

EL OMBUDSMAN O DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993: RETOS Y LIMITACIONES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Defensoría del Pueblo en la Constitución de 1993*. III. *La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*. IV. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del *ombudsman*, expresión que puede traducirse como el “representante de otra persona”,¹ aparece por vez primera en la Constitución sueca de 1809, aunque con antecedentes que datan de principios del siglo XVIII.² Posteriormente se introduce en Finlandia (1919), país que antes había formado parte de Suecia, y Dinamarca (1953). Como bien anota Fix-Zamudio, a partir de la primera posguerra, el *ombudsman* ha inspirado el nacimiento de organismos similares en los restantes países escandinavos, y, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, ha logrado universalizarse al ser incorporada en los diversos ordenamientos jurídicos.³

Con posterioridad a su inicial introducción en países escandinavos como Suecia, Finlandia y Dinamarca, así como las variaciones introducidas por Gran Bretaña (*Parliamentary Commissioner for Administration*), Francia (*Mediateur*), Portugal (*proveedor de justicia*) y España (de-

1 Fairén Guillén, Víctor, *El defensor del pueblo*, t. I, parte general, Madrid, CEC, 1982, p. 33.

2 Según André Legrand, el primer antecedente claro de esta institución se encuentra en el decreto de 26 de octubre de 1713 mediante el cual se instituye un *Konungens Hogsta Ombudsmannen*, aunque también reconoce como primer eslabón de sus antecedentes a la figura del “Gran Sénecal” surgida hacia el siglo XVI. Cit. por Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración (el ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, INAP, 1981, pp. 38-39.

3 Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones comparativas sobre el *ombudsman*”, en el libro *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p. 212. Sobre el particular, también puede confrontarse la memoria del Congreso Internacional “La experiencia del *ombudsman* en la actualidad”, realizado en la ciudad de México del 13 al 15 de noviembre de 1991, editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992.

fensor del pueblo);⁴ en América Latina paulatinamente viene tomándose conciencia sobre su importancia. En efecto, a partir de la década de los noventa, etapa que cuenta con puntuales antecedentes, se aprecia un especial interés por incorporar al *ombudsman* —con denominaciones como defensor del pueblo, procurador de los derechos humanos, defensor de los habitantes o comisionado nacional de derechos humanos— a los ordenamientos nacionales por lo general en el marco de sendos procesos de reforma institucional.⁵

Esto último ha sucedido en países como Puerto Rico (1977), Guatemala (1985), Brasil (1986 en el Estado de Paraná), México (1990), El Salvador (1991), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Paraguay (1992), Honduras (1992), Perú (1993), Argentina (1993), Bolivia (1994), Nicaragua (1995) y se encuentra en agenda en los procesos de reforma constitucional de Venezuela (desde 1992) y Ecuador (desde 1994).

A ello han contribuido organizaciones que han surgido con la finalidad de promover la introducción del *ombudsman* en los países de América Latina. Una de ellas es el Instituto Latinoamericano del *ombudsman*-Defensor del Pueblo que cuenta con partida de nacimiento en Caracas, Venezuela (junio de 1983), y que surgió “con el objeto de coordinar los esfuerzos dedicados al estudio, promoción y creación del *ombudsman* en los distintos países de América Latina”.⁶ Asimismo, existe la Asociación Iberoamericana del *ombudsman*-defensor del pueblo, fundada en la ciudad de Buenos Aires (agosto 1992), uno de cuyos objetivos esenciales es precisamente “promover la difusión e institucionalización del *ombudsman* o defensor del pueblo en Iberoamérica”.⁷

4 Incluso en el plano supranacional, “el Tratado de Constitución de la Unión Europea, prevé la existencia de la institución del *ombudsman* o defensor del pueblo en el seno de la Unión” (Gil Robles, Álvaro, “El defensor del pueblo y su impacto en España y América Latina”, *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman-Defensor del Pueblo*, núm. 3, Colombia, 1994, p. 58).

5 La tardía recepción del *ombudsman* en América Latina, como anota Fix-Zamudio, puede explicarse por diversos factores, entre los que se puede señalar, lo escaso y reciente de los estudios en castellano sobre dicha institución, la reducida difusión de esta figura, la complejidad de la expresión *ombudsman* que no es explicativa de sus alcances, así como por ser ajena a la tradición jurídica de nuestros países (Fix-Zamudio, Héctor, “Posibilidad del *ombudsman* en el derecho latinoamericano”, en el libro *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, pp. 34-35). En sentido similar, Aguilar Cuevas, Magdalena, *El Defensor del Ciudadano* (*ombudsman*), México, UNAM, 1991, p. 89.

6 Hochman, Isaac, “El Instituto Latinoamericano del *ombudsman*”, *Ombudsman, democracia y derechos humanos*, La Paz, Bolivia, 1991, pp. 214-215.

7 El Acta Fundacional y los Estatutos de la Asociación Iberoamericana del *Ombudsman* (AIO), han sido publicados en la *Revista de la AIO*, núm. 3, pp. 19 y ss.

Este conjunto de esfuerzos ha contribuido a destacar la importancia de contar con una institución de esta naturaleza a nivel supranacional, siguiendo por cierto iniciativas de países europeos. Fue así como el Parlamento Andino, reunido en la ciudad de Caracas (IX periodo de sesiones), consideró pertinente disponer la creación de un defensor del pueblo andino, a través de la decisión 483/IX de 24 de septiembre de 1992. Conforme a dicha resolución, la mesa directiva aprobará el estatuto, el presupuesto y designará al defensor del pueblo que se encargará de la defensa de los derechos humanos en la subregión andina.

De otro lado, a nivel de Naciones Unidas se viene desarrollando un importante trabajo sobre las denominadas "instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos", una de las cuales es, precisamente, la Defensoría del Pueblo. En esta dirección, en octubre de 1991, el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas organizó un primer encuentro, en el que se propuso a los gobiernos que incluyeran en sus legislaciones internas determinados principios generales adoptados con motivo de tal reunión.⁸

Esto fue ratificado en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de julio de 1993, al solicitarse que "se creen o refuercen instituciones nacionales, teniendo en cuenta los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales", reconociendo, por cierto, que "cada Estado tiene derecho a elegir el marco que mejor se adapte a sus necesidades nacionales específicas".⁹

De esta manera, puede apreciarse que en el plano internacional, existe una fuerte y activa corriente que viene promoviendo la introducción de instituciones de esta naturaleza en los países de América Latina, pues constituye una señal positiva de que se vienen dando los pasos necesarios para respetar los derechos de las personas y fortalecer su institucionalidad democrática. Es más, algunos han considerado en tono más valorativo y esperanzador que el defensor del pueblo puede "erigirse como remedio contra esas injusticias del absolutismo moderno".¹⁰

8 Cfr. Documento de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas E/CN.4/1992/43, 16 de diciembre de 1991, pp. 52-56.

9 Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993, párrafo 36, p. 46.

10 Gozáini, Osvaldo Alfredo, "El ombudsman: utopía y realidad", *Notas y estudio sobre el proceso civil*, México, UNAM, 1994, p. 77.

El Perú no ha permanecido ajeno a estas influencias. Es así como la Constitución de 1979 otorgó algunas funciones de defensoría del pueblo al Ministerio Público. La Constitución vigente (1993) optó por modificar la anterior situación incorporando a la Defensoría del Pueblo como órgano autónomo (artículos 161 y 162).

En la actualidad, el reto consiste en dar los pasos iniciales para una adecuada implementación de la Defensoría del Pueblo, que contribuya a consolidar sus cimientos y afianzar su importancia en la sociedad peruana. Un paso indispensable se ha dado recientemente con la promulgación de la Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, aprobada luego de diversos intentos y puntuales recortes. No obstante, el escenario político no siempre se ha mostrado favorable para su adecuada implementación y presenta algunas limitaciones que ameritan ser evaluadas. Con este objetivo hemos elaborado el presente ensayo.

II. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

1. *Antecedentes*

El artículo 250, inciso 4 de la Constitución de 1979 otorgó algunas funciones de defensoría del pueblo al Ministerio Público, al disponer que le correspondía “actuar como defensor del pueblo ante la administración pública”. Su titular era el fiscal de la nación, funcionario designado por el presidente de la República, con aprobación del Senado (artículo 251).

Con el fin de implementar estas funciones se efectuaron diversos esfuerzos, destacando la expedición de la Resolución 192-89-MP-FN de 27 de abril de 1989 que creó la llamada Fiscalía Especial, encargada de los asuntos de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos. Durante el segundo semestre de 1990 se crearon once fiscalías especiales de defensoría del pueblo y derechos humanos en los distritos judiciales de Ancash, Ayacucho, Huánuco, Piura, Apurímac, Callao, Junín, San Martín, Arequipa, Huancavelica y la Libertad.¹¹

En su conjunto, la labor del Ministerio Público en el ejercicio de funciones de defensoría del pueblo, salvo puntuales y destacadas excepciones y pese al entusiasmo de quienes trabajaron en la Fiscalía Especial, fue insuficiente y quedó rebasada ante las frecuentes viola-

11 Cfr. Chávez Valderrama, Clodomiro, “La Defensoría del Pueblo en el Perú”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 6, Lima, CAJ, 1990, pp. 157-164.

ciones a los derechos humanos cometidas en el país. Es más, resultaba incongruente que el órgano estatal titular de la acción penal —y en consecuencia de acusar a las personas— sea a la vez el encargado de defenderlas.

De ahí que la Constitución de 1993 haya optado razonablemente por modificar la anterior situación al incorporar a la Defensoría del Pueblo como órgano autónomo (artículos 161 y 162), disponiendo que le corresponde “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”. De esta manera, al Ministerio Público ya no le compete esta función.

2. *Incorporación de la Defensoría del Pueblo*

El proceso de elaboración de la Carta vigente se caracterizó por carecer de un anteproyecto o texto base sobre el cual pudiera centrarse la discusión. La Carta fue elaborada paulatina y desordenadamente por la Comisión de Constitución y Reglamento, y luego elevada al Pleno del Congreso Constituyente Democrático (CCD) para su aprobación.¹²

Aun cuando algunas ideas previas fueron expuestas por las agrupaciones que llegaron a formar parte del CCD, ninguna de las principales reformas constitucionales anunciadas por la alianza oficialista “Nueva Mayoría-Cambio 90”¹³ se refería a la introducción de la Defensoría del Pueblo.

Fue durante el debate de las atribuciones del Ministerio Público realizada en la 40a. sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento realizada el 6 de abril de 1993, cuando se planteó la discusión sobre la conveniencia de mantener fusionado al Ministerio Público con la Defensoría del Pueblo o separar a ambos órganos como instituciones autónomas.

La propuesta fue formulada por el congresista Fernando Olivera a la que se adhirió Carlos Ferrero. Al día siguiente (41a. Sesión de la Comisión de Constitución), los congresistas del grupo oficialista, Carlos Ferrero y César Fernández Arce, sugirieron separar las funciones atribuidas al defensor del pueblo de las que corresponden al

¹² Cfr. Comisión Andina de Juristas, “Del golpe de Estado a la nueva Constitución”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, núm. 9, Lima, 1994.

¹³ Publicadas en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 21 de octubre de 1992.

Ministerio Público, acordándose conformar una subcomisión integrada por los citados congresistas y Lourdes Flores (PPC) para elaborar un texto alternativo sobre el defensor del pueblo. En la 42a. sesión realizada el 12 de abril fue aprobado, con algunas modificaciones, el articulado propuesto por dicha subcomisión.¹⁴

A lo largo del debate constitucional, el texto fue reducido en cuanto al número de artículos hasta que la institución quedó perfilada tal como lo señala la actual carta fundamental, vigente desde el 31 de diciembre de 1993.

3. *Diseño constitucional*

Una institución positiva introducida por la Constitución de 1993 es precisamente la Defensoría del Pueblo (artículos 161 y 162). Ha sido configurada como un órgano autónomo distinto del Ministerio Público, al que le corresponden tres funciones básicas:

- a) defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad;
- b) supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal, y
- c) supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Además, el defensor está obligado a presentar informes anuales al Congreso y cada vez que éste lo solicite. Asimismo, está facultado para proponer medidas que faciliten el cumplimiento de sus funciones. También está dotado de iniciativa en la formación de leyes, gozando de legitimación para la interposición de la acción de inconstitucionalidad. Los órganos públicos tienen la obligación de colaborar cuando él lo requiera. Su proyecto de presupuesto se presenta al Poder Ejecutivo y el propio titular lo sustenta ante esa instancia y en el Congreso.

Cabe anotar que la Constitución distingue la Defensoría del Pueblo, del defensor del pueblo quien es el titular de la misma, señalando que su estructura en el ámbito nacional se establecerá por ley orgánica. En consecuencia, al legislador le corresponde diseñar la presencia de la Defensoría a nivel nacional, en el marco de un Es-

¹⁴ CCD. Comisión de Constitución y Reglamento, "Actas de las Sesiones. Constitución Política 1993", Lima, publicación oficial, pp. 175-186.

tado unitario pero descentralizado. Esto, a nuestro juicio, permite que la ley contemple adjuntos al defensor del pueblo con presencia regional o departamental que puedan operar a nivel nacional.

El defensor del pueblo será elegido y removido por el Congreso mediante una votación calificada de dos tercios del número legal de miembros. No se encuentra sujeto a mandato imperativo, goza de la prerrogativa del juicio político antes de acudir al Poder Judicial, así como de inmunidad e inviolabilidad. Para ser elegido se requiere tener 35 años y ser abogado; tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos. El cargo dura cinco años.

De esta manera, el defensor del pueblo peruano actúa como un comisionado parlamentario que debe informar periódicamente al Congreso sobre el desempeño de su gestión. En teoría, su nombramiento por el Congreso resulta razonable y se explica por ser éste el representante de la soberanía popular que le brinda legitimidad democrática para actuar, aunque ello en la práctica —y ése es su mayor riesgo— podría conducir a una designación política que restrinja su independencia.

De otro lado, exigir que el defensor del pueblo sea abogado, no nos parece algo absolutamente necesario, pues bien pudo quedar abierto este criterio profesional. En rigor, las únicas condiciones indispensables para el ejercicio del cargo son su calidad moral, personal e independencia reconocidas socialmente, en buena cuenta su prestigio cívico, así como su compromiso con los derechos humanos y el principio democrático. Así, por ejemplo, en España cualquier persona que se encuentre en ejercicio de sus derechos civiles y políticos puede ser defensor del pueblo, sin necesidad de ser abogado.

4. *Situaciones suscitadas entre la vigencia de la Constitución y la aprobación de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*

- a. La Ley 26295: una atribución adicional para una institución aún no implementada

Esta ley, publicada el 23 de febrero de 1994 a pocos meses de la vigencia de la nueva carta, creó el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de la Libertad Efectiva, cuya organización y administración estará a cargo del defensor del pueblo.

El Registro deberá contener un banco de datos con información que permita identificar y localizar a las personas detenidas por los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional, así como

los detenidos por mandato judicial. En su primera etapa comprenderá la información referida a los detenidos por miembros de las fuerzas armadas y policía nacional tratándose de los delitos de terrorismo, traición a la patria (modalidad especial del terrorismo) y contra el Estado y la defensa nacional.

Como quiera que la Defensoría del Pueblo aún no ha sido implementada, hasta que el defensor del pueblo no asuma sus funciones, el Ministerio Público estará a cargo de la organización y administración del registro.

A nuestro juicio —aunque se trate de un aspecto polémico—, no nos parece adecuado que la organización y administración del Registro de Detenidos esté a cargo de la Defensoría del Pueblo. Esto no sólo porque no se conduce con las atribuciones clásicas del *ombudsman* sino, además, porque su complejidad, envergadura y dificultad de control adecuado puede llevar a colapsar a una institución —como ésta— que recién empieza a caminar. La Defensoría, consideramos, debe poder fiscalizar al Registro de Detenidos —que podría seguir en manos del Ministerio Público— mas no estar a cargo de él.

b. La Fiscalía Especial: desactivada y luego reactivada

La eliminación de la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos de la estructura orgánica del Ministerio Público se plasmó en el decreto supremo 36-94-JUS, publicado el 20 de junio de 1994, que por cierto contó con algunos antecedentes. Este decreto ya no la consideró como un órgano de línea del Ministerio Público, tal como antes lo establecía el decreto supremo 009-93-JUS.

La razón que justificó esta decisión fue considerar que el artículo 162 de la Constitución

crea la Defensoría del Pueblo, correspondiéndole defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, dejando el Ministerio Público de tener competencia en dicha materia y siendo conveniente la conversión de las plazas existentes.

El referido decreto no tomaba en cuenta la Defensoría del Pueblo, pues aún no había sido implementada.

Al amparo del citado decreto se expidió la resolución de la Fiscalía de la Nación 006-94-FN-JFS, publicada el 28 de junio. Mediante ella se dieron por concluidos los nombramientos provisionales de los fiscales de las fiscalías especiales de defensoría del pueblo y derechos humanos de todos los distritos judiciales, tanto de Lima como a nivel nacional. A la vez, se dispuso que los fiscales superiores decanos de cada uno de los distritos judiciales se encarguen de recibir todo el acervo documentario de las fiscalías hasta que el defensor del pueblo asuma sus funciones y se entregue dicha documentación bajo inventario.

De esta manera, fue desactivada la Fiscalía Especial, quedando como solitaria atribución del Ministerio Público la de conducir el Registro de denuncias de personas desaparecidas (Resolución 005-94-FN-JFS, publicada el 28 de junio). La circunstancia de que aún no haya sido implementada la Defensoría del Pueblo no fue obstáculo para que el propio Ministerio Público haya optado por no seguir desarrollando la función de defensoría del pueblo y defensa de los derechos humanos.

Meses después, el Congreso intervino y aprobó la Ley 26387, publicada el 16 de noviembre de 1994, según la cual el Ministerio Público “restablecerá las Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos hasta la instalación y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo”. En realidad, dicha norma trató de diferir la discusión del proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo en el Congreso y retardar su implementación. Asimismo, pretendió dar la imagen de que en el país existían instituciones en funcionamiento encargadas de velar por la defensa de los derechos humanos, cuando en realidad se restablecía una Fiscalía Especial mucho más reducida y sin ninguna presencia pública.

III. LA LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

1. *Antecedentes*

Los primeros días de enero de 1994, el congresista Carlos Ferrero Costa, perteneciente a la agrupación oficialista Nueva Mayoría-Cambio 90, presentó al Congreso de la República un proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de enero).

El texto fue debatido en una audiencia pública realizada en el Congreso el 23 de marzo del mismo año, siendo aprobado por la Comisión de Justicia el 14 de abril. Dicho proyecto fue elevado al Pleno del Congreso y debatido el 4 de mayo de 1994. En tal ocasión se acordó diferir su discusión por espacio de una semana. No obstante, el acuerdo no se cumplió, pues sólo después de un año el proyecto volvió a ser sometido a debate.

En efecto, esto sucedió el 5 de mayo de 1995; esta vez el proyecto fue aprobado por el Congreso. Sin embargo, días después, el 11 de mayo, el Pleno se retractó y aceptó el pedido de reconsideración formulado por el congresista Enrique Chirinos Soto (perteneciente al Movimiento Renovación pero cercano al oficialismo), disponiendo que el proyecto aprobado por el Congreso sea nuevamente revisado.

De esta manera, sucedió algo inusitado, pues los mismos congresistas que inicialmente habían aprobado el proyecto ahora lo “desaprobaron”. Se demostró así una falta de voluntad política por dotar al país, en breve plazo, de una ley que regule la estructura y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. En realidad, esto se produjo para evitar el “costo político” que hubiera significado la observación de una ley de esta naturaleza por el presidente de la República.

Ante esta inusual situación, diversas instituciones se pronunciaron a favor de la aprobación del proyecto de ley. Entre ellas, podemos mencionar a los decanos de los colegios de abogados del país,¹⁵ al Colegio de Abogados de Lima,¹⁶ a la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos¹⁷ y a la Comisión Andina de Juristas.¹⁸ Asimismo, diversos medios de comunicación en sendos editoriales exigieron la pronta aprobación de la ley y cuestionaron la demora en implementar esta institución.¹⁹

15 Pronunciamiento publicado en *El Comercio*, Lima, 19 de agosto de 1994.

16 Pronunciamientos publicados en el diario *El Comercio*, Lima, 23 de noviembre y 12 de diciembre de 1994, y *La República*, 25 de mayo de 1995.

17 Diario *La República*, Lima, 17 de mayo de 1995.

18 Diario *Expreso*, 4 de diciembre de 1994 y 29 de abril de 1994.

19 En este sentido, destacan los editoriales de los diarios *Gestión*, 23 de agosto de 1994; *El Peruano*, 5 de diciembre de 1994; *La República*, 6 de diciembre de 1994, 9 y 13 de mayo de 1995; *Expreso*, 13 de diciembre de 1994, 11 y 14 de mayo de 1995; *El Comercio*, 21 de diciembre de 1994 y 16 de mayo de 1995; *El Mundo*, 12 de mayo de 1995.

2. *Las críticas al proyecto de ley. El defensor del pueblo: ¿un superpoder?*

Durante el debate en el Pleno del Congreso se sostuvo que el proyecto convertiría al defensor del pueblo en un "superpoder", un "gran inquisidor", generaría una enorme burocracia, afectaría la defensa y seguridad nacional y convertiría al Perú en un país ingobernable.²⁰

Incluso, Carlos Torres y Torres Lara, presidente de la Comisión de Constitución del Congreso, sostuvo en el Pleno que el artículo 16 del proyecto —desarrolla el deber constitucional de cooperación de las autoridades y funcionarios para facilitar la labor del defensor— "llega a una situación de extremismo", pues lo faculta a solicitar informaciones, declaraciones y realizar inspecciones en los servicios públicos y establecimientos de las fuerzas armadas, policía nacional y centros penitenciarios o cualesquiera entidades estatales sometidas a su control.

Tales cuestionamientos carecen de sustento jurídico alguno. Diversas razones lo demuestran.

- a) Una de las notas características de la institución del *ombudsman* o defensor del pueblo es precisamente contar con "amplios poderes para solicitar todo tipo de información, a fin de facilitarles su labor".²¹ Es más, en Alemania existe el *ombudsman* militar, que puede "solicitar información oral o escrita a cualquier miembro de las fuerzas armadas, inclusive al ministro federal de defensa; tener acceso a los expedientes, a menos que a ello se opongan poderosas razones de secreto; [...] visitar las unidades, estado mayor u oficina administrativa de las fuerzas armadas en el momento que el ombudsman lo considere apropiado y sin aviso previo", entre otras facultades.²² En consecuencia, resultaba absurdo considerar que las facultades de investigación y solicitud de información del defensor del pueblo podía hacer colapsar a las fuerzas armadas.

²⁰ Las mayores críticas las formuló el congresista Enrique Chirinos Soto, quien defendió su posición en un artículo publicado en el diario *El Comercio*, Lima, 21 de junio de 1994, p. A/2.

²¹ Venegas Álvarez, Sonia, *Origen y devenir del ombudsman ¿una institución enco-miable?* México, UNAM, 1988, p. 44.

²² *Idem*, p. 46.

- b) El defensor no es un “superpoder”, pues está sujeto a control funcional y presupuestal. El Congreso, que según la Constitución lo nombra por mayoría de dos tercios, podrá cesarlo si considera que actúa negligentemente y decidirá si lo dota del presupuesto que solicita. Es decir, el Congreso controlará al defensor. Y esto, tampoco es una novedad: en la mayoría de países que cuentan con esta institución así sucede. No se trata, pues, de un órgano que carezca de control.
- c) Su labor no afecta la seguridad o defensa nacional. El artículo 17 del proyecto de ley establecía expresas restricciones tratándose de casos debidamente justificados en cuestiones relativas a la seguridad, defensa nacional o a relaciones internacionales, siempre que ello sea acordado por el Consejo de Ministros.
- d) El defensor del pueblo no dicta sentencias, no impone multas ni sanciones. El cumplimiento de sus recomendaciones y sugerencias se basa en el “convencimiento”,²³ en la persuasión basada en el prestigio y calidad morales de quien desempeña el cargo. Como indica la doctrina, se trata de una “magistratura de persuasión”.

En realidad, lo sucedido ha demostrado que existen quienes no quieren dotar al país de un verdadero defensor de los derechos ciudadanos. Más aún, pareciera que se trataba de aprobar una ley que fomenta a un débil defensor del pueblo. Como el proyecto dotaba al defensor de facultades que no agradaban a algunos —*v. gr.* ingresar a los cuarteles militares cuando se violan derechos humanos— se optó por modificarlo, ante el llamado de atención de aquellos a quienes no les interesa un defensor que los pueda controlar.

3. Alcances de la ley

La Ley 26520, publicada el 8 de agosto de 1995, pese a los diversos recortes que ha sufrido todavía puede permitir contar con una institución tutelar de los derechos humanos en el Perú.

Ella desarrolla las atribuciones que los artículos 161 y 162 de la Constitución le asignan: defender los derechos constitucionales de la persona y de la comunidad; supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal así como la adecuada prestación de los servicios públicos.

²³ Fairén Guillen, Víctor, *op. cit.*, nota 1, p. 51.

En términos generales se trata de una ley positiva, inspirada tanto en la experiencia de la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos como en la legislación de otros países, no sólo europeos sino también de América Latina. La ley configura a la Defensoría del Pueblo del modo siguiente:

a. Órganos de la institución

- El defensor del pueblo. Es el titular de la Defensoría del Pueblo.
- Los defensores adjuntos. Representan al defensor del pueblo en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, y son seleccionados mediante concurso público por un periodo de tres años (artículo 7). El defensor designa al adjunto que lo representará en caso de impedimento temporal o cese, cuando le sea imposible continuar en el cargo, hasta que lo asuma el sucesor (artículo 8).

b. Facultades del defensor

- Inicia y prosigue, de oficio o a pedido de parte, investigaciones frente a los excesos de la administración estatal o de sus agentes, incluyendo a las personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y la prestación de servicios públicos por particulares.
- Está legitimado para interponer las acciones de inconstitucionalidad, *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, acción popular y acción de cumplimiento en defensa de los derechos constitucionales. Además, puede intervenir en los procesos de *habeas corpus* para coadyuvar a la defensa del perjudicado.
- Inicia o participa, de oficio o a pedido de parte, en cualquier procedimiento administrativo en defensa de los derechos de las personas.
- Tiene iniciativa legislativa.
- Promueve la firma, ratificación, adhesión y difusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos
- Organiza y administra el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de la Libertad.²⁴

²⁴ Este dispositivo recoge lo dispuesto por la Ley 26295. En forma positiva, por la carga de trabajo que ello significa y la necesidad de priorizar el trabajo en otras áreas, la tercera disposición final y transitoria de la ley dispone que el Ministerio Público transferirá progresivamente la conducción y administración del Registro de Detenidos a partir de los doce meses siguientes al de la entrada en funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.

- Dicta los reglamentos que faciliten el cumplimiento de sus funciones
- Elabora informes que anualmente presenta al Congreso y, además, cuando la situación así lo exige.
- La ley no alude en forma expresa a la función mediadora y conciliadora, así como a la labor de promoción y difusión de los derechos humanos. Sin embargo, consideramos que es consustancial a la Defensoría del Pueblo desarrollar este tipo de labor.

c. Organización administrativa

- La Defensoría contará progresivamente con oficinas en cada capital de departamento, a cargo de un adjunto. Además, podrá establecer otras en los lugares que estime necesario (artículo 33).
- El defensor del pueblo puede designar libremente a los asesores necesarios para el ejercicio de sus funciones (artículo 34).
- Transitoriamente las Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo continuarán desarrollando su función (3a. disposición final y transitoria).²⁵

De otro lado, la ley ha establecido un procedimiento formal (artículos 20 y ss.) que se inicia con la presentación de las quejas, y continúa con la evaluación de su admisibilidad, la solicitud del informe a la persona o institución contra quien ella se formula, la resolución del caso y, si la situación lo amerita, la formulación de recomendaciones.

A nuestro juicio, hubiera sido conveniente que la ley flexibilice el trámite de presentación y solución de las quejas. El procedimiento ordinario establecido aparece demasiado rígido y probablemente en algunos casos puede no resultar tan útil a un defensor cuya actuación es esencialmente ágil y carente de formalismos. En tal sentido, habrá que desarrollar con intensidad la facultad que se le atribuye al defensor de dictar "las normas complementarias para la tramitación de las quejas que a su juicio requieran de acción inmediata", estableciendo distintos procedimientos en función de las diversas atribuciones con que cuenta la Defensoría (artículo 9o., inciso 7).

²⁵ Recoge así lo dispuesto por la Ley 26387.

4. *El defensor del pueblo y las fuerzas armadas*

Todo hace pensar que debido a una transacción con ciertos sectores se ha eliminado la mención expresa que el proyecto de ley hacía a las fuerzas armadas. La intención, sin duda, ha sido evitar que el defensor del pueblo pueda fiscalizarlas, tratando en consecuencia de implementar una débil institución de control. Sin embargo, la ley —como toda norma— tiene vida propia, independientemente de la intención del legislador, y a nuestro juicio autoriza una interpretación alternativa, conforme a la Constitución, que permita al defensor una intensa fiscalización respecto a la actuación de las fuerzas armadas.

- a) Ello, pues, su misión constitucional es precisamente “defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad”, labor que no puede ser obstaculizada por las fuerzas armadas.
- b) Además, las fuerzas armadas forman parte de la administración estatal; como afirma Fernando López Ramón: “la única caracterización posible de las fuerzas armadas reside en afirmar su inserción en la administración del Estado”.²⁶ En consecuencia, su funcionamiento por expreso mandato constitucional debe ser supervisado por el defensor. De ahí que, mal puede pensarse que aquél encuentra un límite frente a ellas.
- c) Incluso, el propio artículo 29 de la Ley dispone que “durante los estados de excepción el defensor del pueblo, en cumplimiento de su función constitucional, podrá sugerir a las autoridades administrativas, judiciales o militares”, las medidas que deben ser revocadas o modificadas en forma inmediata. Si la ley le permite intervenir sobre tales autoridades durante la vigencia de un régimen de excepción, con mayor razón debe autorizarlo en circunstancias normales.

No obstante, debemos reconocer que más allá de lo que pueda establecer la ley o una interpretación de la misma, el adecuado funcionamiento de la institución dependerá del tipo de defensor que designe el Congreso. Un defensor medroso y subyugado no dará pie a un efectivo control. En cambio, un defensor independiente y comprometido con la promoción y defensa de los derechos humanos

²⁶ López Ramón, Fernando, *La caracterización jurídica de las fuerzas armadas*, Madrid, CEC, 1987, p. 376.

permitirá saltar las posibles limitaciones de la ley en aras del respeto de su misión constitucional, cual es la de "defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad" (artículo 162).

5. *Hacia un perfil de la Defensoría del Pueblo*

Sin duda, un paso importante constituye determinar el perfil del futuro defensor o defensora del pueblo. La Constitución peruana se limita a señalar que debe tratarse de un abogado que cuente con un mínimo de treinta y cinco años; la ley agrega que debe gozar de "probada reputación de integridad e independencia" (artículo 2o.).

Aparte de ello, consideramos que es de suma importancia tomar en cuenta el conocimiento, prestigio, y compromiso con la promoción y la defensa de los derechos humanos y el principio democrático, pues todo esto resulta vital para que la persona que asuma la dirección de la institución garantice su adecuado funcionamiento. Y es que la persona que asuma tan importante cargo debe reunir una gran solvencia moral, conocimiento y prestigio cívico. Como bien anota Víctor Fairén, el éxito de la figura depende de la persona que se nombre, de su *auctoritas*.²⁷

Al Congreso, a quien compete designar al titular de la Defensoría del Pueblo por mayoría de dos tercios del número legal de sus miembros, le corresponde el importante reto de designar a una persona que reúna tales calificaciones. De lo contrario, esta nueva institución correrá serios riesgos de un rápido fracaso. Por lo demás, resulta obvio que la primera persona que asuma la dirección contribuirá a que ella adquiriera el prestigio necesario o carezca de legitimidad e importancia alguna.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. No tenemos la menor duda sobre la conveniencia de implementar en breve plazo la Defensoría del Pueblo en el Perú. Se trata de una institución positiva que puede contribuir al refuerzo y renovación de las fuerzas democráticas en el país,²⁸ así como a la defensa

²⁷ Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, nota 1, p. 48.

²⁸ Así lo sostuvo en 1986, Per-Erik Nilsson, *ombudsman-jefe* del Parlamento sueco. Cfr. Nilsson, Per-Erik, "El *ombudsman*. ¿Defensor del pueblo, o qué?", en el libro *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, p. 20.

y promoción de los derechos humanos en el país. Así lo viene demostrando la experiencia desarrollada en diversos países de nuestro entorno.

2. Sin embargo, tampoco nos extraña que existan algunos cuestionamientos que traten de diferir, dificultar o limitar su funcionamiento, basándose en argumentos que carecen de sustento alguno. Los avatares y recortes sufridos por el proyecto de ley constituyen un ejemplo de la ausencia de voluntad política por implementar en breve plazo esta nueva institución de control. Y es que en realidad a quienes tienen el poder no les agrada contar con un órgano independiente, dotado de prestigio cívico y poder moral, que los pueda controlar y hacer de conocimiento público los excesos cometidos.

3. En este contexto, resulta vital estar atentos a la forma como se va a implementar una institución de esta naturaleza, pues no sólo se requiere una ley que dote al defensor de las herramientas esenciales para su adecuado funcionamiento, sino además que la designación del titular recaiga en una persona que reúna las cualidades necesarias. Y es que en general, el funcionamiento de esta institución sólo resultará satisfactorio si se llega a contar con un órgano realmente independiente, con un ágil procedimiento de actuación, y si al implementarlo se le dota de presupuesto suficiente, personal adecuado, y se garantiza una razonable presencia a nivel nacional.

4. En los momentos actuales, el Perú necesita una Defensoría del Pueblo; pero no cualquier Defensoría sino una institución que contribuya a afianzar el principio democrático y la defensa de los derechos humanos. Habrá que estar alertas para no contar con un órgano dócil y débil que no controle ni fiscalice, sino que sirva para legitimar actuaciones contrarias a los principios fundamentales de un Estado de derecho. Si esto aconteciera, no podríamos hablar de una verdadera Defensoría del Pueblo.

Samuel B. ABAD YUPANQUI