



<https://doi.org/10.18800/dys.202201.001>

FECHA DE RECEPCIÓN: 24/10/2021  
FECHA DE APROBACIÓN: 01/03/2022

# LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ Y EL SIGNIFICADO DE SUS RECOMENDACIONES

## The Ombudsman of Peru and the meaning of its recommendations

Rolando Luque Mogrovejo\*

Defensoría del Pueblo

---

\* Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá. Adjunto para la Prevención de Conflictos Sociales y Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo del Perú. Profesor de la maestría en Gobierno y Políticas Públicas y de la Licenciatura de Ciencia Política y Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); y de la maestría en Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Resolución de Conflictos del Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). ORCID iD: 0000-0003-1653-4560. Contacto: rolandoluque15@gmail.com

**Resumen:**

Las defensorías del pueblo son instituciones que investigan para defender derechos. Los resultados de sus investigaciones producen por lo menos estos dos efectos: la constatación de los derechos afectados o puestos en riesgo, y el planteamiento de recomendaciones para introducir cambios positivos en la conducta funcional, las normas o las políticas públicas. Pero, por el tratamiento que reciben de parte de las entidades estatales, no parece estar clara la naturaleza de una recomendación ni su trascendencia y menos las obligaciones que frente a ellas tienen las autoridades a las que son enviadas. Este ensayo se aproxima al lenguaje y al significado de las recomendaciones, a su carácter “no vinculante”, y a la ruta que debería seguir para su cumplimiento, su discusión y el uso de medios complementarios para asegurar que la defensa de derechos continúe. La base del análisis es fundamentalmente el trabajo realizado por la Defensoría del Pueblo del Perú, y la experiencia del autor en esta institución.

**Abstract:**

The ombudsmen are institutions that investigate to defend rights. The results of their research produce at least these two effects: the verification of the rights affected or put at risk, and the formulation of recommendations to introduce positive changes in functional behavior, norms or public policies. But, due to the treatment they receive from state entities, the nature of a recommendation or its significance does not seem to be clear, and even less the obligations that the authorities have in relation to them. This essay approaches the language and the meaning of the recommendations, their “non-binding” nature, and the route that should be followed for their compliance, their discussion, and the use of complementary means to ensure that the defense of rights continues. The basis of the analysis is fundamentally the work carried out by the Peruvian Ombudsman, and the author’s experience in this institution.

**Palabras clave:**

Defensoría del Pueblo – Recomendación – Derechos humanos – Persuasión – Actos de habla

**Keywords:**

Ombudsman – Recommendation – Human rights – Persuasion – Speech acts

**Sumario:**

1. Introducción – 2. El bendito recurso de la crítica – 3. Investigo, luego existo – 4. El lenguaje recomendatorio: una aproximación – 5. El sujeto que enuncia y el sistema que lo sostiene: la base ética de la recomendación – 6. El carácter no vinculante de las recomendaciones – 7. ¿Cómo se interpretan las recomendaciones? – 8. El momento de la persuasión – 9. La ruta de las recomendaciones – 10. Lista de referencias

**1. INTRODUCCIÓN**

De todo lo que se ha dicho acerca de la Defensoría del Pueblo del Perú en estos 25 años de existencia, lo que peor me suena en el oído es aquello de, “ustedes solo recomiendan”. El adverbio “solo” contiene algo así como una imputación de ¿debilidad, insuficiencia, blandura? que haría de la facultad de recomendar un acto intrascendente. Así me lo hizo saber en una ocasión un fiscal amigo mío que, en nuestras esporádicas conversaciones, no perdía la oportunidad de marcar la diferencia entre las pesquisas penales de la mano de la fuerza pública en las que su institución estaba embarcada, y las que la Defensoría del Pueblo realizaba, “porque, claro, ustedes solo recomiendan”.

Más allá del deje de subestimación, el fiscal no tiene razón, o la tiene “solo” en parte. Un defensor del pueblo no es un fiscal, ni debe aspirar a serlo. Ambos investigan desde órganos autónomos, pero más allá de sus mandatos constitucionales y legales, los fiscales trazan sus líneas de investigación siguiendo un código procesal, y nunca van más allá del derecho ni del expediente. Tiene mérito, desde luego, organizar un discurso probatorio de la responsabilidad penal para contribuir con la administración de justicia ciñéndose a las exigentes reglas del derecho penal. Pero esto nada tiene que ver con el modo de proceder del defensor del pueblo. Las diferencias en la visión de los problemas y en el estilo de actuación son profundas. El defensor del pueblo tiene, además, una pretensión fuertemente constructiva que lo coloca en el futuro.

Y allí es donde aparece la recomendación. Aparece para tratar de desenredar algo, de resolver un problema pensando en el ciudadano, y en la institución responsable del posible cambio. “Recomendar —amigo fiscal— no es un oficio fácil, es comprometerse con un futuro deseable. Intervienen variables políticas, económicas, sociales, culturales, jurídicas, que deben ser hiladas finamente. Un dictamen contribuye a resolver un problema del pasado reciente: los hechos delictivos de una autoría todavía indefinida. Una recomendación busca

el cambio de una realidad para que las personas sientan que sus derechos son respetados y protegidos. La justicia penal cierra capítulos violentamente abiertos, la defensoría abre capítulos en la historia personal de los ciudadanos o en la historia del país, sin dar órdenes ni recurrir al auxilio de la fuerza pública. El pasado no le es ajeno, no podría serle, pero no se queda en él, sino que tiene el deber de construir un mejor futuro”.

Pero, vamos al punto. ¿De qué están hechas las recomendaciones de un *ombudsman*? ¿Cómo distinguirlas lingüísticamente de otras expresiones? ¿Qué tipo de elaboración jurídica es, qué mensaje transmite, cómo debe ser interpretada, qué efectos se espera que tenga? ¿Son correctamente entendidas por las entidades públicas que las reciben, y por los ciudadanos? ¿Qué significa que las recomendaciones no sean vinculantes? ¿Es posible reforzarlas recurriendo a otras instancias?

La preocupación por la eficacia de las recomendaciones es válida y coincidente con la percepción de un sector de la ciudadanía que se decepciona cuando ve que la defensa pierde energía. ¿Es posible fortalecer la función de recomendar sin recurrir al fácil expediente de pedir que las recomendaciones sean vinculantes? Yo creo que sí. Un defensor debe seguir siendo un defensor, no un juez ni un fiscal, por lo que el reto está en insuflarle vitalidad a este aspecto decisivo de su trabajo sin desnaturalizarlo<sup>1</sup>.

## 2. EL BENDITO RECURSO DE LA CRÍTICA

Demos dos largos pasos hacia atrás para recuperar un concepto que la Ilustración instaló en la cultura occidental como signo de distinción respecto del antiguo régimen: la crítica. En el lenguaje común se le asocia a cuestionamientos generalmente malhumorados que se profieren sobre la conducta de alguien. Como especialidad, la crítica prohió a los críticos de las artes plásticas, de la literatura, de la gastronomía, etc., sujetos incómodos y a menudo aguafiestas. ¿Qué hay de común en ellos? La intención de taladrar la realidad para mostrarla, desarmarla, rehacerla. El compromiso del pensamiento crítico radica en “rescatarnos de la servidumbre a lo desconocido; del andar a tientas y tropezones en una oscuridad poblada por ficciones que engendran miedos y conductas irracionales” (Berlin, 1983, pp. 312-313).

---

<sup>1</sup> Jorge Carpizo (2009) dice “[e]l seguimiento de las recomendaciones es esencial a la función del ombudsman. Si no, toda la labor se esfuma y termina en nada. La defensa de los derechos humanos finaliza en una farsa” (p. 106).

El vigor que la racionalidad conserva nos previene de sacralizaciones en la política, en el derecho, en el arte y, a decir verdad, en cualquier manifestación de la vida en la que exista el riesgo de ceder el dominio de todo, al pensamiento único o a los fundamentalismos, o a la propia tiranía de la razón. Dicho sea de paso, los sentimientos, las intuiciones, también nos acercan a la realidad exterior y a la interior. El conocimiento de la injusticia debe más a su vivencia y a la sensibilidad con que se percibe que al conocimiento de la norma jurídica.

La crítica ha sido el arma clave que los humanos hemos utilizado en la construcción soberana de nuestros proyectos de vida. O por lo menos es a lo que aspiramos en un mundo en el que persiste la estrechez de las libertades de grandes sectores de la población. El poder de la crítica y las garantías de ejercerla sin ser silenciados por ello, no está presente en todas las culturas. En los absolutismos políticos o en las teocracias, la crítica discurre por circuitos minoritarios y discretos sin mayor efecto en la estructura totalitaria del poder. En las democracias, la crítica se institucionaliza a través de formas variadas de control de la función pública, de los límites establecidos por las leyes y el ejercicio de las libertades públicas que le aseguran al ciudadano una participación inquisitiva y renovadora de las burocracias y sus estructuras administrativas y políticas. Una sociedad acrítica verá en poco tiempo como su democracia envejece y cae en manos de unos cuantos inescrupulosos.

La crítica, como se ve, reforma y libera y en ese sentido nos acerca más a la satisfacción de derechos. Es en esta tradición en la que se inscribe el *ombudsman* desde sus orígenes escandinavos. Históricamente, no nació en democracia, pero sí nació para controlar el poder del Estado, para que no sea desproporcionado y abusivo con el ciudadano. Con el avance de las democracias en Europa se discutió su diseño institucional y su autonomía. Se observa en su evolución un afán de lograr una mayor autonomía respecto de los poderes estatales, justamente para ejercer un control sin ataduras que lo apoquen o neutralicen<sup>2</sup>. La función de controlar, vigilar, fiscalizar, supervisar con la finalidad de defender al ciudadano frente a los abusos de la administración necesita la garantía de la autonomía institucional para ejercer la crítica. Y como esta tarea la cumple desde los propios predios estatales, su crítica termina siendo también una autocrítica, tanto porque debe asumir el pasivo del mal funcionamiento

---

<sup>2</sup> Víctor Fairén Guillén (1982) señala que, a partir de la separación de poderes establecida en la Constitución sueca de 1809, el *justitiekansler* (nombrado por el Rey y el Consejo) se separó del *justitieombudsman*, elegido por los Estados y posteriormente por el Parlamento. Además, sostuvo que es la falta de independencia lo que da lugar al reperfilamiento del moderno *ombudsman*.

del Estado como porque está obligado a tener un celo especial en su propia actuación si aspira a predicar con el ejemplo. Bien decía Sófocles: “Quién no ha sufrido como yo, que no me dé consejos”.

Con los años, el *ombudsman* incorporó a su perfil la autodenominación de “colaborador crítico”. ¿De qué manera una institución que defiende derechos, que controla el poder, que promueve la ciudadanía, puede ser un colaborador crítico? ¿Cuál es la medida exacta de la colaboración y cuál la de la crítica? Dicen que no hay nada mejor que una frase medio críptica para esconder las verdaderas intenciones. Salgamos del misterio de esta expresión: la relación del defensor del pueblo con el Estado es de permanente examen. Los derechos humanos son bienes tan preciados que exigen ser cautelados a cada momento. Bajar los brazos puede significar una afectación severa a una o muchas personas. Si está en las posibilidades del defensor del pueblo evitarlo, entonces, deberá criticar las malas leyes, las sentencias injustas, las políticas públicas discriminadoras, los actos deshonestos.

Este ejercicio implacable y sin concesiones, hecho por alguien que está fuera de los habituales juegos del poder, muestra en la otra cara de la moneda acciones propositivas para corregir lo que anduviere mal. Las recomendaciones del defensor del pueblo son la forma más constructiva y amable de la crítica. En ellas se resume su esfuerzo de investigación. Si solo colaborara, sería un apéndice más de las entidades estatales; y si solo criticara, además de fatigar al auditorio, parecería un opositor político, imagen de la que debe tomar *respectable distancia*.

No hay una dosis exacta de crítica y colaboración, lo que sí está claro es que son inseparables, forman parte de un mismo proceso y están impulsadas por la idea de defensa. Es clave entender este punto. Los esfuerzos del *ombudsman* no se agotan en dejar en evidencia una situación irregular o abusiva o en sustentar críticamente el mal funcionamiento de la administración. Si no da el paso hacia la recomendación, reconstruyendo positivamente la afectación a los derechos y señalando la salida a los problemas, no habrá realizado el mandato de defender.

Por eso es que incurren en un error o un malentendido aquellos que ven la recomendación como un simple consejo, o como la admonición moral de un párroco, o el *tip* de un coach. Una recomendación es el desenlace de un proceso que se inicia con la investigación de la presunta violación de un derecho fundamental, continúa con la formación de una opinión sobre el caso o el tema, y la propuesta de una solución al problema en forma de recomendación. Hasta aquí la primera etapa. Dependerá de la respuesta de la autoridad aludida

para que se active una segunda etapa en la que el *ombudsman* despliega sus recursos persuasivos para restituir el derecho, cesar la violación, compensar, enmendar, etc. Y de allí en adelante la defensa continuará el tiempo que sea necesario y con los medios que su versatilidad le permite, manteniendo la convicción sobre la justicia de la causa que defiende.

En muchos casos, también, las ideas que sustentan la recomendación y ella misma, ingresan en la agenda de los ciudadanos y pueden influir en su conducta y su visión de los problemas. Si prenden en la opinión pública, se forjará la mejor alianza a la que un defensor puede aspirar.

### 3. INVESTIGO, LUEGO EXISTO

El *ombudsman* debe procurar el máximo de identificación con la persona que ha sufrido la violación de sus derechos. La sensibilidad es clave. Pero si no se pasa del corazón a la razón se corre el riesgo de caer en una militancia sentimental que antepone la dramaturgia a la investigación. Diría, recreando un viejo proverbio, que “el camino del infierno también está empedrado con buenas recomendaciones”.

La Defensoría del Pueblo es una institución que investiga para defender<sup>3</sup>. Se instala dentro de una trama centrada en los derechos de los ciudadanos y ciudadanas que presentan quejas y pedidos, como de aquellos que sin ser identificados con nombre propio se ven afectados por la aplicación de una norma o una política pública. En ambos casos la Defensoría del Pueblo investiga haciendo uso de una gama cada vez más amplia de metodologías, cuyo uso depende del objeto de la investigación. La argumentación jurídica es importante, pero en muchos casos hay que observar directamente los hechos e indagar por sus causas, recoger los testimonios de los afectados, de los que afectaron y de los que saben algo; hay que aplicar fichas para recoger datos que dejen ver regularidades, patrones; y procesar la información en marcos teóricos que hagan posible obtener explicaciones, etc<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Un repaso exhaustivo sobre la facultad de investigar en las defensorías de Iberoamérica lo encuentran en el artículo de Jorge Santistevan de Noriega (2004), primer Defensor del Pueblo del Perú, “El Defensor del Pueblo en Iberoamérica”, en “Retos actuales de las instituciones nacionales de protección y promoción de derechos humanos. A diez años de los Principios de París”.

<sup>4</sup> La Defensoría del Pueblo ha aplicado en sus investigaciones entrevistas en profundidad, *focus group*, encuestas, monitoreo sistemático de hechos, análisis estadístico; y, en materia de conflictividad social, una variedad de instrumentos de análisis (mapeo de actores, análisis de trayectorias, de contextos, de escenarios posibles, de posiciones, intereses necesidades, líneas

Repito, la violación de un derecho implica vérselas principalmente con los hechos. No es una investigación que sobrevuela en el mundo de las normas, o una simple operación jurídica de contrastación de patrones normativos. Al contrario, la investigación debe internarse en el “mundo de la vida” para lograr verdades que nos conciernen como humanos, y a las que llegaremos con el auxilio de varias disciplinas. Los hechos a los que se refieren los derechos humanos son la línea de base de la vida digna, están encarnados en las rutinas de la experiencia diaria, son esos mínimos que ningún sujeto fundamentalista o codicioso o cínico nos puede arrebatar. Que estén contenidos en enunciados jurídicos no debe hacernos perder de vista su dimensión concreta<sup>5</sup>.

Ni una sola de las atribuciones de la Defensoría del Pueblo es ajena a la defensa. Investiga las quejas y los pedidos, investiga para examinar las políticas públicas, investiga para demandar o iniciar un procedimiento administrativo, investiga para presentar una iniciativa legislativa o un *amicus curiae*, y en todos estos casos la finalidad es defender derechos o defender la democracia para la realización de los derechos. Cuando la Constitución menciona el mandato de supervisar es claro que este tiene un propósito instrumental a la defensa. Supervisar no tiene *per se* impacto en la realidad, supervisar no produce cambios, la supervisión nos informa de los posibles cambios que habría que hacer a través de las acciones de defensa.

En consecuencia, el que defiende está en la obligación de buscar un resultado: la restitución de un derecho, la rectificación de una política, etc. La supervisión es un medio de defensa que permite evaluar el estado de una política, un plan, un programa, o un aspecto de ellos. Sirve también para obtener información internándose en el funcionamiento de una institución para valorar su nivel organizativo, sus limitaciones presupuestales, normativas, su transparencia, su integridad, sus procesos. La información obtenida es una de las fuentes que la Defensoría del Pueblo utiliza en sus investigaciones, pero no es la única.

La Constitución prevé un recurso estratégico para favorecer las investigaciones de la Defensoría del Pueblo y sin el cual su trabajo se frustraría. Ese

---

de tiempo, análisis sectorial, de problemas, de procesos, etc.). Lo que quiero destacar es que la investigación sobre hechos y derechos exige en estos tiempos el concurso de más de un saber; por ello la tendencia de sus investigaciones es o debe ser hacia la interdisciplinariedad.

<sup>5</sup> Al respecto Jorge Carpizo (2009) señala,

[E]l análisis que el *ombudsman* realiza de cada caso no debe únicamente circunscribirse al punto de vista legal, sino también debe tener presente el de la justicia, la equidad, los principios de coexistencia social y la conducta que deben seguir los funcionarios públicos (p. 113).

recurso es “la obligación de colaborar” de los órganos públicos, señalado en el artículo 161. A su turno, la Ley Orgánica habla del “deber de cooperación”. En cualquier caso, lo significativo aquí es que la Constitución garantiza que la Defensoría del Pueblo pueda investigar teniendo a su alcance toda la información necesaria. Prácticamente, no hay límites a su capacidad investigatoria, excepto los relacionados con el secreto judicial, seguridad, defensa nacional y relaciones internacionales cuando se invoque el interés superior del Estado.

Es la investigación la que lleva al establecimiento de una verdad y de una convicción sobre ella. Con estos elementos, el defensor del pueblo toma posición y se pronuncia acerca de si se ha afectado derechos, causado un daño, violado normas constitucionales y legales, o tratados internacionales, o no se ha sido transparente o eficiente, etc. Y, en esa línea, propone restituir el derecho, restablecer la legalidad, cumplir con los objetivos de las políticas públicas aprobadas, transparentar la información, emitir nuevas normas, etcétera. Estas propuestas toman la forma genérica de recomendaciones, que bien podrían ser por la forma y el objetivo que persiguen, advertencias, recordatorios, sugerencias, que son las que menciona la Ley Orgánica en su artículo 26<sup>6</sup>.

En esta lógica, la recomendación sintetiza la defensa en una fórmula basada en la verdad de las conclusiones y la propuesta de solución. De modo que la recomendación revela un esfuerzo constructivo en favor del ciudadano afectado sin descuidar la legitimidad de la institución pública cuestionada. Este cuidado que toma el defensor del pueblo es extraordinario. Una sutileza que no siempre se valora. La lucha política, generalmente, tiene ganadores y perdedores; la lucha jurisdiccional, siempre; pero la defensa de derechos desde el *ombudsman* no, porque toma la precaución de buscar el mejor resultado posible para el ciudadano sin afectar las instituciones; por el contrario, al hacer evidente los aspectos negativos de su funcionamiento y proponer cambios, las fortalece.

Como he sostenido, la acción de recomendar no es consejería al paso. Pero, ¿cómo entender una recomendación? ¿qué tipo de lenguaje es este que no ordena, como lo hace un juez, pero que tampoco quiere ser visto como un consejo bienintencionado y sin mayores consecuencias?

---

<sup>6</sup> En la práctica, los verbos que se han usado para recomendar se ampliaron a exhortar, instar, proponer, solicitar, formular, reiterar, destacar, ratificar, desestimar, invocar, reconocer, renovar. Con el tiempo, bajo el rótulo de recomendaciones proliferaron verbos específicos relativos a la acción propuesta, como garantizar, establecer, modificar, adoptar, implementar, evaluar, otorgar, incrementar, coordinar, adoptar, adaptar, capacitar, supervisar, difundir, desarrollar, etcétera. En el punto 3 analizo esta inconveniente profusión de verbos.

#### 4. EL LENGUAJE RECOMENDATORIO: UNA APROXIMACIÓN

Tema difícil. Un breve excurso por la filosofía del lenguaje nos puede ayudar. ¿De qué están hechas las recomendaciones? ¿Qué clase de acto realiza el *ombudsman* cuando recomienda? El segundo Wittgenstein ideó los llamados juegos del lenguaje para romper con la pretensión universalista de su primera filosofía. Se acercó a la pragmática del lenguaje para descubrir que los sentidos se construyen a través de juegos verbales que los humanos creamos en los múltiples despliegues de nuestras vidas. Entonces, hay un juego que llamamos administración de justicia, otro que llamamos mercado, otro, ficción literaria, etc. En ellos los participantes “jugamos” ateniéndonos a ciertas reglas y usos del lenguaje que hacen posible jugar *ad infinitum*. Uno de estos juegos es el de investigar-recomendar-defender que realiza el *ombudsman* en su relación con los ciudadanos y el Estado.

Esta idea potente y persuasiva desencadenó digresiones sofisticadas. John Austin (1991) y John Searle (1994) en *Cómo hacer cosas con palabras*<sup>7</sup> y *Actos de habla*, respectivamente, introdujeron al análisis del lenguaje la idea de que cuando hablamos o proferimos una oración, realizamos varias acciones: unas que describen algo con una cierta fuerza expositiva, oraciones o proposiciones de las que se puede decir que son verdaderas o falsas y a las que Austin llama *locucionarias* (se usan verbos como afirmar, descubrir, testimoniar). Un ejemplo de ello son las conclusiones a las que llega la Defensoría del Pueblo como consecuencia de sus investigaciones. Los informes defensoriales, como se sabe, contienen afirmaciones derivadas de “hallazgos”, de hipótesis comprobadas, o de interpretaciones normativas fundamentadas. Su valor de verdad está determinado por la solvencia de los medios utilizados en cada aspecto de la investigación, la fuerza comprobatoria de los elementos recogidos, la solidez de los argumentos, la interpretación correcta y atinente de las normas jurídicas, básicamente. Son, por consiguiente, enunciados con un valor *veritativo*. Y su lugar en el proceso de defensa es que constituyen la base empírica de las

<sup>7</sup> Según Austin (1991):

En primer lugar, distinguimos un grupo de cosas que hacemos al decir algo. Las agrupamos expresando que realizamos un acto locucionario, acto que en forma aproximada equivale a expresar cierta oración con un cierto sentido y referencia, lo que a su vez es aproximadamente equivalente al ‘significado’ en el sentido tradicional. En segundo lugar, dijimos que también realizamos actos ilocucionarios, tales como informar, ordenar, advertir, comprometernos, etc., esto es, actos que tienen una cierta fuerza (convencional). En tercer lugar, también realizamos actos perlocucionarios; los que producimos o logramos porque decimos algo, tales como convencer, persuadir, disuadir, e incluso, digamos, sorprender o confundir. (p. 153)

recomendaciones<sup>8</sup>. Estas no se derivan en sentido lógico de las conclusiones, pero sí en sentido epistemológico, al apoyarse en sus fundamentos.

Más propio de la naturaleza de las recomendaciones es el acto de habla que Austin llama *ilocucionario*. Este tipo de proferencia expresa una actitud del hablante hacia la idea enunciada<sup>9</sup>, persigue un propósito, tiene lo que llama una “fuerza ilocucionaria” que marca la intención y el objetivo de su realización. Aunque expresar una orden y expresar una recomendación tengan una distinta fuerza ilocucionaria, ambas pertenecen al mismo tipo de proferencia que busca producir un cambio<sup>10</sup>; o sea que la realidad se ajuste a la orden o a la recomendación. “El modo de consecución” (una de las siete dimensiones de la fuerza ilocucionaria) es fundamental en la forma en que se alcanza este objetivo dado que la fuerza ilocucionaria de una recomendación radica en la racionalidad de la medida propuesta para resolver un problema (restitución del derecho a la libertad personal, recepción oportuna de una denuncia, devolución del cobro irregular de una tasa municipal, cumplimiento de una obligación señalada en un estudio de impacto ambiental, etc.). También en la fundamentación de que viene precedida, en la autoridad del defensor del pueblo para emitirla, en la sinceridad con que es planteada, etc.

Es necesario anotar que el fundamento de las conclusiones es el antecedente que sostiene la recomendación, pero esta a su vez requiere de su propia fundamentación. No es lo mismo fundamentar un enunciado en términos de verdad o falsedad que fundamentar una recomendación que deberá hacerse con sentido teleológico, considerando los fines que se persiguen en el caso particular (que cese una detención arbitraria, que se le devuelva al ciudadano una suma de dinero indebidamente cobrada, que se dote de medicinas a un

<sup>8</sup> Por ejemplo, en el informe defensorial N° 156, *Violencia en los conflictos sociales*, la conclusión 11 señala que “(...) no existen normas que desarrollen de forma específica el marco normativo del DIDH para el uso de la fuerza en las tareas operativas concretas de restablecimiento del orden interno (...)” (Defensoría del Pueblo, 2012, p. 129). A partir de esta conclusión recomienda “[a] probar una ley que desarrolle los medios y métodos que puede emplear la PNP para el uso de la fuerza y armas de fuego (...)” (p. 132). No todas las conclusiones dan lugar a recomendaciones, pero no puede haber recomendaciones sin conclusiones.

<sup>9</sup> Searle (1994) incluye el verbo “recomendar” como uno de tipo ilocutivo directivo, es decir, verbos con los que se trata de hacer algo.

<sup>10</sup> Searle y Vanderveken (1985, como se citó en Bernal, 2009) en *Foundations of Illocutionary Logic* ejemplifican de esta manera: “si le *pido* a alguien que haga algo, mi intento es menos fuerte que si yo le *insisto* en que lo haga”. “Tanto suplicar y ordenar son más fuertes que pedir, pero la mayor fortaleza deriva de la intensidad del derecho expresado, mientras la mayor fortaleza de ordenar deriva del hecho de que el hablante ejerce una posición de poder o autoridad que tenga sobre el oyente” (Searle y Vanderveken, 1985, como se citó en Bernal, 2009).

centro de salud, etc.). La fundamentación de la recomendación se hará en términos de eficacia, pertinencia, oportunidad, eticidad, legalidad. No basta con enunciarla, hay que demostrar por qué esta recomendación en particular y no otra es la que corresponde seguir para resolver el problema.

Verificar un hecho violatorio de un derecho tiene una metodología determinada que de cumplirse no originará mayores dudas sobre la conclusión a la que se llegue. No ocurre lo mismo con las recomendaciones pues estas se sostienen en lo que la Defensoría del Pueblo considera que se debe hacer<sup>11</sup>. En ocasiones no habrá duda sobre recomendar A o B, pero en otras, se barajarán alternativas, especialmente si se trata de recomendaciones dirigidas a mejorar políticas públicas. Entonces, la Defensoría del Pueblo deberá fundamentar por qué propone esta o aquella recomendación y no solo enunciarlas como una especie de consecuencia obvia de las conclusiones.

Austin incluye un tercer acto de habla al que denomina *perlocucionario*, y es el que busca producir en nuestro interlocutor un efecto determinado<sup>12</sup>. Si la Defensoría del Pueblo recomienda, lo que pretende es que la entidad estatal realice lo que se ha recomendado, algo que puede ocurrir o no. Si ocurre y la recomendación se cumple<sup>13</sup>, se *performa* la realidad en el sentido propuesto. Si no se cumple, la Defensoría del Pueblo queda comprometida con su recomendación, es decir se *performa* la realidad de la propia Defensoría del Pueblo para proseguir con la defensa. En tanto la recomendación no sea cumplida, se

<sup>11</sup> Según Searle (1994):

Cualquier justificación que un hablante pueda dar a uno de sus enunciados evaluativos incluye esencialmente algún tipo de apelación a las actitudes que mantiene, a los criterios de valoración que ha adoptado, o a los principios morales mediante los cuales ha elegido vivir y juzgar a las demás personas. (p. 186)

<sup>12</sup> Searle (1994) señala:

Por ejemplo, mediante una argumentación yo puedo *persuadir o convencer* a alguien, al *aconsejarle* puedo *asustarle* .o *alarmarle*, al hacer una petición puedo *lograr que él haga algo*, al informarle puedo *convencerle (instruirle, elevarle-espiritualmente—, inspirarle, lograr que se dé cuenta)*. Las expresiones en cursiva denotan actos perlocucionarios. (p. 34)

<sup>13</sup> En la Defensoría del Pueblo del Perú se suele utilizar el verbo “acoger” para referirse a la respuesta positiva frente a la recomendación. Creo que no hay inconveniente en utilizar “cumplir” (este verbo incluye acoger, adoptar medidas, ejecutarlas), porque han sido elaboradas para eso, para su cumplimiento. Al igual que las promesas, los compromisos y los acuerdos, las recomendaciones también se cumplen. Lo mismo que las órdenes, pero estas sobre todo se acatan. En el verbo “cumplir” hay una pausa deliberativa acorde con la lógica de recomendar.

continúa afectando los derechos de las personas, a menos que la autoridad tome una decisión satisfactoria distinta<sup>14</sup>.

Hay que considerar que,

Interpretar correctamente un acto de habla consiste en descubrir su sentido. Una parte de su sentido-a saber, su significado- nos es directamente accesible, con solo dominar la lengua en la que el acto de habla se produce. Otras partes del sentido del acto de habla son a veces menos accesibles (Mosterín, 1978,1987, p. 195).

Y lo son porque hay que descifrar la intención que persiguen. En la vida diaria intentamos con cierta frecuencia ir más allá del significado de las palabras y de la fuerza con que se expresan, tratando de capturar la verdadera pretensión, lo que se busca, ¿convencer, embaucar, divertir? En este caso, el hablante es la Defensoría del Pueblo, lo que simplifica las cosas, dado que sus intenciones están cantadas de antemano por su mandato constitucional. Pero si un *ombudsman* equis carece de prestigio o no es tomado en serio por las demás entidades estatales o por los ciudadanos, entonces será admisible pensar que el acto de recomendar sea solo protocolar, o publicitario, o simulado.

¿Por qué es importante esta digresión? Porque las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo no se *tienen* que cumplir como una sentencia judicial, pero se *deben* cumplir porque transmiten una propuesta considerada adecuada para resolver el problema, y expresan la voluntad de defensa de derechos de una institución creada en la Constitución con ese fin. Y porque se debe entender que el verbo recomendar<sup>15</sup> se usa en actos de habla que presuponen un desacuerdo de la Defensoría del Pueblo con la actuación del Estado (de la que se ha dado cuenta justificada en las conclusiones de la investigación), por lo que propone un cambio en un sentido que considera correcto<sup>16</sup>, sustentado en derechos, y en otros valores de la administración, la política y la ética.

<sup>14</sup> Austin (1991) usó los términos “afortunado” o “desafortunado”, en el sentido de si tuvo o no la fortuna de realizarse.

<sup>15</sup> O cualquier otro que, dentro de las cinco formas de clasificar los verbos, Austin (1991), les denomina “ejercitativos” porque consisten en ejercer potestades, derechos, influencias. “Por ejemplo, designar, votar, ordenar, instar, aconsejar, prevenir, etcétera” (Austin, 1991, p. 199). Pero, recomendar desde la Defensoría del Pueblo también supone comprometerse, asumir una actitud, argumentar e interpretar hechos, otros verbos que completan la comprensión del acto de habla.

<sup>16</sup> Como dice Austin (1991), “(...) si, sobre la base de los hechos, del conocimiento de ellos y del propósito que nos guio al hablar, etc., lo que dijimos fue lo que correspondía decir” (p. 192).

Se da por descontado que el destinatario es legalmente un receptor de recomendaciones de la Defensoría del Pueblo, está obligado a considerarlas y considerar los derechos de los ciudadanos; y que el mensaje tiene una fuerza institucional fincada en la Constitución, las leyes, los tratados, entre otros; y que existe una expectativa de cumplimiento y protección de derechos. Por eso se debe tener claro los actos de habla del proceso de defensa de derechos para justificarlos y para comprometerse con ellos.

La función de la recomendación es proponer algo que se considera “adecuado”, “bueno”, “correcto”, “justo”. Si bien se basa en los enunciados descriptivos de las conclusiones obtenidas en la investigación, como se tiene dicho, no se derivan de ellos en sentido lógico<sup>17</sup>. El *ombudsman* (ni ningún hablante) no infiere las recomendaciones a partir de las conclusiones, sino que las construyen y las proponen dentro de los límites legales, aunque podría ir más allá de ellos cuando advierta un efecto manifiestamente injusto de la ley o las resoluciones.

¿Es válido usar el verbo “recomendar” o el sustantivo “recomendaciones” como conceptos genéricos que englobarían a “advertir”, “recordar”, “sugerir”, y sus correspondientes sustantivos? Yo sostengo que sí. ¿Es válido incluir también verbos como “exhortar”, “invocar” o “instar”? Creo que se han ganado un lugar. A continuación, me referiré solo a los señalados por el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Perú. Reconozco que hay otros verbos, como los mencionados, cuyo uso se justifica, pero a lo largo de los años, numerosos verbos han proliferado haciendo perder precisión y fuerza al lenguaje recomendatorio<sup>18 19</sup>.

En el lenguaje corriente se usa “recomendar” para pedir se atienda de manera especial a alguien: “Lo recomiendo porque es un buen profesional” o más directamente, “X viene recomendado por Z”. Distinto a “es un poco

<sup>17</sup> “Los enunciados evaluativos deben diferir de los enunciados descriptivos para que puedan llevar a cabo su tarea, puesto que si fuesen objetivos no podrían desempeñar la función de evaluar” (Searle, 1994, pp. 186-187).

<sup>18</sup> Guillermo Escobar (2008) dice:

Téngase en cuenta que la diferenciación entre el contenido de los distintos tipos de resoluciones no es tajante. A nuestro juicio, algunos contenidos podrían haber encontrado mejor acomodo en otro tipo de resolución. En todo caso, la cuestión no resulta de especial trascendencia práctica, pues los efectos de todas las resoluciones son los mismos. (p. 42)

<sup>19</sup> Francisco Fernández Segado (2001) dice, “(...) el conjunto de estas resoluciones puede reconducirse a la más amplia figura de la Recomendación, que de alguna manera puede englobar en su contenido advertencias, recordatorios y sugerencias” (p. 300).

distraído por favor se lo recomiendo” (en el sentido de “se lo encargo”). O para transmitir un consejo: “te recomiendo que con tu jefe vayas con cautela”; o “lo recomendable es dialogar con todos”. En cualquiera de estas expresiones de la vida diaria identificamos elementos comunes: (i) se habla acerca de una situación futura en la que se pretende influir; (ii) las expresiones llevan implícitas una propuesta de lo que se debería hacer; (iii) el que debe realizar la acción no es el hablante si no ese otro al que se dirige; (iv) tiene una fuerza expresiva que varía en determinación: poner una opción sobre la mesa, ejercer influencia, o transmitir una intención de realización inminente.

De entre ellos, el elemento central es “la propuesta”, o la acción de proponer, porque es la que conecta a los interlocutores para la realización de una finalidad determinada. Proponer desde la Defensoría del Pueblo es comunicar un mensaje institucional que contiene una fórmula de resolución de un problema sustentada en razones y que busca persuasivamente obtener un compromiso de cambio positivo de modo que los derechos de las personas sean protegidos y garantizados. Al hacerlo la Defensoría del Pueblo reconoce que no tiene competencias para proteger<sup>20</sup> esos derechos directamente, pero que la institución destinataria de la recomendación sí las tiene.

Las investigaciones de la Defensoría del Pueblo son crítico-propositivas, y el lenguaje recomendatorio es lenguaje para la acción en la medida que es propositivo. Y, desde luego, se crea una expectativa de cambio que, por estar referida a derechos, debe ser de realización pronta. Entonces, cuando se usa “advertir”, para decir por ejemplo que:

Se resuelve: Artículo Primero.- ADVERTIR A LA Oficina Registral de Lima y Callao y a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos que el cobro del impuesto creado por el Decreto Ley N° 11240, carece de sustento legal, pues el mismo ha sido derogado por el Decreto Ley N° 25988, ratificado por el Decreto Legislativo N° 771 y, DESTACAR LAS RESPONSABILIDADES PENALES

<sup>20</sup> Luque (2003):

Creo que el análisis lingüístico puede soportar el siguiente matiz significativo: “protege” aquella institución que por sí misma reconoce derechos y los hace valer mediante sus propias decisiones. La protección empieza y termina en sus procedimientos, en sus atribuciones y facultades. En esta medida, “proteger” es distinto a “defender”. [...] En un sentido genérico “protección” puede ser “defensa”, pero si observamos de cerca las tareas de la defensa nos daremos cuenta que no satisfacen totalmente las exigencias de protección. Si la recomendación del ombudsman no surte efecto, la persona afectada en sus derecho seguirá realmente desprotegida, lo cual no quiere decir que no esté defendida. (p. 113).

Y ADMINISTRATIVAS QUE DE ÉL PUEDEN DERIVARSE. (Defensoría del Pueblo, 1998a)

Lo que se está haciendo es llamar la atención sobre la aplicación ilegal de una norma, que no es otra cosa que “recomendar” que se ciña al ordenamiento legal, respete a los ciudadanos afectados y cumpla con los deberes de la función pública. Hacer notar una ilegalidad tiene, además, un sentido de urgencia que es propio de las advertencias pues lo que se busca es que el funcionario se percate de su propia conducta. La Defensoría del Pueblo le “propone” volver al carril de la legalidad.

Algo semejante ocurre con los “recordatorios”, que tienen como propósito que la entidad recomendada tenga presente alguna norma, principio o política pública, indispensables para la comprensión de la materia y de la función que realiza. En varias resoluciones la Defensoría del Pueblo vio la necesidad de:

RECORDAR a todos los funcionarios públicos destinatarios de la presente Resolución Defensorial que, conforme al artículo 44° de la Constitución Política del Estado, cumplan con su deber primordial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y pongan en práctica las siguientes recomendaciones. (Defensoría del Pueblo, 2000a)

Recordarle a la autoridad un artículo clave de la Constitución, implica dirigirle un mensaje claro de preocupación por el posible olvido de un principio fundamental sin el cual no sería posible tomar decisiones sobre la gravísima situación de los desaparecidos. Recordarle este artículo es recomendarle que lo ponga en el centro de la formación de sus decisiones por tratarse de un deber legal.

Las “sugerencias” tienen una finalidad más acotada, están en la lógica de producir una acción concreta que mejore los procesos, las capacidades, o se enmiende la conducta funcional. Este es un ejemplo de su uso:

Artículo Tercero.- SUGERIR al Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana, creado por la Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, que al establecer las políticas y el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana, promueva la discusión pública de los lineamientos para una ley marco que regule las medidas de seguridad que se pueden adoptar sobre las vías públicas (Defensoría del Pueblo, 2004).

La recomendación en este caso contiene una propuesta específica de debate público de un instrumento legal.

Finalmente, podríamos incluir aquí un tipo de recomendación que viene en forma de solicitud. Se diferencian por ciertos matices. “Exhortar” comparte

con “instar” un cierto dramatismo en el mensaje, en el que se apela a la consciencia, a la responsabilidad para la ejecución del acto esperado. Por ejemplo:

1. Al Jurado Nacional de Elecciones: a. Se le EXHORTA a extremar el cuidado en la fiscalización de la legalidad del proceso electoral, tanto en lo que respecta al deber general de no aprovechar la función pública para favorecer o perjudicar candidatos o agrupaciones políticas, como específicamente en lo que atañe a la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre los funcionarios públicos que postulen a cargos de elección popular. (Defensoría del Pueblo, 2000b, p. 360)

“Instar” contiene más apremio que “exhortar”, transmite la urgencia de la realización de un acto y está más dirigido a la persona del funcionario, como en esta recomendación:

Artículo Cuarto.- INSTAR a la Ministra de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano a que continúe apoyando la rehabilitación de la señora Leonor La Rosa Bustamante, previendo para tal efecto la cobertura de los costos que se deriven del tratamiento médico. (Defensoría del Pueblo, 1998b)

“Instar” en el contexto del discurso defensorial es también una propuesta de conducta apropiada o correcta.

En el caso de “invocar”, hay un matiz suplicatorio en el mensaje, una especie de ruego digno que se hace dada la gravedad del hecho y el título que ostenta el destinatario. Veamos:

Artículo Tercero.- RECONOCER la decisión política del señor Presidente de la República para conceder hasta el momento, el indulto y el derecho de gracia a favor de 483 personas e INVOCAR a su Alta Investidura para que en uso de sus prerrogativas constitucionales, acoja las 54 recomendaciones formuladas por la Comisión Ad-hoc que aún se encuentran pendientes ante su Despacho. (Defensoría del Pueblo, 2020c)

La autoridad no está obligada a hacerlo, de ahí el tono de la propuesta; pero, al igual que con las anteriores recomendaciones, en la invocación el defensor del pueblo le propone al presidente hacer justicia con estas personas.

## **5. EL SUJETO QUE ENUNCIA Y EL SISTEMA QUE LO SOSTIENE: LA BASE ÉTICA DE LA RECOMENDACIÓN**

Hay verdades que logran independizarse de las personas que las enuncian y valer por sí mismas. En la comunidad científica, si bien el prestigio cuenta inicialmente, enseguida las investigaciones se defienden solas. Pero hay otras verdades que se proyectan hacia la sociedad y que demandan un respaldo mo-

ral, un autor, portavoz, representante, titular que compromete su reputación en cada extremo de lo que se sostiene. Su “valor” no es solo cognoscitivo, es también moral. Por eso se habla de credibilidad y de autoridad. La verdad se sostiene en su propia racionalidad, pero también en la persona o la institución que la profiere. La gente sabe que “en boca del mentiroso lo cierto se hace dudoso”.

Este es el doble valor en el que se apoyan los pronunciamientos del defensor del pueblo. El del conocimiento y el de la ética. La *auctóritas* tiene una dimensión personal que descansa en las cualidades del *ombudsman*, y una dimensión más permanente atribuible a la historia y posicionamiento de la institución en el decurso social y político de un país, de la que son responsables los equipos que trabajan en ella. Nada en el Estado empieza y termina en una persona. En cualquier caso, en ningún acto resalta más la *auctóritas* que cuando sienta posición sobre un problema y formula recomendaciones. Es el momento en que aquello que dice viene avalado por lo que es; en el que el peso de las trayectorias apuntala el valor de verdad y veracidad de lo que se sostiene y recomienda. Aquí radica la fuerza moral e intelectual de las recomendaciones.

¿Es un oficio fácil el de recomendar? En la historia de la humanidad recomienda aquel cuya sabiduría le permite ver más allá de las pasiones, de las reglas vigentes, de los poderes imperantes. Solo alguien que pone los grandes principios y el bien de todos por delante puede o debe recomendar. La sabiduría de la Defensoría del Pueblo está en la ética de los derechos humanos, en el realismo con que interpreta los hechos, en su cercanía con los ciudadanos y ciudadanas, en la búsqueda de la respuesta justa incluso más allá de la ley, y en una autonomía hecha a prueba de balas. Hay una estructura moral que sostiene esta institución, pero no se piense por ello que las recomendaciones que emite son enunciados morales o moralizadores, llamados a la consciencia del funcionario para que reflexione y enderece sus pasos. Nada más distante de la idea del *ombudsman* o por lo menos de mi idea<sup>21</sup>.

De todas maneras, esta caracterización del *ombudsman* suena persuasiva y nos haría bien a todos, en los distintos planos de nuestras vidas, tener a la mano alguien que nos allane el camino. Pero, ¿qué es lo que justifica su inclusión en el ordenamiento jurídico? Veamos:

---

<sup>21</sup> En el Perú, el “apoyo moral” se interpreta como un gesto protocolar que denota que por ahora no hay nada efectivo que se pueda hacer por la persona. Estoy contigo, pero a la distancia.

## I. Justificación ética:

Hay una racionalidad centrada en la idea de dignidad que busca darle a la Constitución<sup>22</sup>, al Estado de Derecho, a la democracia un sentido, un eje indiscutible. Es la persona humana y no las estructuras de poder la razón última de este esfuerzo organizador de la sociedad. Y su instrumento es la defensa, todas las formas de defensa, y entre ellas una diseñada *ex profeso* para ello, la defensa que recomienda. No es la defensa que solo argumenta, que solo alega, o que patrocina a alguien, o que acusa, es la defensa que propone salidas a los problemas

## II. Justificación pragmática:

Los ciudadanos, pese a tener derechos y garantías, no están en condiciones de enfrentar burocracias aparatosas y displicentes que a menudo los menosprecian. Ese ciudadano necesita un aliado que lo fortalezca y que libre batallas en su nombre, sin grandes recaudos, ni morosidades. Una institución preocupada ante todo por el nudo, la valla, el riesgo, la amenaza, etc. que afligen a las personas.

## III. Justificación jurídica:

La búsqueda de salidas prácticas no puede estar reñida con la ley; en este sentido, la Defensoría del Pueblo reafirma el principio de legalidad, y contribuye a la consolidación del sistema jurídico. Esto no limita su capacidad crítica de leyes y resoluciones injustas<sup>23</sup>.

## IV. Justificación política:

El *ombudsman* agrega una cuota de control del poder desde la perspectiva y experiencia de los ciudadanos en su relación con el Estado. Demostrar la violación de un derecho es poner un límite claro al uso del poder; y decir cómo restituirlo, cómo enmendar la decisión o el diseño de una política, es comprometerse con la legitimación continua del sistema político.

<sup>22</sup> Es interesante anotar que el artículo 1 de la Constitución peruana (1993) usa la expresión “La *defensa* de la persona humana...”, recuperando la acción básica e histórica de intervenir para proteger a alguien, involucrándonos a todos. La Constitución le encarga los derechos humanos tanto al Estado como a la sociedad. No dice, “La *protección* de la persona humana...”, porque protege solo el que tiene capacidad legal para resolver. Habría que valorar más que el concepto de defensa esté enunciado desde el artículo 1.

<sup>23</sup> El artículo 25 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, dada por el Congreso de la República (1995), señala que el Defensor del Pueblo se puede pronunciar en los casos en los que el cumplimiento riguroso de una norma legal o de lo resuelto en un procedimiento administrativo pueden generar consecuencias injustas o perjudiciales para los administrados. Una tensión entre justicia y ley, justicia y administración de justicia.

## 6. EL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LAS RECOMENDACIONES

Tema confuso e impactado por el prestigio de la fuerza. Vayamos directamente a la pregunta que nos ayudará a tomar sana distancia de los predios jurisdiccionales, ¿las investigaciones que realiza la Defensoría del Pueblo cuando recibe quejas o actúa de oficio, pueden ser consideradas como “procesos” o “procedimientos” a los que aplicar las reglas de lo jurisdiccional?

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano (2012) ha señalado:

En cuanto a la interpretación y aplicación del artículo mencionado de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, ha precisado que “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”, es decir, que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana” (Exp. N° 01592-2012-PA/TC, fundamento 6).

El extracto de la sentencia es bastante explícito. Investigaciones como las de la Defensoría del Pueblo no se guían por las reglas del proceso<sup>24</sup>, en el sentido señalado. ¿Por qué?, pues porque son investigaciones unilaterales, en las que se pone en conocimiento de la autoridad quejada el contenido de la queja, pero no en vía de “traslado” como si se tratara de una demanda sino con el objeto de recoger su posición, un insumo básico para el conocimiento del problema. Así lo señala, además, el artículo 21 de la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo del Perú<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Fernández Segado (2001) señala que “[e]llo se traduce en que sus Resoluciones carecen de fuerza vinculante desde el punto de vista jurídico. Como señala Pérez-Ugena, el Defensor carece de la facultad de «coertio» consustancial a cualquier órgano jurisdiccional” (p. 299).

<sup>25</sup> La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, dada por el Congreso de la República (1995), señala: Admitida a trámite la queja, el Defensor del Pueblo procederá a su investigación en forma sumaria para el esclarecimiento de los hechos señalados en la misma efectuando las diligencias y solicitando la documentación que considere conveniente. Se extenderá actas de las declaraciones y diligencias que se efectúen (art. 21).

Y en el tercer párrafo,

En defecto de la acción inmediata a que se contrae el párrafo anterior, dará cuenta del contenido sustancial de la queja al organismo de la administración estatal correspondiente para que dentro del plazo máximo de treinta (30) días calendario remita informe escrito (art. 21).

En suma, la investigación de la Defensoría del Pueblo no se atiene a los principios de contradicción o de audiencia bilateral, es decir, no hay propiamente partes, y la dinámica de la investigación no está impulsada por los cargos y descargos del ciudadano y la autoridad, como ocurre en las etapas probatorias del proceso; no se necesita abogado defensor, y tampoco hay una resolución que impugnar<sup>26</sup>. Lo que hay es búsqueda de información, análisis de los hechos presuntamente vulneratorios de los derechos, con la finalidad de elaborar un pronunciamiento que fija una posición frente al hecho quejado o frente a la problemática investigada, sobre cuya base se propone una solución, enunciada en lenguaje recomendatorio. La legalidad y garantías de su investigación no son las del debido proceso en los campos jurisdiccionales sino las que su propia ley orgánica establece<sup>27</sup>.

De modo que el impulso de la investigación proviene de la obligación de defender derechos guiada por principios de intermediación, discrecionalidad, sumariedad, cooperación, imparcialidad. Reitero entonces que no hay proceso, no hay jurisdicción<sup>28</sup> y la recomendación no es el resultado final de la defensa del derecho sino el inicio. No obstante, el peso de la tradición jurisdiccional produce en la Defensoría del Pueblo el malentendido de que el “procedimiento” ha concluido con la recomendación cuando lo que en verdad se hace con ella es sentar un hito en la defensa, como lo explicaré más adelante. Lo que tenemos es una investigación del defensor no ante el defensor.

Definir al *ombudsman* como no jurisdiccional o cuasi jurisdiccional es un ejercicio insustancial y descaminado. Confusión en la que algunos insisten. No

<sup>26</sup> Víctor Fairén Guillén (1982) tiene una posición distinta, sostiene que “En el procedimiento ante el ombudsman deben respetarse los principios básicos del proceso; contradicción, igualdad de los interesados; competencia del ombudsman o del funcionario a quien este pueda delegar para ciertas actividades según lo que ordene la ley orgánica...” (p. 515).

<sup>27</sup> Fernández Segado sostiene:

El carácter llamémosle «informal» de la investigación no obsta para que la Ley precise algunas reglas procedimentales mínimas que, como bien dice PÉREZ CALVO, tienden a proporcionar unas ciertas garantías en relación con la Administración y sus funcionarios, con los propios peticionarios o con la investigación misma. (p. 291)

<sup>28</sup> Víctor Fairén Guillén (1992) dice al respecto:

La “autoridad” de la jurisdicción, se manifiesta en sus elementos integrantes, con caracteres de imperium de “mando”: su potestad se diversifica en las de “conocer” y “sentenciar” (notio y iudicium); en la de “ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado” —aquí es donde mejor puede manifestarse la nota de “coerción” clásica del imperium; y en la de adoptar medidas para asegurar el “conocimiento”, y la “sentencia” y su “ejecución” —medidas cautelares—. (p. 104).

se necesita del paradigma de lo jurisdiccional para tener una identidad propia y respetable. Además, la Defensoría del Pueblo no pertenece al sistema de justicia, lo supervisa desde su propia perspectiva y con sus propios recursos. Es una institución de la justicia y para la justicia, no de la administración de justicia. Las sentencias de los jueces en algún momento “causan estado”, en cambio la defensa continúa en tanto se considere que el derecho sigue siendo violado. La defensa en el sentido más amplio del término solo cesa cuando el *ombudsman* quede convencido de que el derecho de esta o aquella persona está protegido. La defensa nunca muere.

Pero, ¿qué se quiere decir cuando se usa la expresión “carácter vinculante”? No es otra cosa que atribuir a ciertas decisiones una cualidad imperativa y una obligatoriedad en su cumplimiento o acatamiento<sup>29</sup>. O, por defecto, las recomendaciones “(...) no podrán por sí mismas anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia” (Natarén, 2005, p. 138). De esto no queda duda<sup>30</sup>. Como tampoco debería haber duda sobre el valor jurídico de las recomendaciones. Falta saber si la no obligatoriedad sume a las recomendaciones del defensor del pueblo en la irrelevancia como algunos parecieran entenderlo. No es ni debe ser así, pero esto hay que explicarlo.

Distingamos: una cosa es el cumplimiento de las recomendaciones, y otra el cumplimiento de la norma constitucional o legal que regula la figura del *ombudsman* peruano. Lo primero ya quedó claro, pero lo segundo no. Si vemos al Estado de Derecho como un sistema estructurado sobre la base

<sup>29</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también emite recomendaciones, y la polémica sobre su obligatoriedad es ardua. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1995) ha sido enfática en el caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia:

A juicio de la Corte, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. (Serie C No. 22, párrafo 67)

<sup>30</sup> Se suele decir que las recomendaciones poseen “vinculatoriedad moral”, “efectos jurídicos innegables”, que son “intrínsecamente ejecutables”, “con efectos vinculantes indirectos”. Demasiados eufemismos y requiebros para intentar “salvar el honor” de las recomendaciones. Nada de eso hace falta. La cuestión es cómo hacer para que algo que no es vinculante pueda surtir efectos jurídicos positivos frente a los problemas.

de principios, normas sustantivas, procedimentales, y referencias obtenidas de la práctica constitucional, judicial, administrativa o la política nacional y supranacional<sup>31</sup>, legitimado permanentemente por la sociedad (aunque lo cuestione), entonces no se puede negar, minimizar o distorsionar la finalidad de cada una de las instituciones que forman parte de él. El Estado de Derecho ha sido diseñado para ceñirnos a su estructura, y la Defensoría del Pueblo es parte de ella.

Una institución que defiende derechos se apoya en aquello que el sistema le provee en su Constitución: un catálogo de derechos enunciados, que están allí para cumplirse, unos inmediatamente, otros progresivamente (no hay nada declarativo en un Estado de derecho, en el sentido ornamental del término); y aunque parezca obvio decirlo el solo hecho de que los derechos estén enunciados en normas los hace de obligatorio cumplimiento; por ende, la institución que los defiende no está trabajando con deseos, ilusiones o caprichos sino con normas sancionadas y vigentes. Los derechos fundamentales comprometen a todos las entidades públicas, pero ese compromiso no es el mismo tratándose de las recomendaciones. Con la Defensoría del Pueblo, se genera una tensión porque sus decisiones pueden no ser compartidas. Derechos y recomendaciones, obviamente, no tienen la misma naturaleza. Las recomendaciones implican una lectura de los derechos, pero esta no tiene que ser la única, aunque sí se le debe reconocer el valor de la especialidad y la autoridad.

En la otra orilla, están los deberes del Estado, de los funcionarios públicos y de los propios ciudadanos. El artículo 44° de la Constitución (que junto al artículo 1° sobre la dignidad de la persona humana son las premisas mayores del sistema) señala los deberes primordiales del Estado, entre ellos el de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”. Sea el gobierno nacional o el distrital, están obligados a tomar decisiones y ejecutar políticas teniendo presente la realización de los derechos humanos. Y, además, porque todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, de acuerdo al artículo 39° de la Constitución. Los destinatarios de esos servicios son los ciudadanos. Así se cierra el círculo de la relación Estado-sociedad.

---

<sup>31</sup> En la Resolución 63/69 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2009), *El papel de los ombudsmen, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de derechos humanos*, la Asamblea alienta a los Estados Miembros a,

b) Prestar seria consideración a la aplicación de las recomendaciones y propuestas de los *ombudsmen*, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos, a fin de atender las reclamaciones de los denunciantes, conforme a los principios de justicia, igualdad y estado de derecho” (numeral 2, inciso b).

De modo que cuando el defensor del pueblo se dirige a un funcionario municipal para recomendarle que cumpla con su obligación de entregar la partida de nacimiento que un ciudadano le está solicitando, o al juez para que notifique adecuadamente al demandado, o al policía para que le reciba la denuncia a una mujer amenazada, lo hace como parte de un sistema cuyas piezas se engranan unas con otras, y cuya acción tiene una finalidad legitimada por el funcionamiento integral del sistema.

Como todo sistema, vale recordarlo, está hecho de piezas interdependientes, relaciones y flujos que se retroalimentan para autosostenerse y refrescarse de continuo. Justamente, la Defensoría del Pueblo es una institución creada para hacer eso, defender derechos, y cualquier acto que lo escamotee o so-cave, contradice frontalmente el sistema<sup>32</sup>. Pensar que se puede ignorar a la Defensoría del Pueblo y que eso no genera consecuencias es no entender cómo funciona un Estado de Derecho.

Pero, vamos a una interpretación más restringida del carácter vinculante de las normas de la Defensoría del Pueblo. Hay dos obligaciones de los funcionarios públicos que son decisivas: la obligación de colaborar con información, que es lo que garantiza las investigaciones; y, la obligación de responder respecto de las recomendaciones recibidas. Concentrémonos en esta última, establecida en el artículo 26 de la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo del Perú:

El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, puede formular a las autoridades, funcionarios y servidores de la administración pública advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, las autoridades, funcionarios y servidores están obligados a responder por escrito en el plazo improrrogable de 30 días. Si como consecuencia de las recomendaciones, no se adoptase una medida adecuada o la entidad administrativa no informase a la Defensoría del Pueblo sobre las razones para no adoptarla, este último podrá poner los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas en conocimiento del Ministerio del Sector o de la máxima autoridad de la respectiva institución y, cuando corresponda, de la Contraloría General de la República.

En ocasiones la Defensoría del Pueblo emite recomendaciones un tanto generales y espera que la entidad pública adopte la medida específica. En otras, las recomendaciones incluyen medidas específicas. En ambos casos

---

<sup>32</sup> Un sistema que se extiende a los instrumentos internacionales cuya suscripción por el Estado peruano lo obligan a su cumplimiento.

la autoridad no se puede sustraer a la obligación de responder sobre la recomendación para señalar que la acepta o acoge parcial o totalmente y que ha dispuesto la ejecución de tal o cual medida que permitirá superar la afectación del derecho. Una primera conclusión es que si hablamos de “vinculación” la norma explícitamente señala la obligación de responderle a la Defensoría del Pueblo. Y si este aspecto es vinculante, entonces, su incumplimiento genera consecuencias legales, algunas dentro de la propia entidad y otras a partir de la intervención de otras entidades (Contraloría General de la República, Congreso de la República, Poder Judicial). También puede generar consecuencias políticas, porque una negativa de esta magnitud puede o debe tener repercusiones públicas.

La segunda conclusión es que la autoridad está obligada a exponer las razones de su negativa en caso no acoja la recomendación. No cabe un simple no, debe fundamentar legal, ética, política o técnicamente por qué no está conforme con las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo ¿considera que no ha habido afectación a ningún derecho? ¿la recomendación es inviable, desacertada, ilegal? Y como la autoridad le debe a la Defensoría del Pueblo y a los ciudadanos afectados una explicación que permita entender su posición, se debe abrir, entonces, un intercambio entre ambas instituciones de cara a examinar las razones expuestas y deliberar sobre la situación de los afectados. Pueden mantenerse en sus argumentos, pueden modificarlos, variar las recomendaciones o identificar medidas más apropiadas. A partir de ello, el tablero estará más claro para continuar con la defensa.

La tercera conclusión está referida a si se aceptan las recomendaciones. En caso de que fuere así, la entidad pública está obligada a señalar las medidas que va a tomar para corregir y superar la afectación a los derechos o la ejecución de políticas inconvenientes para la satisfacción de derechos. Dichas medidas deben ser parte de instrumentos legales que las hagan cumplibles de manera formal. No basta con señalar en el oficio de respuesta lo que se piensa hacer sino lo que se va a hacer y puede ser objeto de seguimiento y control, y eventualmente de alguna acción legal<sup>33</sup>. Considero que una recomendación

---

<sup>33</sup> Siguiendo a Guillermo Escobar (2010) podría decir que las recomendaciones están dirigidas a: a) cumplimiento de normas, actos (administrativos o de administración), o precedentes vinculantes: si la institución quejada cumplió, no hay nada que objetar ni proponer; b) incumplimiento de normas, actos o precedentes: puede ser por omisión negligente o dolosa; o una aplicación cuestionable por un problema de interpretación o de falta de fundamentación; c) ausencia de norma: el vacío es llenado con una solución inaceptable o insuficiente, o simplemente no se actúa, dejando sin solución el problema; d) norma defectuosa: la norma regula la materia

aceptada por la autoridad debe tener el estatus de vinculante y pasar a ser de cumplimiento obligatorio con todos los efectos legales. Pero quizá esto requiera una modificación normativa.

De acuerdo a la ley orgánica y al mandato constitucional, estos tres aspectos de las recomendaciones son vinculantes para toda autoridad y funcionario<sup>34</sup>. En relación a la recomendación misma, es verdad que la autoridad no se siente obligada, pero se siente descubierta, cuestionada y por ende impelida a dar una respuesta y a actuar con corrección. En la práctica, la Defensoría del Pueblo demuestra la vulneración del derecho y, eventualmente, la responsabilidad que el funcionario tiene en ello<sup>35</sup>; y, lo que debería ser una oportunidad para la autocorrección de la autoridad o para el diálogo, se ha convertido en nuestra práctica histórica en una relación un tanto errática, desvaída, sin la trascendencia que debería tener.

Debe saberse que una recomendación no es la estación final en la protección de derechos, es la palanca que busca mover la maquinaria del Estado para que cada entidad haga lo que le corresponde hacer. En ese trance, claro está, habrá resistencias de los que no estén convencidos de sus fundamentos, pero que de buena fe los discutirán. O los que busquen desacreditarlas con malas artes. O los que las ignoren pensando equivocadamente que la historia termina allí. Pero la defensa tiene variados recursos: diálogos persuasivos, negociaciones basadas en principios, formación de opinión pública, acciones judiciales o administrativas, etc. Y, sobre todo, tiene o debería tener la virtud de la persistencia, porque en el fondo la defensa de derechos está motivada por una irrenunciable idea de justicia.

Las recomendaciones no son fallos, no deben serlo, romperían-además del principio de exclusividad de la función judicial- la lógica de la defensa propositiva que es la característica medular del *ombudsman*.

---

de manera imperfecta o injusta. Las recomendaciones pueden proponer dar, hacer, no hacer, integrar, interpretar, legislar.

<sup>34</sup> México reformó en el 2011 el artículo 102 B e introdujo la obligación de la autoridad de fundamentar las negativas a las recomendaciones de las comisiones nacionales de derechos humanos. E incluso abrió la posibilidad de que quien no lo hiciera pudiera comparecer ante el órgano legislativo para explicar sus decisiones.

<sup>35</sup> Aunque el objetivo principal de su investigación no sea responsabilizar a alguien, es inevitable ligar el hecho violatorio a su autor.

## 7. CÓMO SE INTERPRETAN LAS RECOMENDACIONES

No todas las recomendaciones son iguales en cuanto al contenido. Hay recomendaciones resultado de la investigación de quejas<sup>36</sup> en las que se busca restituir, o reconocer, o reparar un derecho afectado. Aquí la investigación discurre dentro los linderos de una historia particular y por ende las recomendaciones son de una mayor urgencia y concreción. En estos casos se nota con más claridad la consecuencia que acarrea no responder o responder de cualquier manera a las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo.

En cambio, las recomendaciones dirigidas a modificar leyes, políticas públicas, formas de organización o gestión, enfoques, instrumentos, reglas técnicas, etc., requieren análisis, debate interno, externo, informes legales, técnicos, disponibilidad presupuestal, evaluación política. El plazo de treinta días puede resultar corto para entrar en detalles, pero, ciertamente, no lo es para evaluar su fundamento, pertinencia y viabilidad, y manifestar su disposición a acoger la recomendación y comprometerse a perfilar las medidas más adecuadas. Con ese compromiso, se puede pasar a una razonable y atenta espera. Lo que no se puede es aprovechar la amplitud del debate para enviar las recomendaciones a un limbo burocrático que, como habrán de adivinar, será su muerte.

Una medida interna razonable es graduar las recomendaciones según,

- a) Los derechos afectados en casos individualizables (investigaciones por quejas o por problemáticas más amplias, pero que incluyen casos individualizables). Aquí no cabe espera, hay que actuar con la máxima rapidez y contundencia posibles.
- b) Los derechos en riesgo en casos individualizables. Son situaciones que requieren ser prevenidas para evitar afectaciones. La exigencia del cumplimiento de la recomendación dependerá de la inminencia del riesgo (el daño que se puede causar y la posibilidad de que ocurra).
- c) Propuestas para el mejor goce de los derechos. Estas apuntan a los instrumentos de políticas ya mencionados. El objetivo es que la institución

<sup>36</sup> Según el informe anual 2018 de la Defensoría del Pueblo (2019) presentado al Congreso de la República, ingresaron 25 760 quejas, de las cuales se declararon fundadas 22 488 (87.3%), y se solucionaron 21 990 (97.7% de las recomendaciones se cumplió, aunque no hay un registro sistemático de la verificación). El problema se presenta sobre todo en las recomendaciones de mayor alcance. Las cifras según un balance interno del período que va del 1/1/17 al 30/09/21, de las 2619 recomendaciones emitidas, se han acogido totalmente 469 (17.64%), parcialmente 283 (10.64%). Son cifras que se pueden mejorar si se valora correctamente las recomendaciones y se diseña una estrategia de cumplimiento.

recomendada interactúe (dialogue, debata, acuerde) con la Defensoría del Pueblo en plazos prudenciales.

A veces pienso que en el Estado no se tiene una lectura correcta de la Defensoría del Pueblo. Acaba de cumplir 25 años de creada en el Perú y eso de recomendar sigue siendo un tanto incomprensible. Por eso quisiera intentar un modo de interpretar las recomendaciones colocándome en el otro lado del escritorio. Para empezar, una recomendación, como cualquier enunciado, está sujeto a interpretación. El sentido no es algo dado de una manera evidente, unánime, ingenua. Tampoco hay magia en el develamiento de lo que las palabras quieren decir. Sin embargo, es una operación guiada por reglas hasta donde es posible. Y, aunque la jerga jurídica tiene definiciones, no es un lenguaje altamente formalizado por lo que está expuesto a polisemias, oscuridades y giros lingüísticos, propios de los lenguajes naturales. Si bien las recomendaciones deben tener unos contornos jurídicos bien definidos, discurren también en el terreno especializado de materias no jurídicas.

Por eso preocupa, y por momentos alarma, la forma cómo las recomendaciones son tomadas por autoridades y funcionarios. Sucede que están habituados a moverse en el mundo de las normas jurídicas y técnicas, de los mandatos judiciales y administrativos, y de las órdenes políticas. Los desconcierta encontrarse con una formulación que no los obliga de manera directa, y que piensan que pueden ignorar o actuar frente a ella con despreocupación y sobradez.

Una recomendación<sup>37</sup>, como lo hemos dicho, es un enunciado en el que el *ombudsman* propone una manera de resolver un problema para proteger derechos en riesgo o afectados. Se distinguen estos componentes:

I. El propósito

Está dado por la intención del enunciado. Una recomendación del *ombudsman* implica *per se* la constatación de que hay algo que no está bien y que tiene que cambiar. Es lenguaje propositivo, pretende un cambio en la conducta, en la norma, en la organización, etc. Sintetiza la defensa del derecho y pone en acción a la autoridad para hacerlo.

II. El contenido de la recomendación

---

<sup>37</sup> Según el documento “Pautas para la formulación y seguimiento de recomendaciones defensoriales” de la Defensoría del Pueblo del Perú (2010), lo que debe caracterizar a una recomendación es que sea concreta (fácilmente identificable), viable (posible de llevar a cabo satisfactoriamente), verificable (posible de ser comprobada), mensurable (susceptible de medir su grado de cumplimiento) (p. 8).

Propone hacer (restituir un derecho, cumplir con una norma, interpretarla bien, legislar, etc.), no hacer (evitar la aplicación de una norma, no cometer una afectación al derecho, cesar una acción indebida, etc.), recordar la ley, etc.

### III. El efecto de la recomendación

Es el cambio que opera en la realidad tal como ha sido propuesto en la recomendación o en una reformulación satisfactoria. Así no sea vinculante no puede ser ignorada. Nada se crea en un estado de derecho para que no surta efectos. La Constitución es un cuerpo normativo vinculante para todos, de cumplimiento obligatorio, y no caben en ella normas inanes. Todo enunciado normativo tiene consecuencias jurídicas, a diferencia de un verso, una reflexión, una verdad, o una explicación. Una recomendación tiene un fin realizable, una pretensión de realidad.

## 8. EL MOMENTO DE LA PERSUASIÓN

El defensor del pueblo, en todo acto de su competencia, recurrirá a la persuasión como su principal herramienta para abrir el diálogo sobre un tema, movilizar a sus interlocutores hacia un fin, lograr el objetivo de defender derechos apelando al conocimiento exhaustivo de los hechos, la interpretación rigurosa de las normas, y una idea de justicia que buscará hacerla común a todos.

Siguiendo el hilo racional de la defensa, el momento en que una recomendación llega a la autoridad pública con la fuerza expresiva de la que hablamos líneas atrás, necesitará de recursos explicativos adicionales para demostrar que es la mejor salida al problema, la más efectiva o la menos costosa, e incluso la que políticamente parece más conveniente para todos. Hay que admitir que la recomendación por sí misma pueda que no surta efecto por más racional y necesaria que parezca. Las razones forman convicción, pero la convicción no se transforma automáticamente en acción. Hace falta persuadir, o sea, movilizar la voluntad en el sentido deseado. Entonces, se deberá afinar la comunicación humana personal, institucional y directa para lograr el objetivo y, adicionalmente, echar mano de algunos otros recursos.

¿Con qué cuenta el *ombudsman* para que sus recomendaciones sean cumplidas? Primero, con la fuerza de sus argumentos. Segundo, con su autoridad moral. Tercero con su capacidad persuasiva. Cuarto, con la publicidad de sus pronunciamientos. ¿Es esto suficiente? No. Pero es indispensable que

cada uno de estos recursos sea utilizado con ingenio y sagacidad, para que la defensa sea efectiva. En las líneas finales veremos algunas otras opciones.

Partamos por reconocer que no tenemos un Estado que escuche con atención, que colabore, que razone y actúe en términos de derechos, y que cumpla con su palabra. Estos rasgos negativos bastante extendidos, y la suerte que han corrido históricamente las recomendaciones obliga al *ombudsman*, creo yo, a desarrollar una estrategia de persuasión. Es evidente que las recomendaciones están elaboradas con un tipo de lenguaje que contiene una intención de cumplimiento, pero no una obligación de cumplimiento. El elemento ausente de la coercitividad es suplido por la persuasión que pasa a convertirse en la fuerza que transforma un estado de cosas dañoso para el ciudadano en uno en el que sus derechos estén a salvo. Las recomendaciones, por consiguiente, necesitan un plan de persuasión, destrezas personales específicas y una metodología. Veamos.

La persuasión es un acto muy vinculado a las capacidades y habilidades del sujeto en la comunicación de las ideas, la narración de los hechos, la exposición de los argumentos, el convencimiento sobre la mejor salida al problema. Pero también descansa en la convicción con la que se habla, el nivel de compromiso con los afectados y con el Estado, y de manera especial, en los antecedentes de la persona del defensor del pueblo o de los que actúen en su nombre. Siempre he pensado que lo más importante en la comunicación no es el pulimento de las expresiones, la versatilidad de la lengua, ni la *mise en scene* (aunque las tres tengan que ver) sino algo más humilde y contundente y es, “que te crean”. Si te creen entonces estarán más dispuestos a sumarse al cambio.

Hace falta también una metodología que organice una secuencia de acciones dirigidas a materializar las recomendaciones: oficinas, reuniones de trabajo, declaraciones en los medios, campañas, iniciativas legislativas, etc. Es muy popular en Iberoamérica la expresión “magisterio de la persuasión” o “magistratura de persuasión”, un lema que denota la dimensión moral y dialogante de las intervenciones del *ombudsman*. Persuadir; sin embargo, no es tarea fácil, requiere entrenamiento y conocimiento de la cultura de los agentes estatales a quienes el defensor del pueblo se dirige. Es este elenco variopinto el que nos hará saber, tarde o temprano, los límites de la persuasión.

Imaginemos un caso básico en el que el hecho vulneratorio ha quedado demostrado, pero la autoridad se resiste a cumplir con la recomendación de la Defensoría del Pueblo. ¿Qué hacer? (i) si niega las conclusiones de la investigación, habrá que cotejar sus argumentos nuevamente y dar razones adicionales o explicar las mismas de una manera más detallada; (ii) si no está

convencido de la utilidad o la eficacia de la recomendación, es el momento entonces de jalar el hilo de la madeja hacia una propuesta alternativa y discutirla; (iii) si siente temor de verse comprometido legalmente por alguna posible irregularidad, lo mejor es sopesar juntos las ventajas de tomar la iniciativa y resolver el problema antes de que se agrave la situación de todos; (iv) si lo que falta es sensibilidad para identificarse con la historia del ciudadano, bien vale que lo escuche directamente o conozca el contexto, o se entere de más historias como esa.

La fuerza expresiva de la recomendación tiene un lado pragmático que debe ser percibido por la autoridad o el funcionario como “la salida”, pero a la vez tiene un lado dramático dirigido a activar las emociones. Los derechos puestos en la realidad de las personas no son solo enunciados jurídicos, son historias de vida. Es bien sabido que el drama de la injusticia, tarde o temprano, nos toca a todos.

## 9. LA RUTA DE LAS RECOMENDACIONES

¿Cuáles son las normas que regulan el tratamiento que las instituciones le deben dar a las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo? ¿Existe algún instrumento legal que crea un procedimiento especial? Lo cierto es que no existe un procedimiento interno en las instituciones públicas para tratar las recomendaciones que reciben de la Defensoría del Pueblo. ¿Por qué algo tan importante como la recomendación de un órgano constitucional está poco menos que librado a la improvisación? Cada quien lo hace a su manera y en la mayoría de los casos no se ha entendido el ya citado artículo 26 de su Ley Orgánica. Estas son algunas formas de respuesta: : “[a] respecto se remite para conocimiento y fines copia del informe 007-MTC/04.03/ANL elaborado por la Oficina de Diálogo y Gestión Social, mediante el cual se comunican las acciones que se vienen realizando con relación a las recomendaciones remitidas”<sup>38</sup>; o, “[e]n este sentido se remite copia de la Nota Informativa N° 0495-2020/MINS/SG/OGTI/OSID/RT, elaborado por la Oficina General de Tecnologías de la Información del Ministerio de Salud, para su conocimiento y fines correspondientes”<sup>39</sup>.

Estos, como otros, son casos en los que la autoridad remite oficios de respuesta; pero ,en realidad, no responde directamente sobre las recomendaciones, sino que acompaña informes elaborados por otras oficinas. Se

<sup>38</sup> Oficio N° 1167-2020-MTC/04 del 7 de setiembre del 2020.

<sup>39</sup> Oficio N° 4391-2020-SG/MINSA del 3 de noviembre de 2020.

entendería que los hacen suyos, aunque sobre esto no hay una señal clara. ¿Y qué contienen estos informes? Generalmente, profusa información sobre lo que vienen haciendo, en un tono más defensivo que de auténtica respuesta a las recomendaciones. En suma, el titular de la institución no se pronuncia directamente, no responde individualmente a cada recomendación, y no precisa las medidas que se van a tomar. Esta manera indirecta de tratar las recomendaciones es confusa y perjudica los derechos de las personas y la eficacia del trabajo defensorial.

El cumplimiento de una recomendación tiene tres momentos: (i) La entidad pública responde acogiendo la recomendación, (ii) la entidad pública anuncia las medidas idóneas que adoptará, (iii) la entidad pública ejecuta las medidas y protege los derechos. Esto debe ser respondido en su integridad, aunque para ello necesite más de una comunicación (en el plazo de treinta días no siempre se puede cumplir con los tres momentos). Pero, estos mínimos procesales no están instalados en la administración pública. No se sabe bien qué hacer con algo que no es una norma, una orden, una resolución o una sentencia. Lo cual no excusa el tratamiento inapropiado que las recomendaciones reciben a la fecha.

Cuando la autoridad responde acogiendo una recomendación, lo apropiado es que se formalice la adopción de la medida mediante algún instrumento legal (norma o acto administrativo) que sea exigible más adelante<sup>40</sup>. No falta en nuestro medio la buena disposición puramente retórica. La Defensoría del Pueblo debe verificar los cambios producidos por las medidas y de no ser satisfactorios insistir con las recomendaciones introduciendo variaciones si fuera necesario. El defensor del pueblo está comprometido con su recomendación, pero no está atado a ella inseparablemente, interpreta cada momento y actúa con gran sentido práctico.

Si la autoridad responde, pero no da razones del no acogimiento de las recomendaciones se le debe recordar en una siguiente comunicación su obligación legal de responder en el más breve plazo, de lo contrario se entenderá como un incumplimiento de la obligación de responder. Como se sabe, todos los actos del Estado deben estar fundamentados, no caben decisiones basadas en el puro ejercicio del poder. No dar razones equivale a no tenerlas o a creer que una recomendación no merece el esfuerzo de contradecirla. El efecto de

---

<sup>40</sup> Natarén (2005) señala, "(...) si la recomendación es aceptada por la autoridad respectiva, desde nuestro punto de vista adquiere carácter obligatorio o imperativo para la misma autoridad, pues expresa su voluntad de cumplirla (...) "(p. 138).

este acto prepotente y burdo es el deterioro de la racionalidad jurídico-política que le da unidad y coherencia al sistema, y la desprotección de los afectados.

Cuando la entidad pública responde, pero su respuesta es imprecisa, es urgente una nueva comunicación demandando una mayor exactitud en los términos. Las vaguedades o ambigüedades de la respuesta, o la indefinición acerca de quién le contesta a la Defensoría del Pueblo, si el funcionario que emitió un informe o el titular de la institución, traban los actos de defensa de derechos. Las comunicaciones en el Estado deben ser muy claras en relación con su contenido, con la competencia legal del que suscribe y con la responsabilidad que este asume.

En caso la autoridad responda y dé razones para no acoger las recomendaciones, creo que se abre una extraordinaria oportunidad para un diálogo colaborativo entre la Defensoría del Pueblo y la referida institución, a fin de examinar las razones expuestas y, eventualmente, modificar o retirar la recomendación, o persistir en ella por otras vías. Este espacio de deliberación entre supervisor y supervisado debe incorporarse como una práctica democrática en la que se busca reconocer un derecho y protegerlo.

Como hemos visto líneas arriba, hay casos en los que la entidad no responde<sup>41</sup> (lamentablemente frecuentes). ¿Qué hacer? Un recordatorio viene bien. Si el descuido o la amnesia persisten, la estrategia de persistencia debe contemplar: (i) dirigirse a la máxima autoridad de la institución (ministro, gobernador, consejo regional, alcalde, consejo municipal, jefe, director, etc.) para que valore las recomendaciones con un conocimiento o una perspectiva distintas a la del funcionario obligado a responder; (ii) recurrir a la Contraloría General de la República para que inicie acciones de control de la legalidad o de la gestión, para empezar; (iii) dar cuenta al Congreso de la República del incumplimiento de la obligación de responder, de las imprecisiones en las respuestas y de las medidas comprometidas y no ejecutadas.

Adicionalmente se pueden evaluar, (iv) solicitar a la comisión de justicia y derechos humanos del Congreso de la República cite a la autoridad o funcio-

---

<sup>41</sup> Vale precisar que las autoridades, funcionarios y servidores públicos están obligados a: a) informar (es más efectivo utilizar este término a hablar de “colaboración” que se presta a malentendidos): incluye, pedidos de información específicos, visitas de inspección, entrevistas, revisión de documentos, expedientes, etc. convocatoria de funcionarios y servidores públicos ante la defensoría del pueblo; b) responder a los oficios con recomendaciones. A lo que no están obligados es a cumplir las recomendaciones, aunque no es tan sencillo eludir su cumplimiento, o no debería serlo.

nario para que responda por los incumplimientos en los que ha incurrido<sup>42</sup>; (v) interponer una demanda de cumplimiento en caso no se ejecute la medida recogida en un instrumento legal; (vi) hacer incidencia política para que otros actores se sumen a las recomendaciones y le den mayor fuerza; (vii) crear corriente de opinión en el espacio público; (viii) considerar la presentación de una iniciativa legislativa si se justificara; (ix) barajar acciones legales y prepararse para llevar el caso-si lo amerita- a los estrados judiciales<sup>43</sup>.

En lo que debemos estar claros todos es en que la indiferencia no es una opción; lesiona la legitimidad y credibilidad del *ombudsman*. Las entidades estatales pueden tener posiciones diferentes a las de la Defensoría del Pueblo, pero no indiferentes. La defensa de derechos no se puede detener, y la recomendación es una promesa de cambio que la Defensoría del Pueblo debe honrar siempre.

## 10. LISTA DE REFERENCIAS

- Austin, J. Urmson, J. (comp.). (1991). *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones* (G. R. Carrió y E. A. Rabossi, trad., 1ra. ed.). Paidós (original publicado en 1962).
- Berlin, I. (1983). *Conceptos y categorías: ensayos filosóficos* (F. Gonzáles Aramburo, trad., 1ra ed.). Fondo de Cultura Económica (original publicado en 1978).
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

<sup>42</sup> No recuerdo si en estos 25 años alguna vez el Congreso de la República convocó, por ejemplo, a un ministro, a dar explicaciones sobre sus reiterados incumplimientos a la obligación de responder los oficios con recomendaciones de la defensoría del pueblo, o si en las interpelaciones se incluyó una pregunta, como esta, “¿Podría explicar usted por qué no ha cumplido con responder a la defensoría del pueblo respecto de las recomendaciones que se le han formulado?”. Sería igualmente pertinente que se le pregunte por las omisiones a responder los pedidos de información hechos por la defensoría del pueblo en el marco de la obligación constitucional y legal de colaborar.

<sup>43</sup> En relación con la obligación incumplida de entregar formalmente información a la defensoría del pueblo (insumo indispensable de sus investigaciones), la consecuencia es la de solicitar se inicie investigación disciplinaria al funcionario o servidor público que no lo hizo o lo hizo de manera defectuosa (artículo 21 de la LODP). No he encontrado antecedente sobre pedido alguno, pero claramente es una consecuencia que no guarda proporción con el valor de lo que se afecta, nada menos que el acceso a la información para las investigaciones defensoriales. Más aún si como está fraseada la norma se trata de una solicitud del defensor que bien podría ser rechazada. Quizá se deba considerar el inicio de acciones penales (Artículo 377 del Código Penal. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales).

- Carpizo, J. (2009). El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México: algunas preocupaciones. *Anuario de Derechos Humanos, Nueva época*, 10, 83-129. [https://doi.org/10.5209/rev\\_andh.2011.v12.38109](https://doi.org/10.5209/rev_andh.2011.v12.38109)
- Congreso de la República del Perú. (1995, 8 de agosto). Ley N° 26520. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26520.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1995, 8 de diciembre). *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Serie C No. 22*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf)
- Defensoría del Pueblo. (1998a, 5 de junio). *Resolución Defensorial N° 033-98-DP*. Compendio de Resoluciones Defensoriales, Tomo I, 2004.
- Defensoría del Pueblo. (1998b, 22 de mayo). *Resolución Defensorial N° 034-98-DP*. Compendio de Resoluciones Defensoriales, Tomo I, 2004.
- Defensoría del Pueblo. (2000a). *La desaparición forzada de personas en el Perú (1980-1996)* (Informe Defensorial N° 55). Compendio de Resoluciones Defensoriales, Tomo II, 2004.
- Defensoría del Pueblo. (2000b). *Elecciones 2000. Supervisión de la Defensoría del Pueblo*. Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo (2000c, 13 de junio). *Resolución Defensorial N° 036-2000-DP*. Compendio de Resoluciones Defensoriales, Tomo I, 2004.
- Defensoría del Pueblo. (2004, 3 de febrero). *Resolución Defensorial N° 003-2004-DP. Libertad de tránsito y seguridad ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana* (Informe Defensorial N° 81). Compendio de Resoluciones Defensoriales, Tomo II, 2004.
- Defensoría del Pueblo. (2010). *Pautas para la formulación y seguimiento de recomendaciones defensoriales*. Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo. (2012). *Violencia en los conflictos sociales* (Informe Defensorial N° 156). <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-156.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2019). *Vigésimo Segundo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*. <https://bit.ly/3m3oN7z>
- Escobar, G. (2008). España. En Escobar, G. (ed.), *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica* (1ra ed., pp. 167 – 191). Aranzadi.
- Escobar, G. (2010). Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (análisis empírico, reconstrucción dogmática y pro-

- puesta del futuro). *Teoría y Realidad Constitucional*, (26), 229-257. <https://doi.org/10.5944/trc.26.2010.6921>
- Fairén, V. (1982). *El defensor del pueblo: ombudsman. Tomo 1, Parte General*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Fairén, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal* (1ra ed.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fernández, F. (2001). El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España. *Anuario De Derechos Humanos, Nueva Época*, 2, 223-310. <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0101110223A>
- Luque, R. (2003). El Ombudsman y la defensa propositiva. *Debate Defensorial*, 5, 103- 118.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2020, 7 de setiembre). *Oficio N° 1167-2020-MTC/04*.
- Ministerio de Salud. (2020, 3 de noviembre). *Oficio N° 4391-2020-SG/MINSA*.
- Mosterín, J. (1987). *Racionalidad y acción humana* (2a ed.). Alianza Universidad. (Trabajo original publicado en 1978).
- Naciones Unidas. (2008, 18 de diciembre). *Resolución A/RES/63/169. El papel de los ombudsman, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos humanos*. <https://undocs.org/es/A/RES/63/169>
- Natarén, C. (2005). *La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México. Estudio del sistema nacional de organismos de protección de derechos humanos* (1ra ed.). Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Santistevan, J. (2004). El Defensor del Pueblo en Iberoamérica. En Comisión Nacional de Derechos Humanos (eds.), *Retos actuales de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos* (1ra ed., pp. 27- 106). Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Searle, J. (1994). *Actos de habla: Ensayo de Filosofía del Lenguaje* (L. Valdés Villanueva, trad.). Planeta-De Agostini (original publicado en 1969).
- Tribunal Constitucional. (2012, 3 de julio). Sentencia Exp. N° 01592-2012-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01592-2012-AA.html>