

El ámbito discrecional de los actos políticos no es susceptible de control judicial: a propósito de la elección del defensor del pueblo

Martes 14, marzo 2023



Hugo Gómez Apac

VER INFORMACIÓN ▾



¿Todos los actos políticos son susceptibles de control judicial?

Suena bien decir que no hay ámbito de actuación estatal exento de control judicial. Sin embargo, lo cierto es que, si todo lo concerniente a la actuación política fuera susceptible de control judicial, los jueces asumirían un inmenso poder, el poder de hacer política, lo que conllevaría a una politización de la judicatura, una desnaturalización de la función jurisdiccional.

En la sentencia 74/2023 (expediente núm. 00003-2022-PCC/TC, demanda de conflicto competencial respecto del control judicial sobre las decisiones de los órganos del Congreso de la República) del 23 de febrero de 2023, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que pretender imponer como idea infalible en el sistema peruano que «no existen zonas exentas de control constitucional», en puridad, no se sostiene ni puede entenderse cabalmente en un sistema de frenos y contrapesos, es decir, de límites.

En dicha sentencia, el TC ha declarado (entre otros extremos) fundada la demanda competencial planteada por el Congreso contra el Poder Judicial y, en consecuencia, nulas las resoluciones judiciales que buscaban impedir el proceso de designación del defensor del pueblo.

Según el TC, sólo determinados actos del Poder Legislativo son judicializables: (a) el *antejuicio*, por su carácter político-jurisdiccional; y, (b) el *juicio político*, aunque en este caso el control es sólo por la forma, pues la decisión sustantiva es, en rigor, una decisión política. En los demás casos (*v.g.*, comisiones investigadoras), agrega el TC, la judicialización de los actos del parlamento no resulta admisible, salvo que se afecte de manera directa los derechos fundamentales de una persona (investigado o citado).

Lo que no es justiciable es el ámbito discrecional de los actos políticos.

Cuando hace más de 23 años comenzamos el dictado del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), uno de los temas abordados en la cátedra, al tratar las funciones del poder, fue diferenciar la función gubernativa o política de la administrativa, legislativa y jurisdiccional.

Los actos políticos (*v.g.*, el nombramiento de un ministro, la censura de un ministro, la disolución del Congreso, el veto legislativo, la investidura del gabinete, la autorización para que el presidente viaje al extranjero, etc.) tienen un componente formal (reglado) y uno discrecional. El formal o reglado es susceptible de control judicial, no así el discrecional.

El aspecto formal o reglado está relacionado con la competencia de la autoridad política y con el cumplimiento del procedimiento y requisitos previstos en la Constitución y las leyes. El aspecto discrecional, en cambio, es la decisión política en sí misma, que responde a motivos de oportunidad, pertinencia o conveniencia política.

Así, por ejemplo, los aspectos formales o reglados del nombramiento de un ministro son:

- Por el lado de la competencia, solo el presidente de la República y el presidente del Consejo de Ministros pueden nombrar a un ministro;

- El instrumento legal que debe utilizarse es la resolución suprema; y,

- Los requisitos para ser ministro son ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido 25 años.

Si el presidente de la República y el presidente del Consejo de Ministros nombraran a un menor de edad como ministro, tal acto sería nulo de la misma forma como si hubiese sido el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República el que nombrara al ministro. En cualquier caso, se trataría de un acto susceptible de impugnación judicial.

El aspecto discrecional, en cambio, es la elección de la persona que será ministro, que puede ser por sus conocimientos o experiencia, por su peso político, por ser parte de un acuerdo con un partido político (aliado o de la oposición), por tratarse de una persona de confianza del jefe de Estado, entre otras razones extrajurídicas. Este aspecto no es susceptible de revisión o anulación judicial.

Veamos un segundo ejemplo de acto político: la censura de un ministro.

El aspecto reglado de la censura de un ministro radica en que el Congreso es la autoridad competente y para ejecutarlo debe cumplir el procedimiento y los requisitos previstos en la Constitución y en el reglamento del Congreso. El ámbito discrecional es la decisión de los parlamentarios de censurar o no al ministro. Es una decisión política. Pueden censurar a un buen ministro, o no censurar a uno pésimo. Pueden salvar al ministro de la censura simplemente por llegar a un acuerdo con el presidente de la República (debido a que éste, por ejemplo, ofreció a un partido político una cartera ministerial o la dirección de un organismo público). Pueden censurarlo por no cumplir el plan estratégico institucional, por la baja ejecución presupuestaria del ministerio o por la implementación de una política pública que disgusta a los congresistas. Si la mayoría congresal es conservadora, podría censurar a un ministro que propone una política audaz progresista. La política es así, siempre lo ha sido y seguirá siéndolo.

Si el acto político es susceptible de lesionar el derecho subjetivo o interés legítimo de una persona, entonces es justiciable, pues el debido proceso —exigido en tal circunstancia— no se ejerce con discrecionalidad.

La elección del defensor del pueblo es un acto político. El aspecto formal o reglado son la competencia (que recae en el Congreso, con el voto de los dos tercios del número legal de legisladores) y el procedimiento y requisitos (ser abogado, haber cumplido 35 años y gozar de conocida reputación de integridad e independencia) contemplados en la Constitución y en la Ley 26520 - Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (**LODP**). Esta ley contempla dos procedimientos para su designación, uno ordinario y otro especial, y conforme a este segundo, una comisión especial selecciona de uno a cinco candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos, efectuando la convocatoria «por invitación».

El aspecto discrecional, en el procedimiento especial, es a quién se invita y a quién se elige. Puede ser un abogado constitucionalista, administrativista, civilista, penalista o especializado en otra disciplina jurídica; puede tener 40, 50 o 60 años; puede ser profesor universitario o no (y si lo es, puede ser docente de una universidad pública o privada, de la capital o del interior del país); puede haber escrito libros o solo artículos y ensayos académicos; puede tener solo título profesional de abogado o ser maestro o doctor; puede haber tenido más experiencia en el sector público que en el privado o viceversa; puede ser casado o soltero; puede ser heterosexual, homosexual o tener cualquier otra preferencia sexual; puede hablar solo el castellano, ser bilingüe o políglota...en fin.

El Congreso tiene todo el derecho de elegir a quien, cumpliendo con los requisitos formales, considere pertinente. Desde el primer defensor del pueblo (Jorge Santisteban de Noriega, en 1996) hasta el último (Walter Gutiérrez Camacho, el 2016), así lo ha hecho. La pertinencia, como es evidente, es una decisión política. Es tan legítimo que una mayoría congresal de derecha elija a un abogado de esta tendencia como que una mayoría de izquierda haga lo propio, siempre que el profesional elegido goce de conocida reputación de integridad e independencia, lo que es una apreciación subjetiva.

En ninguna parte de la Constitución o de la **LODP** se establece que el defensor del pueblo debe pertenecer a una determinada argolla política, ideológica o académica.

Quito, marzo de 2023.
