de poder, negligencia, procedimientos ilícitos, falta de denegación de información, demoras innecesarias, favoritismos, entre otros aspectos, los cuales pueden derivar en perjuicios para los derechos fundamentales de las personas.¹²

Si bien el concepto de mala administración no es fácil ni unívoco, lo que resulta fácil de precisar son los síntomas señalados en el párrafo precedente, pero el exponente extremo de esta mala administración es la incapacidad de las entidades públicas para localizar y superar estos síntomas, pues los efectos de éstos no harán más que permanecer y

¹¹ Idem, p. 70.

¹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Estatuto Jurídico-Constitucional del Defensor...*, p. 259 y CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Derechos Constitucionales...*, op. cit., p. 280.

repetirse¹³. De esta manera, un control externo, como el que ejerce la DP, de manera independiente y autónoma, permitirá superar tales síntomas que se generan en el funcionamiento de la Administración Pública, pues solo revisándose periódicamente se puede mejorar su rendimiento organizativo, así como el servicio público que brindan.

III.- La investigación defensorial como instrumento de control y colaboración con el buen funcionamiento la Administración Pública

Si bien se han señalado diferentes facultades que tiene la DP para ejercer su función de control, nos centraremos en su facultad de investigación, ya que ésta se constituye en la más utilizada por dicho órgano constitucional.

Esta facultad se encuentra establecida en el artículo 9º de la LODP, en virtud de la cual la DP podrá “*Iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes*”. Dicha investigación se realiza mediante procedimientos siempre gratuitos, flexibles, expeditivos y transparentes, a fin de generar confianza en los interesados y en la autoridad, propiciando una mayor responsabilidad de esta última en el cumplimiento de sus funciones y en la rendición de cuentas¹⁴.

Así, la **investigación defensorial** se orienta por un lado a verificar la vulneración de derechos por el incumplimiento de las obligaciones de la Administración Pública (tanto de hacer como de no hacer) y por otro, a verificar el respeto de los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia, equidad y no discriminación que debe regir la actuación de la Administración Pública¹⁵, ello con el propósito principal de proteger a las personas, restituir sus derechos, lograr el cese de los actos arbitrarios o negligentes y obtener las satisfacciones o compensaciones en los casos en los que estos procedan.

Esta **facultad de investigación** se ejerce en dos planos. El primero es **la investigación de casos individuales** a través de la **atención de quejas** que constituye el trabajo cotidiano de la Defensoría del Pueblo. Dichas quejas pueden iniciarse de oficio, cuando llega a conocimiento de dicha institución noticias sobre vulneraciones a los derechos fundamentales que son

¹³MORA, Antonio, *El libro del Defensor del Pueblo. Defensor del Pueblo de España*, Madrid, 2003, p. 27.

¹⁴ DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998*, p. 7. Disponible en: www.defensoria.gob.pe.

¹⁵ DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Primer Informe del Defensor del Pueblo* ..., op. cit., pp. 8 y 9.

difundidas por los medios de comunicación o se toma conocimientos de tales hechos cuando se realizan **visitas de inspección** a las distintas entidades públicas o a las empresas prestadoras de servicios públicos. Otra forma de iniciar las quejas es a petición de parte, es decir, cuando la persona (natural o jurídica) solicita la intervención de la Defensoría del Pueblo.

La queja es el mecanismo más común por el cual un ciudadano se dirige a la Defensoría del Pueblo cuando considera que existe una actuación irregular de la Administración Pública que incide en sus derechos fundamentales. Cuando la queja es admitida a trámite la referida institución promueve la oportuna investigación a través de un procedimiento informal, gratuito, flexible y sin las rigidices propias del procedimiento administrativo, dirigiéndose al organismo o dependencia administrativa pertinente a fin de persuadirla que cambie de actitud y cese la afectación del derecho o brinde al ciudadano la prestación reclamada, luego de lo cual informa del resultado al interesado. Dada la cantidad de quejas que llegan a la referida institución existe una permanente preocupación por resolver los problemas individuales que se plantean.

Un segundo plano, en el que se despliega la facultad de investigación, está referido a las **investigaciones de carácter general**, que también pueden tener como punto de partida las quejas presentadas ante la Defensoría del Pueblo o ser iniciadas de oficio (p. e. en el marco de la planificación estratégica de la institución), pero responden a la necesidad de propiciar soluciones colectivas que permitan mayor eficacia en la tutela de los derechos de la persona o de la comunidad¹⁶.

Esta investigación, por lo general, da lugar a un documento que se denomina **Informe Defensorial**. Si bien no se ha realizado una definición de este tipo de informe, se puede señalar, siguiendo al Defensor del Pueblo español, que el Informe Defensorial tiene por finalidad indagar y analizar con profundidad problemas, casos o situaciones consideradas de especial relevancia, ya sea por ser especialmente sensibles en términos de opinión pública, o porque han sido objeto de quejas continuadas por parte de los ciudadanos, o porque están afectando derechos de grupos o poblaciones considerados vulnerables o en situación de indefensión, o por la combinación de todas estas razones¹⁷. Esta indagación y análisis permite a la Defensoría del Pueblo adquirir el conocimiento global del problema, identificando las causas estructurales que subyacen al mismo, para ofrecer

¹⁶ Idem, p. 17.

¹⁷ Defensoría del Pueblo de España, *El Defensor del Pueblo en una España en Cambio*, Madrid, 2007, p. 78. En el caso español estos informes son denominados Informes Monográficos.

recomendaciones y sugerencias a las distintas Administraciones implicadas, en la medida que se requiera de una acción múltiple y coordinada de las mismas.¹⁸

En ese sentido, las **investigaciones de carácter general**, que dan lugar a los Informes Defensoriales, están encaminadas a: i) modificar políticas públicas, ii) modificar interpretaciones legales que vienen aplicándose a un determinado grupo o categoría de personas cuyos derechos no estén debidamente garantizados, y iii) fomentar modificaciones normativas¹⁹.

Asimismo, debemos precisar, que dependiendo de cuál sea la finalidad del Informe Defensorial (si busca modificar una política pública, modificar interpretaciones legales o fomentar modificaciones normativas), dichos informes pueden combinar la investigación de corte jurídico con la investigación en ciencias sociales o por el contrario privilegiar la investigación jurídica. En esa medida, pueden combinar normalmente el trabajo de campo (que suponen visitas de inspección a lugares o instituciones, entrevistas a funcionarios, encuestas a la población o a funcionarios, etc.), las reuniones con expertos individuales o institucionales y el trabajo propio de gabinete del personal técnico de la institución. No obstante, en los casos en que la finalidad del Informe Defensorial apunte a modificaciones normativas se privilegia las reuniones con expertos y el trabajo de gabinete.

No obstante, esta función de supervisión debe entenderse, en última instancia, como una de colaboración con el buen funcionamiento del aparato del Estado en general²⁰, a fin de reforzar su capacidad para facilitar el acceso de la sociedad civil a las instituciones públicas, así como contribuir a la solución de las demandas ciudadanas y superar las situaciones de indefensión.

Una supervisión eficaz de las instituciones del Estado permite, entonces, contribuir a que éstas implementen prácticas de buen gobierno que respondan a las necesidades concretas de los ciudadanos y ciudadanas, de esta manera, la Defensoría del Pueblo, también participa activamente en los procesos de reforma de Estado.

¹⁸ MÚGICA HERZOG, Enrique, *El Defensor del Pueblo y el tratamiento de las quejas ciudadanas*, Conferencia del Defensor del Pueblo, en los cursos selectivos del Cuerpo Superior de Funcionarios de la Administración Civil del Estado 2009, p. 9. Disponible en: www.defensordelpueblo.es/.../INAP%20Curso%2024.4.09.doc.

¹⁹ DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Primer Informe del Defensor del Pueblo...*, op. cit, p. 17.

²⁰ DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Primer Informe del Defensor del Pueblo...*, op. cit. p. 7.

IV.- CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede indicar que a través de la resolución de las quejas individuales, así como de los Informes Defensoriales se observa la función de control - colaboración de la Defensoría del Pueblo, pues no solamente busca señalar cuales son los problemas advertidos sino que también propone soluciones para superar dicha problemática. Así, tanto las quejas como los informes se constituyen en emblemas de persuasión por su oportunidad y búsqueda de soluciones, porque advierten de una problemática concreta que aflige a los ciudadanos en su relación con la Administración Pública, al que los medios tradicionales de control no responden adecuadamente, por tanto, dichas investigaciones defensoriales pueden tener un impacto positivo no sólo en la Administración Pública sino también en la sociedad en general.