

Humanos, tanto en el plano universal como regional, continúan siendo insatisfactorios.<sup>(59)</sup>

Un atento repaso de la actual realidad internacional, especialmente dirigido a la problemática que nos ocupa, evidencia el enorme abismo que hay entre los principios teóricos, las fórmulas jurídicas y las solemnes proclamaciones políticas, y la realidad de un mundo en el que con tremenda intensidad y frecuencia, se niegan y desconocen los más elementales derechos de la persona humana.

Pero este reconocimiento no puede ni debe llevar a la negación o al desconocimiento del avance cumplido, la importancia del proceso encarado y los progresos realizados en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la etapa actual, lo realmente importante en favor de una efectiva protección internacional de los derechos humanos no radica tanto en la definición de estos derechos, sino en la eficacia de los recursos que se pongan al servicio de los beneficiarios ante las propias instancias internacionales de control y garantía. De ahí que la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los años futuros, deberá encaminarse en un doble sentido. Uno, la adopción de medidas, de *lege lata* y *lege ferenda*, que permitan mejorar la eficacia de los mecanismos que actualmente llevan a cabo la supervisión internacional. Y dos, en favor del reconocimiento, cada vez más pleno, de la personalidad internacional del individuo, en cuanto verdadero sujeto de este Derecho.<sup>(60)</sup>

(59) D. ZOVATTO. "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos". Periódico *La Nación*. 27 de octubre de 1985, San José. Foro Dominical, p. 15/A. H. GROS ESPIELL. "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Monografía 13, pp. 106- 106. P. NIKKEN. *Supra* nota 22, p. 314. Tom J. FARER. "The United Nations and Human Rights: More than a whimper less than a roar". *Human Rights Quarterly*. Vol. 9. N° 4, pp. 580-586.

(60) E. JIMENEZ DE ARECHAGA. *Supra* nota 8, p. 208.

## FUNCION JURISDICCIONAL Y MECANISMOS DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERU

Dr. Rodolfo E. Piza Rocafort

Vice-Canciller  
Universidad Autónoma de Centro América

## SUMARIO :

- A. Introducción
- B. La función jurisdiccional en la Constitución Peruana de 1979
- C. El sistema peruano de protección de los derechos constitucionales
- D. Supremacía Constitucional y Tribunal de Garantías Constitucionales
- E. El Habeas Corpus y el Amparo en la Constitución Peruana de 1979
- F. Otros medios de protección de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente:
  - 1) La acción popular
  - 2) La acción contencioso administrativa en la Constitución de 1979
  - 3) El Ministerio Público como defensor de los derechos humanos

### A. *Introducción*

A pesar de mi lejanía del sistema jurídico peruano, me he aventurado a escribir algunas notas sobre el mismo y, en particular, sobre la función jurisdiccional y mecanismos de protección de los derechos humanos en el Perú, a partir de algunos textos legales y constitucionales a los que he tenido acceso.

Decía Maquiavelo en su prólogo a "El Príncipe", que para observar debidamente el fenómeno político, convenía hacerlo desde la distancia y la llanura. De la misma manera, para observar, lo más objetivamente posible, un fenómeno jurídico, quizás convenga alguna lejanía, aunque ello venga en demérito del rigor y de la extensión del análisis.

En todo caso, la aventura viene incentivada por el carácter especial del modelo peruano de justicia constitucional y administrativa, que representa un fenómeno normativo único en el derecho comparado. Guatemala, al menos constitucionalmente, tiene las mismas características, pero le faltan las leyes de desarrollo que permitan estudiarlas con cierta extensión.

No entro a analizar, sobra decirlo, las condiciones políticas o económico-sociales en las que se inserta el modelo jurídico peruano. Ello lo dejo a especialistas más avezados y enterados.

El sistema de protección de los derechos constitucionales en el Perú está fundado en una combinación del modelo kelseniano (también llamado austriaco o europeo) de justicia constitucional, con los modelos norteamericano de "judicial review" y latinoamericano de "Amparo". Así, al lado del "Tribunal de Garantías Constitucionales" que se instituye en el Título V de la Constitución (arts. 295 a 304) inspirándose en el Tribunal Constitucional Español de 1978; el sistema peruano incluye también figuras jurídicas de origen norteamericano (revisión judicial difusa), anglosajón (Hábeas Corpus), latinoamericano (Amparo), e, incluso, escandinavo si se logra desarrollar en toda su extensión el artículo 250.4 (que instituye al Ministerio Público como "defensor del pueblo" u "ombudsman"). Merece consideración especial, la acción "contencioso administrativa" (art. 240) y la peculiar expresa referencia a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos (art. 305, y Disposiciones Generales decimosexta y decimoséptima).

## B. La función jurisdiccional en la Constitución peruana de 1979

La función jurisdiccional en el Perú corresponde al "Poder Judicial" (regulado en el capítulo IX del Título IV), complementado por el "Consejo Nacional de la Magistratura" (Capítulo X del Título IV de la Constitución) y el Ministerio Público (Capítulo XI del Título IV). Asimismo, cumple función jurisdiccional de control de constitucionalidad un órgano distinto del "Poder Judicial" y de rango constitucional: el "Tribunal de Garantías Constitucionales" (artículos 296 a 304 del Título V). La Constitución acepta también, expresamente (artículo 305), la jurisdicción de los "tribunales u organismos internacionales", en particular de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (Disposición General y Transitoria Décimosexta), a cuyas decisiones reconoce valor jurídico una vez agotada la jurisdicción interna.

Al Poder Judicial se dedica el Capítulo IX del Título IV (artículos 233 a 244) de la Constitución, incluyéndose en él, a los órganos del mismo, los principios especiales de la jurisdicción, garantías de la misma, así como normas sobre composición, nombramiento, requisitos, incompatibilidades, derechos, atribuciones y competencias de los miembros y de sus órganos, etc. . . . Incluso se reconocen en esta sección los derechos a la integridad física y psíquica, la interdicción de la pena de muerte y normas sobre el régimen penitenciario, las garantías judiciales y el debido proceso (sobre todo, las 19 Garantías de la Administración de Justicia recogidas en el artículo 233).

Pero también en otras partes del articulado constitucional se encuentran referencias que, directa o indirectamente, afectan a la Administración de Justicia. Así, en el Preámbulo se afirma que la "justicia es el valor primario de la vida en comunidad" (párr. 5º), en el artículo 2.20 se reconocen una serie de garantías judiciales o del debido proceso como derechos de la persona humana, que incluyen la presunción de inocencia, principios de libertad, de legalidad penal, derechos del detenido y procesado y, sobre todo, el derecho al juez natural en forma tal que "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación . . ." (artículo 2.20.1).

En el artículo 211.12 se determina como atribución y obligación del Presidente de la República, la de "cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los tribunales y juzgados y requeridos para la pronta administración de justicia".

Por otra parte, el artículo 282 hace referencia a la justicia militar, estableciéndose que "los miembros de las fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de los delitos de la función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235 (pena de

muerte por traición a la patria en caso de guerra exterior). Quienes infringen el servicio militar obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar".

Entre las Garantías de la administración de Justicia están: independencia en su ejercicio y cosa juzgada (artículo 233.2), independencia de los magistrados judiciales y sometimiento exclusivo a la Constitución y a la ley (art. 242.1), unidad y exclusividad de la función (art. 233.1), publicidad (art. 233.3), motivación escrita de las resoluciones (233.4), indemnización por error judicial (233.5), el derecho a la defensa en juicio y a no ser condenado en ausencia (arts. 233.9 y 233.10), el principio del *nom bis in idem* (233.11), la autoridad de cosa juzgada, la instancia plural (233.18) y otros derechos y garantías judiciales y de los juicios penales.

En general, se encuentran consignadas todas las garantías que establecen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos e incluso algunas otras.<sup>(1)</sup>

La independencia judicial con todo lo que ello implica, puede afirmarse que se encuentra bien regulada. En el sentido amplio con que debe concebirse la independencia de los órganos jurisdiccionales, esto es, referida a la independencia política, funcional, selectiva, económica y de la inamovilidad y el régimen de las incompatibilidades;<sup>(2)</sup> puede sostenerse que, al menos normativamente, la recoge en forma nítida la Constitución peruana.

Esta independencia en el ejercicio de la función judicial viene confirmada, en primer término, por la manera en que los jueces de los distintos niveles son nombrados: si bien el Presidente de la República nombra los Magistrados y el Senado ratifica el nombramiento de los Vocales y Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los candidatos no son propuestos por el propio Poder Ejecutivo, y ni siquiera por el Legislativo, sino por el Consejo Nacional de la Magistratura y previo Concurso, el cual tiene una integración heterogénea que asegura su independencia (arts. 245 a 247). Menos independiente, en cambio, es el Tribunal de Garantías Constitucionales, ya que de sus nueve miembros hay tres designados por el Poder Ejecutivo y tres por el Congreso (art. 296). Sin embargo, debe tomarse en cuenta que esta fórmula de composición del Tribunal es la común, por sus características y atribuciones, en los Tribunales Constitucionales (véase, por ejemplo, el artículo 159.1 de la Constitución Española de 1978).

En segundo lugar, debe destacarse la inamovilidad de los Magistrados judiciales (art. 242.2) y su independencia económica (arts. 238 y 242.2: el Poder Judicial tiene asignado un porcentaje mínimo del 2% de

(1) Ver en este sentido, HABA (Pedro E.), Segundo Informe, *op. cit.*, págs. 60 a 62.

(2) Sobre estos conceptos de independencia véase RODRIGUEZ - AGUILERA (Cesareo), *El Poder Judicial en la Constitución*, Barcelona, Ed. Bosch, 1980, págs. 103 a 117.

los Gastos Corrientes del Presupuesto Nacional). Sin embargo, los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales se designan por seis años solamente, aunque son reelegibles (art. 297). En tercer término, porque se encuentra subyugada su independencia funcional, pues a cualquier autoridad le está vedado "interferir" en el ejercicio que de sus funciones realice un órgano jurisdiccional (art. 233.2). Y, en cuarto término, por el hecho de que la responsabilidad disciplinaria sobre todos los magistrados se ejerce en el interior del mismo Poder Judicial, a cargo de la Corte Suprema (arts. 248 y 249).<sup>(3)</sup> El régimen de incompatibilidad es absoluto. Incluye toda actividad pública, privada, sindical y política. Se excluye de igual modo que a los Magistrados del Poder Judicial, la docencia universitaria (art. 243).

De acuerdo con la Constitución los órganos del Poder Judicial son, en primer lugar, "La Corte Suprema de Justicia" (237.1, 238, 239, 241, 244 y 248) con jurisdicción en todo el país y máxima jerarquía en la estructura del Poder Judicial; en segundo, "Las Cortes Superiores"; en tercero, los juzgados civiles, penales y especiales, los juzgados de paz, etc. . . . (artículos 237.2, 237.3), según corresponda en la demarcación de los distintos Distritos Judiciales.

El Poder Judicial constituye un cuerpo unitario (232), en cuyo vértice superior se encuentra la Corte Suprema, a la que corresponde "fallar en última instancia o en casación de los asuntos que la ley señala" (art. 241). Además, expresamente le corresponde conocer en primera (junto con las Cortes Superiores), segunda y última instancia de las acciones contencioso-administrativas que se interponen "contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado" (artículo 240). Le corresponde formular autónomamente el proyecto de presupuesto del Poder Judicial y puede concurrir a las cámaras legislativas para la discusión de los proyectos de ley que presente (artículos 238 y 239). Los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema se encuentran en el artículo 244, que exige, entre otras cosas, ser mayor de cincuenta años, haber sido Magistrado de la Corte Superior por diez años o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria por veinte años.

Comparte con el Tribunal de Garantías Constitucionales el control de la constitucionalidad de los actos estatales (leyes, decretos, sentencias, actos u omisiones de sus autoridades, funcionarios, etc. . . .) y de los particulares, en virtud de las acciones de Habeas Corpus, Amparo y de la "acción popular" (art. 295); así como del principio general de que "en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal or-

(3) Confirma HABA (Pedro Enrique), Segundo Informe, págs. 61 y 62. Para HABA, sin embargo, ofrece pocas garantías la integración del Tribunal de Garantías Constitucionales. Nosotros compartimos su resquemor, pero entendemos la integración (nombramiento) de sus magistrados como algo normal, y quien sabe si hasta necesario, en los Tribunales Constitucionales de tipo europeo, como pretende ser el Tribunal Peruano.

dinaria, el Juez preferirá la primera. Igualmente, ~~preferirá la norma legal~~ sobre toda otra subalterna" (art. 236) lo que constituye un complemento del artículo 87, y que ya había sido recogido en el Código Civil de 1936 (art. XXIII del Título Preliminar), ahora derogado por el novísimo Código de 1984 que igualmente recoge dicho principio, y que también se halla establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962.

### C. El sistema peruano de protección de los derechos constitucionales

La Constitución del Perú recoge los más diversos modelos de protección jurídica de los derechos humanos. Del anglosajón, y más propiamente, toma el Hábeas Corpus (artículo 295) y el *Judicial Review* o "jurisdicción constitucional difusa" a cargo de los órganos judiciales (art. 236 en relación con el art. 87). Esta institución subsiste a la par de un "Tribunal de Garantías Constitucionales" de clara inspiración europea continental, según el modelo de "justicia constitucional concentrada".

De los sistemas propiamente latinoamericanos, la Constitución del 79 toma "la acción de Amparo" (artículos 295 y 298.2) y la llamada "Acción Popular" (art. 295.4).

De aquí que la jurisdicción constitucional de la libertad en el Perú sea una jurisdicción de carácter mixto.<sup>(4)</sup> Debe señalarse que este carácter mixto no viene dado por la combinación y resumen de los distintos modelos de protección de los derechos constitucionales, sino por una yuxtaposición o suma de los sistemas reseñados. El constituyente peruano parece haber querido extremar la protección —quizá por desconfianza en cada uno de los sistemas de protección cuando actúan por separado— y entonces arbitró y reconoció a todos, cuando la vigencia efectiva y completa de uno solo de ellos sería suficiente para proteger los derechos humanos. Así, un "*judicial review*" bien estructurado y, sobre todo, aplicado en toda su extensión por los jueces bajo la tutela de un Tribunal o Corte Suprema de Justicia, bastaría o sería suficiente para la protección efectiva de los derechos constitucionales. Pero, ciertamente, la historia peruana no tiene ejemplos de que esa jurisdicción constitucional difusa haya funcionado siquiera moderadamente para la protección de los derechos humanos.<sup>(5)</sup> Lo mismo cabe decir del Amparo-Hábeas Corpus-Acción Popular, y de la "Justicia Constitucional Concentrada" prevista en la normativa constitucional.

En todo caso, este marco constitucional permite suficientes vías jurídicas de protección de los derechos humanos si se tiene la valentía legislativa y judicial de desarrollar tales preceptos y hacerlos operativos.

(4) Confirma García Belaúnde (Domingo), págs. 205.

(5) Confirma García Belaúnde (Domingo); *op. cit.*, págs. 204 y 205.

D. *Supremacía constitucional y Tribunal de Garantías Constitucionales en el Perú.*

En Perú, el carácter supremo de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico viene recogido en varias partes de la misma. En el artículo 87 se establece que "la Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica...". Tal supremacía se extiende a los Tratados Internacionales que, formando parte del derecho interno, son superiores a la ley (art. 101), pero inferiores a la Constitución según se desprende de su artículo 103, excepto cuando se trate de Tratados relativos a los derechos humanos, en cuyo caso tienen jerarquía constitucional (artículo 105).

La superioridad normativa de la Constitución viene corroborada tanto por la rigidez de la reforma constitucional (art. 306), como por el control judicial y "Constitucional" de las normas legales e inferiores (decretos, reglamentos, etc. ...) y de los actos estatales, de los funcionarios y de los particulares.

El artículo 236 se refiere al control judicial de constitucionalidad ("En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera..."). Las acciones de Amparo, de Hábeas Corpus y "Popular" (art. 295) permiten asegurar la supremacía constitucional sobre toda acción, omisión o norma (no legal) que vulnere o amenace vulnerar los derechos constitucionales y las normas legales.

Por fin, en el artículo 296, se establece el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control de la Constitución, que en virtud de la "Acción de Inconstitucionalidad" y de la casación de las acciones de Amparo y de Hábeas Corpus denegadas judicialmente, confirma la supremacía constitucional frente a las leyes y otras normas de carácter general, de las resoluciones judiciales y de los actos que contradigan los derechos constitucionales, eliminándolos, *erga omnes*, del ordenamiento jurídico (caso de las normas recurridas por Acción de Inconstitucionalidad).

De todo lo anterior se infiere el carácter de norma jurídica obligatoria y directamente aplicable, tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares, que tienen la Constitución.

Es de este modo que la Constitución de 1979 vino a corregir la omisión de la de 1933. A diferencia de la Constitución anterior, en la de 1979 es más marcado el fenómeno de "Constitucionalización de derechos", entre ellos los Derechos Humanos. La normatividad de la Constitución del 33 sobre el Poder Judicial no recogió con rango constitucional, la facultad de desaplicar o excluir una ley inconstitucional, lo que fue subsanado en parte, por el Art. XVIII del Código Civil de 1936 y complementado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).<sup>(6)</sup>

(6) PAREJA PAZ SOLAN (367). El C. C. de 1936 (recientemente derogado por el nuevo Código Civil de 1984) incluía un Título Preliminar a su articulado que, además de contener las reglas de Derecho Internacional Privado,

La Constitución de 1856 se limitó a declarar que eran nulas las leyes que se opusieran a la Constitución. En la Constitución de 1933 se omitió tal referencia, aunque en el artículo 69 de la misma se estableció que todos "los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de Hábeas Corpus". Lo cierto del caso, es que el Poder Judicial, durante la vigencia de la Carta de 1933, se negó a dejar de aplicar las leyes inconstitucionales alegando que tal facultad no figuraba en la Constitución,<sup>(7)</sup> y que, aun figurando en el Código Civil, tal facultad no podía desarrollarse mientras no se diera una reglamentación que, dicho sea de paso, nunca se dio, pese a que la L.O.P.J., de 1952 también la contenía en su Art. 8. En el fondo, aparte de la poca independencia del Poder Judicial frente al poder político,<sup>(8)</sup> sobre todo durante los regímenes de facto, en particular los dos gobiernos militares de 1968 a 1980, lo que ocurrió fue que "muchos jueces a la hora de enfrentarse con el Poder, sea el Ejecutivo o el Legislativo prefirieron su profesión de magistrados a crearse un problema con el Poder en ejercicio".<sup>(9)</sup>

Si a ello agregamos la crítica general a la posibilidad de establecer un verdadero control de constitucionalidad según el modelo "difuso" (o norteamericano, si se prefiere) en los países de tradición romano-germánica, que llevaron a Cappelletti, a partir del estudio de las experiencias poco alentadoras intentadas durante algún tiempo en la República de Veimar o en la Italia de 1942 a 1956, a señalar: "los jueces de la Europa Continental —y, agregamos, los de América Latina— son habitualmente magistrados de carrera, poco adecuados para asumir una tarea de control de las leyes, tarea que como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más allá de la mera función tradicional de ser "simples intérpretes" y "fieles servidores" de las leyes. Incluso la interpretación de las normas constitucionales, y, en particular, la de su núcleo central, la declaración de los derechos fundamentales o Bill of Rights, difiere mucho de la de las leyes ordinarias; requiere una actitud difícilmente compatible con las tradicionales "debilidad y timidez" del juez del modelo continental".<sup>(10)</sup> Si ello puede decirse de los jueces de la Europa Continental, que no puede decirse de los de América Latina.

De todo lo cual, como un intento superador de tales limitaciones<sup>(11)</sup> y aun como un método para conjurar la desconfianza que despertó el Poder Judicial como garantía constitucional; el constituyente peruano estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales y reconoció, expresa-

distintas disposiciones de carácter general, asumidas con carácter "cuasi-constitucional", que sirvieron —a 3 años de vigencia de la Constitución de 1933— para completar omisiones y carencias.

(7) *Ibidem*, pág. 367.

(8) GARCIA BELAUNDE (Domingo), págs. 204 y 205.

(9) PAREJA PAZ SOLDAN (José), págs. 367.

(10) Tribunales Constitucionales, págs. 602 y 603.

(11) GARCIA BELAUNDE (Domingo), *op. cit.*, pág. 204.

mente, la facultad de los jueces de desaplicar las normas contrarias a la constitución y a la jerarquía normativa. Creemos, por nuestra parte, y esperamos estar equivocados, que se trasladará al Tribunal Constitucional, esa mentalidad del juez continental (tímida y débil). Al parecer todavía no se ha declarado ninguna norma inconstitucional a mayo del 85. Esperamos, con todo, que se liberen de la debilidad y timidez de los jueces tradicionales para enfrentarse al poder, asumiendo su función en los márgenes que verdaderamente le corresponden, lo que requiere no poco valor.

El tribunal de Garantías Constitucionales peruano, diseñado a imagen y semejanza del Tribunal Constitucional Español, aunque con menores atribuciones, viene regulado en los artículos 296 a 303.<sup>(12)</sup>

Está compuesto por nueve miembros, tres de los cuales son designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo (o sea, por el Presidente de la República) y tres por la Corte Suprema de Justicia. Tal modo de designación ha merecido la crítica de HABA (Pedro Enrique) en virtud de que vulnera, a su entender, la independencia de dichos tribunales.<sup>(13)</sup> Sin embargo, aunque compartimos su temor, tal crítica parece desconocer que el método de designación de todos los tribunales constitucionales en que se inspira el modelo peruano, es similar, esto es, dependiente su designación de los órganos de poder y no así de concursos de mérito. De aquí que no compartamos plenamente la crítica de HABA. No puede olvidarse que los Tribunales Constitucionales de inspiración kelseniana son, más que órganos judiciales, órganos políticos que se crearon con esa específica intención, aunque de hecho lleguen a tener tanta independencia y lleguen a adoptar los métodos propios de los órganos jurisdiccionales. Lo cierto del caso es que tal forma de designación, que en Europa se entiende natural y propia, en Iberoamérica puede llegar a acentuar la dependencia y, de nuevo, la timidez y debilidad de sus miembros.

El artículo 297 señala los requisitos para ser miembro del Tribunal que son los mismos que para ser magistrado de la Corte Suprema añadiendo una de complicada interpretación axiológica por su carácter subjetivo, que se expresa en una "probada ejecutoria democrática y de defensa de los derechos humanos".

Sus miembros son nombrados por seis años, pudiendo ser reelegidos, no están sujetos a mandato imperativo y no responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de sus cargos. Les alcanzan las mismas incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial (artículo 297).

El Tribunal ejerce su jurisdicción en todo el territorio de la República y es competente para:

- 1º "Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas re-

(12) Sobre similitudes y diferencias entre ambos tribunales véase el artículo de GARCIA BELAUNDE citado.

(13) HABA (P. E.), *op. cit.*, pág. 61.

gionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución por la forma o por el fondo;

- 2º Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de Hábeas Corpus y la acción de Amparo una vez agotada la vía judicial" (artículo 298).

La Acción de Inconstitucionalidad la pueden promover el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, por decisión de su Sala Plena, el Fiscal de la Nación, sesenta Diputados, veinte Senadores o cincuenta mil ciudadanos. En el caso de la casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo, están legitimados para interponer el "recurso extraordinario" (que así se le llama) las partes o el Ministerio Público (artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, N° 23.385, de 19 de mayo de 1982, en adelante LOTGC).

Los efectos de la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad son de alcance general —*erga omnes*— "anulatorios" o "derogatorios" de la norma declarada inconstitucional (artículos 301 y 302 de la Constitución, artículos 34 a 37 de la LOTGC). Los efectos de las sentencias en materia de Amparo, Hábeas Corpus y de Acción Popular sin interpartes, esto es, de alcance relativo (Ver LOTGC y Ley de Amparo y de Hábeas Corpus).

Respecto de la acción de inconstitucionalidad, la sentencia que la declare no tendrá nunca efectos retroactivos (artículo 300), lo que responde al mismo principio legislativo de irretroactividad de las leyes, dado que la sentencia de Inconstitucionalidad reemplaza el acto legislativo escisorio.

La sede del Tribunal no es la capital, sino la ciudad de Arequipa a unos mil kilómetros al Sur de la capital, Lima; hecho que, a la postre, se ha sumado a los agravantes que obstaculizan su adecuado funcionamiento. Todo ello motivado por un equivocado afán descentralista.

La LOTGC N° 23.385, de 19 de mayo de 1982, regula todo lo relativo al Tribunal en virtud del artículo 303 constitucional. En ella se establecen las bases de su organización y atribuciones (arts. 1º al 9º), los Magistrados del Tribunal (arts. 10º al 18º), el procedimiento general de declaración de inconstitucionalidad (arts. 19º a 23º), la Acción de Inconstitucionalidad (arts. 24 al 33), los efectos de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad (artículos 34 a 41), la casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo (arts. 42 a 47), de las disposiciones sobre procedimientos (arts. 48 a 57), del personal al servicio del Tribunal (art. 58) y de las Disposiciones Transitorias.

La Ley, en general recoge fielmente la normativa constitucional sobre el Tribunal. Sin embargo, en materia de casación de las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus y Amparo, la Ley, al parecer, opera una restricción del ámbito de aplicación de tales recursos al establecer que la casación tiene sólo por objeto (Art. 43 de la Ley en comentario) observar que las resoluciones judiciales no hayan violado, o aplicado erróneamente

la Ley, o que se hayan cumplido las formas prescritas por la ley para tramitar el procedimiento para expedir el fallo. Esto puede querer decir, que no es posible plantear el Amparo o el Hábeas Corpus, mediante el recurso extraordinario de casación ante el tribunal de Garantías Constitucionales, cuando no se viola o vulnera una norma legal. Bien podría suceder que la vulneración de un derecho constitucional no fuera al mismo tiempo una vulneración de una norma o de un procedimiento legal. Pero, admitimos, estamos hilando delgado pues es poco probable que la violación de una norma constitucional no sea al mismo tiempo una violación de determinadas normas legales, por lo menos en sede de Amparo y de Hábeas Corpus. Y sobre todo, es poco probable que la Constitución (Ley Suprema) no sea considerada una Ley, en sentido material, cuya violación habilita el Amparo o el Hábeas Corpus.

De otra parte, debe destacarse que para recurrir en casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales las resoluciones judiciales sobre las acciones de Amparo y Hábeas Corpus, tales resoluciones deben ser *denegatorias* de tales acciones. Es decir, las resoluciones judiciales que estiman procedente el Amparo o el Hábeas Corpus no son recurribles ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esto explica que sólo estén legitimados para interponer el "recurso extraordinario" la parte afectada por la acción u omisión que le hizo recurrir al Amparo o al Hábeas Corpus, es decir, sólo el (o los) demandante(s) de tales acciones de garantía, y que en la vía judicial le(s) fue denegado, y el Ministerio Público, en virtud de su carácter de Ombudsman o "Defensor del Pueblo".

#### E. El Hábeas Corpus y el Amparo en la Constitución Peruana de 1979<sup>(14)</sup>

El Hábeas Corpus en Perú es reconocido por primera vez, como procedimiento judicial de garantía, mediante ley, en 1897, para la defensa de la libertad corporal. En 1920 se incorpora a la Constitución de ese año, aunque no llega a operar hasta su incorporación a la Constitución de 1933. Debe tomarse en cuenta que durante los años 1919 a 1930 se desarrolla el Gobierno dictatorial de Leguía.<sup>(15)</sup> En la Constitución de 1933, anterior

(14) Sobre el tema véase GARCIA BELAUNDE (Domingo), "Protección procesal de los derechos humanos en la Constitución Peruana... *Op. cit.*;" "Amparo mexicano y Hábeas Corpus peruano" en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 39 sept.-dic. 1980, págs. 701 a 705; "El Hábeas Corpus interpretado", Lima, 1971, págs. 41-396; COOPER (H. H.), "Apuntes críticos sobre el Hábeas Corpus en el Perú" en *Derecho. Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 28, Lima, 1970, págs. 4-10.

(15) Véase GARCIA BELAUNDE (Domingo), *El Hábeas Corpus en el Perú*. Lima, 1979 y PAREJA PAZ SOLDÁN (José), "Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979". Lima, séptima edición, 1981, pág. 474.

a la de 1979, se reconoce el Hábeas Corpus en el artículo 69 como medio protector no sólo de la libertad física, sino también de todos los derechos humanos (denominados individuales y sociales) establecidos en la Ley Suprema, con exclusión de los de carácter político. De hecho durante la vigencia de dicha Carta rigió poco. Hay que tomar en cuenta que tuvo varias suspensiones e interrupciones como las del General Benavides —1936—, del dictador Odría —1948— y de los gobiernos militares de facto de 1968 a 1980, con todo no obstante la existencia de algunas disposiciones del Código de Procedimientos Penales —arts. 349 a 360— que pretendían limitarlo, el Hábeas Corpus pudo utilizarse contra cualquier acto de autoridad que limitara o afectara los derechos constitucionales, y así lo establecieron varias resoluciones de la Corte Suprema del Perú.<sup>(16)</sup>

La Constitución vigente reconoce el Hábeas Corpus en el primer párrafo del artículo 295 como medio de tutela de la libertad individual (no sólo la física o corporal) frente a los actos u omisiones de cualquier autoridad, o persona que vulnere o amenace la misma. Para la protección de los otros derechos constitucionales existe el "Amparo" y la "Acción Popular".

El "Amparo" en el Perú (regulado en el párrafo segundo y tercero del artículo 295 de la Constitución), es reconocido por primera vez en la Constitución vigente. Sin embargo, como hemos visto, antes de 1979, sobre todo después de 1968, el "amparo" era de hecho reconocido y regulado, sólo que a través de la figura del "Hábeas Corpus", pero diferenciándose la impugnación de actos que afectan a la libertad personal (Hábeas Corpus, en sentido estricto) de la de los actos que no afectan a la libertad personal pero sí a otros derechos constitucionales. Esta diferenciación consignó el juicio de amparo con independencia del Hábeas Corpus, estricto sensu, aún cuando ambas instituciones recibieran el mismo nombre por el legislador.<sup>(17)</sup>

Al parecer, el Amparo y el Hábeas Corpus, no operan frente a normas (leyes, decretos, etc. ...) sino sólo contra acciones u omisiones, en casos concretos. Sin embargo, en virtud del artículo 30 de la "Ley de Hábeas Corpus y Amparo" (Nº 23.506 de 7 de diciembre de 1982), el Hábeas Corpus y el Amparo proceden "aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento".

Es de destacar que el Hábeas Corpus y el Amparo, procedan tanto frente a actos u omisiones de las autoridades (Estado o funcionarios públicos, incluidos los judiciales (arts. 10.5 y 15 de la Ley) como contra los particulares que violen o amenacen la libertad personal y los otros

(16) Ver FIX ZAMUDIO (H.), *op. cit.*, págs. 114, 115 y 77; GARCIA BELAUNDE (Domingo), "El Hábeas Corpus interpretado...", *op. cit.*, y COOPER (H. H.), *op. cit.*, págs. 4 a 10; GARCIA BELAUNDE (Domingo), "El Poder Judicial en el siglo XX", cit. por PAREJA PAZ, *op. cit.*, págs. 474.

(17) Confirma FIX ZAMUDIO (H.), *op. cit.*, págs. 114 y 115; BOREA ODRÍA (Alberto), *La Defensa Constitucional: el amparo*, Lima, 1977.

derechos constitucionales de los demás. También debe destacarse la regulación y configuración de las *omisiones* como medio de vulnerar los derechos constitucionales. Así, el artículo 4º de la ley vigente señala: "Si se ejerce la acción de Amparo, o de Hábeas Corpus, a causa de la violación de un derecho constitucional por omisión de un acto debido, el fallo ordenará el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto". Lo que en alguna medida nos traslada al problema, perenne y universal, de la ejecución de sentencias contra el Estado y sus funcionarios. En todo caso, aplaudimos el texto y regulación de las "omisiones" como medio de violación o amenaza a los derechos constitucionales. Nos parece un claro avance institucional, aunque no exento de múltiples dificultades operativas.

Las posibles vulneraciones o amenazas contra la libertad individual que dan acceso al Hábeas Corpus incluyen una serie de restricciones a derechos constitucionales que no se limitan a la libertad física y de movimiento. Esto es, el Hábeas Corpus no sólo protege, como es tradicional, la libertad corporal y de movimiento frente a la detención arbitraria (que se define en el acápite g) del inciso 20 del artículo segundo de la Constitución) por no ser puesto a la orden del juez dentro del término de 24 horas;<sup>(18)</sup> sino que también protege frente a otro tipo de violaciones distintas de la detención arbitraria.

El Hábeas Corpus puede operar frente a la expulsión del país, frente al secuestro, para proteger la libertad de conciencia y de creencia, así como para guardar reserva sobre sus convicciones religiosas, filosóficas, etc. ... Respecto de la libertad física y sus restricciones se hace en la ley una muy amplia enumeración de actos que puedan dar lugar al Hábeas Corpus (ver artículo 12º de la Ley Nº 23.506).

El Amparo procede en defensa de los derechos constitucionales que no protege el Hábeas Corpus (art. 295, párrafo segundo) y que la ley enumera taxativamente en el artículo 24 (ley 23.506).

El procedimiento del Hábeas Corpus, es sencillo, sumario e informal. Conoce de la acción "cualquier Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra el detenido o el del lugar donde se haya ejecutado la medida

(18) En cuanto al término de 24 horas para ser puesto a la orden del juez, ya en la propia Constitución existe una grave restricción en el párrafo final del acápite g) citado. Se afirma allí que "se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje, y tráfico de drogas en los que las autoridades pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término". La excepción nos parece grave porque mediante ella se facilita, como lo han denunciado los organismos internacionales, la práctica de la tortura y los malos tratos en los interrogatorios de los presuntos terroristas, traficantes o espías. Pero, además, porque hace nugatorio el término de 24 horas señalado, pues las autoridades siempre podrán escudarse en la presunción de que los detenidos preventivamente eran, al parecer, "presuntos" terroristas, etc. Aplicándoles tal presunción a todos los detenidos, aunque luego no se demuestre la culpabilidad o no se les procese. En todo caso, estuvieron detenidos por quince días sin estar dispuestos a la orden del juez.

o el del lugar donde se haya dictado. Si se tratase de detención arbitraria atribuida a una orden de un Juez, la acción se interpondrá ante el que designará a otro juez instructor..." (art. 15 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo). Contra la resolución que pone fin a la instancia procede la apelación ante el Tribunal Correccional, o la "nulidad" ante la Sala Penal de la Corte Suprema (artículos 19 a 22 de la Ley).

El procedimiento del Amparo, siendo igualmente sencillo y sumario, es un poco más complicado. "La acción de amparo se ejerce ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil" (Art. 29, Ley Nº 23.506). Contra la resolución que pone fin a la instancia cabe "apelación" ante la Corte Superior (arts. 33 y 34) frente a cuya decisión es posible recurrir ante la Corte Suprema (art. 35 y 36).

Al mismo tiempo, el Tribunal de Garantías Constitucionales puede conocer en casación las resoluciones derogatorias de la acción de Hábeas Corpus y de Amparo, una vez agotada la Vía judicial (art. 298.2 de la Constitución y artículos 42 a 47 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales Nº 23.385, de 19 de mayo de 1982).

No existen restricciones, por lo demás, a la legitimación activa para ejercer la acción de Hábeas Corpus en la vía judicial (art. 13 de la Ley), aunque en la casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales sólo estén legitimados, mediante "recurso extraordinario", la parte o el Ministerio Público (art. 42 de la LOTGC). En cambio, el "Amparo" sólo pueden interponerlo el afectado, su representante, o el representante de la entidad afectada" (artículo 26 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo). La casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales opera igual que en el Hábeas Corpus.

Debe señalarse que el Hábeas Corpus y el Amparo "no proceden respecto de las garantías y derechos específicamente señalados en el artículo 231 de la Constitución, durante el tiempo de su suspensión". El art. 231 hace referencia al *estado de emergencia* (inciso a) en virtud del cual son suspendibles la inviolabilidad del domicilio (art. 2, inc. 7), la libertad de circulación y residencia (art. 2º, inc. 9), el derecho de reunión (art. 2º, inc. 10) y las garantías frente a la detención arbitraria (art. 2º inc., 20 g); y el *Estado de sitio* (inc. b del art. 231) donde se pueden llegar a suspender todas las garantías, aunque referido a situaciones más determinadas.

En todo caso, durante la vigencia del estado de emergencia o de sitio la acción Hábeas Corpus queda de hecho y de derecho nulificada, pues fundamentalmente se dirige a proteger los derechos suspendibles. La acción de Amparo queda restringida pero, al parecer, seguiría operando.

De otra parte, en virtud de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, estas acciones de garantía no proceden "en caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable" (artículo 6.1) y el objeto de tales acciones se limita a "reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (art. 1 de la ley)". Esta limi-

tación de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo, nos parece exagerada y que no concuerda con la extensión con que se reconocen en el texto constitucional. De alguna manera, la misma ley establece excepciones a la afirmación respecto del objeto de tales acciones, al señalar que procede el Hábeas Corpus y Amparo frente a las "omisiones". Está claro que cuando se ataca una omisión se pretende todo lo contrario al restablecimiento de la situación anterior. También si el juez viola, fuera del procedimiento que es de su competencia, un derecho constitucional, en alguna medida tal violación ha sido consumada y, sin embargo, procede el Hábeas Corpus y el Amparo en virtud del artículo 5º de la ley.

No debe olvidarse que las acciones o amenazas generalmente cuando se recurren (mediante el Hábeas Corpus o el Amparo) ya han sido consumadas o cesadas y lo que se pretende es que se restablezca el goce del derecho amenazado o violado o que, al menos, si ello es imposible, se reparen sus consecuencias.

#### F. Otros medios de protección de los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente. La "acción popular", el contencioso administrativo y el Ministerio Público

##### 1) La Acción Popular

El último párrafo del artículo 295 establece: "Hay Acción Popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y locales y demás personas de Derecho Público".

La Acción Popular, aunque instituida desde la Carta de 1933, sólo comenzó a operar treinta años después, en 1963, cuando fue desarrollada por ley. Es el derecho que confiere legitimidad a cualquier ciudadano para reclamar o impugnar ante los tribunales ordinarios contra los atropellos de las autoridades y las violaciones de la Constitución, sostenidas en Reglamentos o normas administrativas de carácter general. A diferencia de la acción de "inconstitucionalidad" no opera frente a leyes o normas con rango legal. A diferencia del Amparo y del Hábeas Corpus, sí opera directamente contra normas generales sin rango legal.

La acción popular se ejercita directamente ante el Poder Judicial por cualquier persona, física o jurídica, y está exenta, en razón de su carácter, de toda formalidad, incluyendo la caución o fianza. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha sentado, al decir de GARCIA BELAUNDE, las siguientes tesis:

a) Sólo pueden ejercerlas quienes tengan legítimo interés económico o moral (lo que de por sí es un contrasentido, pues de acuerdo a su etimología la puede ejercer cualquier ciudadano);

b) Sus efectos no son de carácter anulatorio, no dejan sin vigencia a norma alguna, sino que advertida la colisión de la norma inferior con la ley o la Constitución, se declara la inaplicación de aquella al caso sub-litis, subsistiendo su validez general.<sup>(19)</sup>

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en su artículo 7º que la Acción Popular se sustancia en juicio ordinario, como proceso de pleno derecho y con la intervención del Procurador General de la República en representación del Estado.<sup>(20)</sup>

De acuerdo con la reglamentación de 1963, en actual revisión para su adecuación a la Constitución en 1974, la acción se ejercerá ante la Corte Suprema de Justicia, la que correrá Traslado al Procurador General. Una vez absuelto el trámite y emitido el dictamen por el Fiscal, ante la Corte Suprema de Justicia, en lo Administrativo, la Corte resolverá la demanda en acuerdo de Sala Plena, esto es, con la intervención de todos sus miembros, en el término de ocho días, oyendo previamente a las partes en audiencia pública, siempre y cuando no haya cesado la violación o la amenaza y esta no se haya convertido en irreparable (art. 6.1 de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus). De aquí que se trate de un proceso informal, sumario y con carácter preferente.<sup>(21)</sup>

##### 2) La acción Contencioso-Administrativo de la Constitución Peruana de 1979

De acuerdo con la Constitución las acciones de Amparo, de Hábeas Corpus y la Popular, permiten impugnar los actos administrativos y las normas generales (sin rango legal) de los poderes públicos y de todo ante con capacidad de Derecho Público, por violación de la Constitución y de las leyes, ante los órganos jurisdiccionales. De aquí que, si tales acciones operaran y se interpretaran eficaz y expansivamente, es muy posible que el "contencioso-administrativo" como vía de protección de los derechos fundamentales se nos aparezca como vocero dispensable, aunque sí necesario para la tutela de la legalidad administrativa.

Sin embargo, al parecer, tales acciones o vías sólo nos permiten obtener, como vimos, la anulación o desaplicación de determinadas normas al caso concreto (acción popular), o "reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional" (artículo 1 de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus), siempre y cuando no haya cesado la violación o la amenaza y ésta no se haya convertido en irreparable (art. 6.1 de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus). De aquí que si queremos lograr el restablecimiento de la situación anterior

(19) Citado por PAREJA PAZ SOLDAN (José), *op. cit.*, pág. 477.

(20) PAREJA PAZ SOLDAN (José), *op. cit.*, pág. 477.

(21) *Ibidem.*

cuando haya cesado la violación o la amenaza o estas sean imposibles de restablecer, sólo nos queda pensar en la vía contencioso administrativa (dentro del llamado contencioso de reparación o de plena jurisdicción). De otra parte, sin un contencioso administrativo, podemos quedarnos sin protección de los intereses legítimos y no sólo de los derechos públicos subjetivos, puede dañarse la legalidad y moralidad administrativa, o podrían quedar los ciudadanos inermes frente a los "excesos y desviaciones de poder", tal y como han sido entendidos por la jurisprudencia, sobre todo del Consejo de Estado Francés, etc. ...

El artículo 240 de la Constitución establece: "Las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la Administración que causa estado. La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las Cortes Superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia".

De su articulado se puede deducir algunas ideas:

- 1) Que la acción contencioso-administrativa que define, corresponde en competencia al Poder Judicial, lo que significa que no se acepta el sistema de organismos administrativos como el Consejo de Estado Francés.
- 2) Que operan frente a cualquier acto o resolución de la administración con minúscula, lo que debiera entenderse que comprende todos los actos o resoluciones (sin excepción) de cualquier Administración descentralizada del Estado y de los entes públicos, sean descentralizados funcional o territorialmente.
- 3) Que para interponer la acción contenciosa debe agotarse previamente la vía administrativa pues el acto o resolución recurridos deben haber causado estado.

Sin embargo, de la normativa constitucional no se puede deducir qué sujetos están legitimados para interponer la acción, si los actos o resoluciones recurridos gozan o no del privilegio de ejecutoriedad o de autotutela ejecutiva y, si tal cosa ocurre, qué medios tenemos para suspender el acto o resolución administrativos impugnados; si cabe o no la acción para proteger intereses legítimos y no exclusivamente derechos subjetivos o constitucionales y legales; si cabe la acción contra la discrecionalidad administrativa y contra el exceso de poder: si hay o no actos excluidos del control (actos de gobierno, etc. ...), si la ejecución de sentencias contra la Administración será efectiva o no, etc. ... Tales preguntas sólo pueden ser respondidas a la vista de la legislación y jurisprudencia que desarrollen el precepto constitucional. De tal desarrollo depende que contencioso administrativo sea un instrumento valioso para la protección de los derechos constitucionales y de la legalidad administrativa, o se convierta en una simple vía de protección privilegiada del Estado y de los entes públicos.

3) *El Ministerio Público*

La Constitución de 1979, prevé una institución con características y atribuciones similares a las del Defensor del Pueblo español o a las de los Ombudsman escandinavos. Esta institución es el "Ministerio Público" previsto en los artículos 250 y 251 de la Constitución, cuya vigencia, así determinada, supuso la completa separación del antiguo Ministerio Fiscal del Poder Judicial donde antes se encontraba funcionalmente.

Decimos que la institución es similar, por cuanto su organización, prerrogativas, incompatibilidades y nombramiento de sus miembros (art. 251) le asemejan a la institución de origen escandinavo; pero, sobre todo, por cuanto tiene dentro de sus competencias la de "actuar como defensor del pueblo ante la administración pública" (art. 250.4), la de "promover de oficio o a petición de partes la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley" (art. 250.1), la de "velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia" (art. 250.2), la de estar legitimado (su titular, el Fiscal de la Nación) para interponer acción de inconstitucionalidad (art. 299.3) y para interponer recurso extraordinario en casación, en las acciones de Amparo y Hábeas Corpus denegados en la vía judicial (LOTGC), la de poder actuar en las acciones populares, de Amparo y de Hábeas Corpus en la vía judicial (ver Ley de Hábeas Corpus y de Amparo), etc.

Sin embargo, se diferencia de los ombudsman típicos en que no es, propiamente, un organismo parlamentario (de origen y de consulta del Parlamento) sino más bien un híbrido entre la Administración Pública y el Poder Judicial, con características de ambos (algo así, guardadas las distancias y diferencias, como el Consejo de Estado francés). Tiene atribuciones "judiciales" pero sin que sus decisiones sean obligatorias ni se emitan a través de sentencias a partir de un procedimiento jurisdiccional. Al mismo tiempo, tiene características administrativas, pero sin vinculaciones, propiamente, ejecutivas.

De otra parte, su función de Defensor del Pueblo y de los Derechos ciudadanos, se ejerce al lado de otras funciones de tipo penal, de investigación policial y de asesoría jurídica. Por ejemplo, los incisos 5º y 6º del artículo 250 establecen que le corresponde: "5º Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio o a petición de parte. 6º Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en los casos que la ley contempla"; además de actuar como parte legitimada en los juicios que corresponda según lo determine la ley.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley la concede expresamente.

Por decreto legislativo Nº 52 de fecha 15 de marzo de 1981 el Poder Ejecutivo, con la preceptiva autorización del Congreso Nacional,

sancionó la Ley Orgánica del Ministerio Público, que, por cierto, no deja de ser un contrasentido, pues el "sentido" de las leyes "orgánicas" para diferenciarlas de las demás, es que necesitan una tramitación especial, siempre, en teoría, más complicada que la de las leyes ordinarias; a menos que se entienda lo de "orgánica" por su función "organizar" un ente público. Pero entendemos que cuando el constituyente exigió (como lo hizo en el art. 251 párrafo final) una ley "orgánica" quiso excluirla de la delegación legislativa y de la regulación de los "decretos leyes" (en virtud de el artículo 188). En todo caso, el Decreto Legislativo de referencia establece que el Ministerio Público "es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio para los efectos de defender a la familia, a los menores incapaces y el interés social así como para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil".(22)

Los órganos del Ministerio Público son el Fiscal de la Nación (superior jerárquico), los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, que son nombrados por el Presidente de la República con la subsecuente ratificación del Senado. Se turnan cada dos años en la Fiscalía de la Nación, que es elegida dentro del seno de los Fiscales ante la Corte Suprema. Los Fiscales ante las Cortes Superiores y los Fiscales Provinciales ante los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción. Sus miembros tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías, les afectan las mismas incompatibilidades, y su nombramiento está sujeto a idénticos requisitos y procedimientos (art. 251 de la Constitución).

Entendemos como un adelanto institucional el establecer o, más bien, el otorgar a un organismo, con independencia o autonomía del poder ejecutivo principalmente, las funciones de defensor del pueblo o de procurador de los derechos humanos. Sobre todo si la ley que desarrolla los preceptos constitucionales, permite que actúe con verdadera autonomía frente al poder, y, sobre todo, si los titulares del órgano tienen la suficiente convicción para ejercer el pleno de su actividad funcional.

Encontramos peligroso que un organismo reúna tantas atribuciones distintas aunque entrelazadas. Y ello no tanto por la posible concentración de poder en un solo ente, que para estos efectos no nos preocupa, como porque en virtud de la diversidad, no pueda o ne le interese ejercer *todas* con un mínimo de efectividad y seriedad. Ya sólo ejercer como fiscal o instructor en los asuntos penales requiere una dedicación profunda. Si a ello se le agrega su función consultiva respecto de las resoluciones de la Corte, tendremos que su actividad como defensor del pueblo u ombdsman se verá postergada, debilitada o, incluso, hasta olvidada.

Por otra parte, la Constitución no nos permite descubrir cuál es el valor jurídico de sus decisiones, si ellas deben ser conocidas y presentadas al Parlamento o a la opinión pública, etc. De tales posibilidades dependerá

(22) Citado por PAREJA PAZ SOLDAN (José), *op. cit.*, pág. 359.

la utilidad del organismo como defensor del pueblo y de los derechos humanos.

En todo caso, están vigentes las normas constitucionales para ser desarrolladas en toda su plenitud si se tiene la convicción e intención de no dejarlas en letra muerta. Ello dependerá, ciertamente, de la legislación, pero mucho más de sus titulares (los Fiscales) y de las circunstancias políticas y sociales donde les corresponda actuar. Sobre todo, es necesario que el organismo se vincule al Parlamento (no a la mayoría parlamentaria), y colabore con él en la función de *controlar* al Gobierno y a sus titulares y funcionarios (dentro de los cuales, necesariamente, debe incluirse a las fuerzas armadas y policiales) en aras de un más amplio respeto de los derechos humanos.