

Perfil Histórico Doctrinario y comparativo del Ministerio Público

Victor García Toma

Introducción

EL MINISTERIO PÚBLICO como ente autónomo premunido de responsabilidades de singular importancia para el mantenimiento y consolidación del Estado de Derecho, —se ha convertido gracias a la sagaz visión de nuestros constituyentes—, en un poderoso órgano de Control de Poder.

Su estructura surge de la feliz simbiosis de dos instituciones que en otros ordenamientos jurídicos han marchado independientes. En el nuestro, el Ombudsman y el Ministerio Fiscal han sido reunidos en un solo órgano para dotar a la ciudadanía de un eficiente agente de control; defensor de la sociedad, de la legalidad y de los derechos humanos y ciudadanos.

En tal virtud, los antecedentes históricos aquí expuestos, están relacionados a la particular manera de entender los alcances y atribuciones de nuestro Ministerio Público.

Referencias Históricas

A través de la cronología histórica señalada por Veit Valentín (H. Universal 1950) y la perspectiva doctrinaria, planteada por José Hurtado Pozo (Ministerio Público, 1981), encontraremos atisbos significativos en la historia universal que permiten conocer los antecedentes y orígenes del Ministerio Público: así tenemos que en Egipto por cla-

ras razones de orden político se formó un vasto y desarrollado aparato burocrático. Con el fin de sufragar los gastos de construcción, guerra y de corte, se nombraron funcionarios públicos encargados de la recaudación tributaria; la cual se gravaba sobre toda la actividad productora existente. Dichos funcionarios ostentaban una condición social expectatante.(1)

En Asiria, los reyes enviaban representantes personales a todos los pueblos vasallos con la finalidad de cobrar tributos. En China (221 a.c.) la naciente dinastía Ching, logró consolidar la unidad del imperio bajo su sola autoridad. Con fines de administración dividió el Estado en 36 provincias, cada una contaba con un gobernador civil y otro militar. El primero de ellos, tenía entre otras tareas, la de funcionario local del fisco y encargado de determinadas atribuciones de carácter procesal. (2)

Bajo el predominio de la dinastía Han, este organismo de administración mejorará su organización, convirtiéndose en un factor esencial para la integración y centralización del imperio. En Persia, durante el exitoso gobierno de Darío, se establecerán las Satrapías. Los funcionarios encargados serán autorizados a desempeñar labores de conscripción y vigilar la idoneidad y moralidad de funcionarios de menor jerarquía.(3)

En Roma, nos encontramos ante una institución con algunas atribuciones propias del actual Ministerio Público (4). Eran los llamados *Censores*, éstos eran (2) funcionarios elegidos cada cinco años por la Asamblea que ejercían dicho cargo por un período de año y medio y tenían gran poder personal. Establecían el censo de los ciudadanos y los clasificaban según su riqueza, fijaban la lista de senadores y, sobre todo, vigilaban la moralidad pública, tenían la potestad de desaforar del senado a quienes ellos creían que ejercían el cargo indignamente.

Propiamente el Ministerio Público es una institución de linaje francés (5). Su paulatina consolidación respondió a fines políticos. Debe recordarse que durante el imperio Carlovingio (1768 d.c.) y debido a su falta de unidad y carácter patrimonial del poder se fue generando en suelo francés el feudalismo. Este fue una clara consecuencia del desmembra-

(1) Valentín, Veit. "Historia Universal".

(2) Aut. Cit. Ob. cit.

(3) Aut. Cit. Ob. cit.

(4) Herrera Paulsen, Darío. Derecho Romano.

(5) Hurtado Rozo, José. El Ministerio Público.

miento del poder central, pero cuya unidad no llegó a desaparecer por completo.

Al igual que en toda Europa, Francia durante el siglo XIII comienza a experimentar una serie de cambios económicos y sociales que provocarían a la larga la disolución del Sistema Feudal. Correspondió a Luis XI (1461-83) emprender la lucha contra el feudalismo y robustecer las instituciones monárquicas. En este espíritu, el borbónico Luis XIII implementará un sistema de funcionarios públicos encargados de asegurar la recaudación tributaria en favor de la corona. Estos personajes contaban con la confianza del reyno y eran beneficiarios de privilegios.

En un largo proceso de fusión que abarcan los siglos XIV y XVI se consolida en definitiva el Ministerio Público. De un lado los Abogados del Rey encargados de tareas procesales y, del otro, los Procuradores del Rey premunidos de funciones administrativas y las ya expuestas de carácter fiscal. Al parecer ya en el siglo XVI, fundidas como una sola institución seguirán prevaleciendo las funciones administrativas sobre los procesales. Fue pues como se ha explicado un instrumento de poder de los reyes franceses contra el señor feudal. (6)

Durante la etapa conocida por los constitucionalistas como la de "La Monarquía y la República Revolucionaria, (1789-1799)", su conducción quedó a cargo de los prefectos. Tanto la Carta de 1791, votada por la Asamblea Constituyente de la Revolución, así como, la de 1793 que instituye por primera vez el régimen republicano la mantuvieron pero no supieron darle una estructura clara y definida acorde con los cambios políticos y sociales del momento. La tormenta política entre girondinos y jacobinos, la precariedad del orden jurídico y las preocupaciones legislativas dirigidas a otros aspectos, fueron las causas de este desapego a la institución.

Será durante la dictadura Napoleónica de 1799 - 1814 que el Ministerio Público adquirirá su plena organización y estabilidad. La Constitución del año VIII que creó el Consulado y que fué preparada por Siyès la incorporó, y al igual, que el resto del texto, tuvo un carácter antiliberal y autoritario.

El Ministerio Público entre otras instituciones, permitió a un hom-

bre: Napoleón Bonaparte, consolidar y centralizar su poder, retomando la estructura existente en la época de los Luises.

Las bases legales que dotaron de organicidad y funcionalidad permitió fijarla como institución representativa del poder central las tenemos en la Ley del 27 de Enero de 1801, el Código de Instrucción Criminal de 1808, la Ley de Organización Judicial de 1810 y el decreto del 18 de Agosto del mismo año. Más allá de las implicancias políticas al legislarse sobre que la institución, ésta sera definida como representativa del Poder Ejecutivo. Se postulaba así la idea de la coincidencia de los intereses sociales con los intereses del Estado. (7)

En la Vertiente jurídica española, (8) hay que reconocer que esta surge como consecuencia de la recepción del modelo francés. Sin embargo, existen algunos atisbos significativos en el ordenamiento castellano que datan del siglo XV. Así tenemos El Justicia Mayor, instituido en 1428 el cual cumplía atribuciones de protección a fundamentales derechos humanos; tal el caso de la libertad. La altivez de la institución se aprecia claramente a raíz del enfrentamiento de este a la autoridad de Felipe II al dar protección legal al secretario real, don Antonio Pérez. Los súbditos españoles vieron en esta institución un firme baluarte contra el exceso de poder. Como se verá mas adelante el Ministerio Público bajo la concepción francesa será oficialmente incorporada a través de la Constitución Española de 1812.

Sin embargo, será sólo en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 en que se le dotará de perfiles más consistentes La Ley Orgánica de 1870 la regulará como órgano de iniciativa, vigilancia y representación del Gobierno ante los Tribunales. En la década de los años 20 del presente siglo se le independizará del Poder Judicial, así tenemos que mediante el Estatuto Orgánico de 1926 y el Reglamento de 1927 el Ministerio Público constituirá un órgano diferenciado y se apartará en este aspecto de la concepción francesa.

En la Constitución Española de 1978 adquirirá nuevas atribuciones, así por ejemplo, en el art. 117 de la Constitución se señala que "El Ministerio Público sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos

(7) Aut. Cit. Ob. cit.

(8) García Toma, Víctor. T. B. El Habeas Corpus.

tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y prever ante éstos la satisfacción del interés social. Una de sus características más importantes es que la Policía Judicial no sólo depende de los Jueces y Tribunales sino que también lo está para el Ministerio Público, a fin de que los órganos de investigación se encargan de la averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente (art. 126).

En el ámbito peruano y siguiendo la cronología de Gustavo Pons Musso y particularmente por don José Basadre (Historia de la República 1968), así como la perspectiva constitucional fijada por Vicente Ugarte del Pino (Historia de la Constituciones Peruanas 1979). Tenemos que en el apogeo del Imperio del Tahuantinsuyo encontramos un antecedente de gran trascendencia. Al organizarse los Suyos o Regiones se estableció alrededor de las provincias que la conformaban, la creación de una institución burocrática cuyos funcionarios eran conocidos con el apelativo de *TUCURICUC (EL QUE TODO LO VE)*. Estos funcionarios vigilaban, visitaban, fiscalizaban e inclusive en algunos casos hasta administraban justicia. Se encargaban del pleno y exacto cumplimiento de la ley y de la supervigilancia de las tareas encargadas a los Chunca, Pachaca, Huaranga y Humo Camayoc. Era un informante del Inca.

Estos funcionarios eran elegidos entre los tíos o hermanos del monarca y la duración de sus cargos dependía de la voluntad imperial. Se les trasladaba de ubicación en forma periódica.

Sus atribuciones llegaban al extremo de encontrarse facultados de remover a los malos funcionarios y designar a su reemplazantes con cargo de informar al Inca.

Con el inicio de la conquista en 1532, (9) se transplanta la concepción jurídica castellana. Aparecerá entonces el Fiscal del Consejo de Indias. Este organismo de singular importancia en la estructura jurídica colonial tuvo grandes atribuciones e inclusive en su primera etapa estuvo presidida por el Rey. Será en 1542 que se resuelve dedicarlo, exclusivamente, a los asuntos de Indios y Repartimientos. El funcionario citado defendía los intereses de la hacienda real y se le dará mayores responsabilidades al

(9). Javierd Tord y Carlos Lazo. Tomo V. "Historia del Perú". C. M. B.

crearse las Reales Audiencias de Lima y Cuzco. En 1575, por iniciativa del Virrey Francisco de Toledo se crea el Protector General de Naturales, el cual, formalmente no era parte integrante del cuerpo judicial pero, de hecho, operó en la Corte limeña como instancia cernidora con respecto a los reclamos que debían ser vistos por el Virrey o la Audiencia. En provincias actuaba un funcionario denominado *Protector Provincial*. Ambos en sus correspondientes niveles tenían como obligación defender el indio litigante de los engaños y exacciones de que eran objeto por parte del personal que integraba la Audiencia y los Corregimientos; se debían esforzar por acelerar el curso de sus demandas y exigir sentencias condenatorias contra aquellos que transgrediendo las leyes atentaban contra el buen tratamiento.

En 1812 y como consecuencia de la ocupación napoleónica sobre las tierras ibéricas, las fuerzas liberales españolas impulsan, debaten y aprueban la Constitución Española de ese mismo año. En el Perú se cumplieron todas sus disposiciones y representantes peruanos discutieron y sancionaron su texto, entre ellas, se podría mencionar a Morales y Duarez, Blas de Ostalaza, Ramón Feliu, etc. La Constitución fue jurada y promulgada en Lima y demás pueblos del Perú con todas las formalidades de la época, incluso se efectuaron elecciones municipales y nombramiento de autoridades conforme a ella. El Ministerio Público en dicha Constitución no tuvo orden ni sistematización propia, sus atribuciones se encontraban diseminadas a lo largo del texto.

En la etapa republicana (10) la encontramos prevista en la Constitución Política de 1823 sancionada por el Primer Congreso Constituyente (12-11-23) formando parte del Poder Judicial; vemos pues que en el art. 98 se estipula que "habrá una Suprema Corte de Justicia que residirá en la Capital de la República estará compuesta por un Presidente, ocho Vocales, y dos Fiscales, divididos en las salas convenientes. Igualmente, en el art. 101 se señala que habrá en los departamentos de Lima, Trujillo, Cuzco, Arequipa y demás que conveniese, Cortes Superiores compuestas de los Vocales y Fiscales necesarios". En dicha Constitución no se estableció criterio alguno con referencia a la intervención fiscal en los Juzgados de Primera Instancia. Esta como todas las demás Constituciones anteriores a la de 1979 llamarán Fiscales a los miembros que constituirán su Ministerio, organismo al que ni siquiera nombrarán.

La expuesta constitución de 1823, nos muestra una de las más sugere-

(10) Ugarte del Pino, Vicente. "Historia de las Constituciones Peruanas".

rentes ironías de la historia dado que el día anterior a la promulgación de la Carta Política, el mismo Congreso declarará que suspendía el cumplimiento de los arts. incompatibles con la autoridad y las facultades del libertador. En realidad la constitución de 1823 y, por ende, las referidas al Ministerio Público no estuvieron en vigor plenamente ni un solo día. El Primer Fiscal Supremo de la República fue don José María Galdeano; el cual a su vez tiene el mérito de haber sido el último Presidente de dicho Congreso Constituyente.

Con Simón Bolívar en el Poder, se elaborará la denominada Constitución Vitalicia (10-11-26) en la cual se señala que la primera magistratura judicial del Estado residirá en la Corte Suprema de Justicia (Art. 102); que se compondrá de un Presidente, seis Vocales y un Fiscal, divididos en las salas convenientes (art. 103). Se señala que las acciones fiscales no admiten conciliación (art. 114). Nota significativa representa la creación de la *Cámara de Censores*, los que siendo funcionarios públicos con el carácter de vitalicios, tenían obligaciones de suma importancia, tales como:

“Art. 51.

1.— Velar sí el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados Públicos.

2.— Acusar ante el Senado de las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las leyes y los Tratados Públicos.

3.— Pedir al Senado la suspensión del Vicepresidente y Secretarios de Estado si la salud de la República la demandare con urgencia”.

Otras significativas atribuciones las tenemos expuestas en el art. 60.

— “Proteger la Libertad de Imprenta . . .”

— “Condenar a| aprobio eterno a los usurpadores de la autoridad pública, a los grandes traidores, y a los criminales insignes”.

Como se verá esta institución recogida de la legislación románica, es el antecedente nacional más cercano al Defensor del Pueblo instituido en 1979.

La Constitución Liberal de 1856 promulgada durante el Gobierno Provisorio de Ramón Castilla, establece en el art. 132 que “para vigilar el cumplimiento de las leyes habrá un Fiscal de la

Nación, en la Capital de la República, Fiscales y Agentes Fiscales en los lugares que conviniere y con las atribuciones que la ley designe”.

El art. 133 exponía que “El Fiscal de la Nación será nombrado en la misma forma que los Vocales de la Suprema, los Fiscales como los Vocales Superiores y los Agentes Fiscales como los Jueces de Primera Instancia”; esto es, que el Fiscal de la Nación sería designado por el Congreso, a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo; los Fiscales Superiores y Agentes Fiscales, lo serían por el Ejecutivo a propuesta en terna doble de las Juntas Departamentales. Sobre la base del citado art. 132 se aprobó la ley sobre la Organización del Ministerio Público el 07-07-57, estableciéndose como facultades del Fiscal de la Nación la supervigilancia del Poder Judicial y, en especial, que los Fiscales de las Cortes y Agentes Fiscales, dictaminen en los asuntos y casos que les compete, cuidar que todo funcionario público cumpliera la constitución y las leyes, dar parte al Congreso sobre las infracciones de cualquier funcionario de la República, inspeccionar las Oficinas del Estado y todo establecimiento público o corporación legal sin excepción alguna, dando parte de los abusos y de las transgresiones de las normas legales y reglamentarias, cautelar que las elecciones populares se verificaran con plena libertad y en los tiempos designados.

Los reglamentos y las leyes posteriores variaron las funciones del Ministerio Público, pero siguieron fieles al criterio de entenderlo como órgano integrante del Poder Judicial.

El 28 de Julio de 1912, se promulga nuestra primera Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley No. 1510), la cual da por primera vez, el nombre de Ministerio Fiscal a la Institución, atribuyéndole la representación y defensa del Estado en las causas en que éste fuese parte, acusar por los delitos e intervenir en los juicios criminales, velar por el cumplimiento de la legislación nacional pidiendo el remedio y castigo de los abusos que notaren, defender la jurisdicción nacional, el patronato, las obras y legados pías, los intereses de Beneficiencia y de menores, y otras de menor importancia.

Por Resolución Suprema de 7 de Agosto de 1931, la Junta de Gobierno de ese entonces procedió a nombrar una Comisión para que formulará un Anteproyecto de Constitución la que, en definitiva, quedó integrada por los doctores Manuel Vicente Villarán, en su calidad de Presidente V.A. Belaúnde, Diómedes Arias Schereiber, Jorge Basadre, José León Barandiarán, Toribio Alayza y Paz Soldan y Luis Valcarcel. (11)

(11) Ruiz Eldredge, Alberto. “La Constitución Comentada”

En dicho Anteproyecto se planteó la necesidad de crear el Fiscal de la República. (Art. 149-151). Entre las prerrogativas que se le otorgaban se encuentran las siguientes :

- Funciones relativas al Poder Judicial, supervigilancia de los funcionarios con facultad de requerimiento para el cabal cumplimiento de sus obligaciones;
- Independencia y autonomía frente al Poder Ejecutivo;
- Personero del Estado y de las Corporaciones Públicas ante la Corte Suprema en los procesos contenciosos administrativos;
- Atribuciones para promover procesos contra los actos del Poder Ejecutivo que fueren ilegales pudiendo, inclusive, iniciar las acciones civiles de nulidad o rescisión de contratos de derecho privado celebrados por la administración consideradas ilegales o lesivos al interés nacional.
- Fungir de consultor de los poderes públicos;
- Examinar los Contratos de Empréstitos que el Gobierno celebre con autorización legislativa y de certificar ante el Congreso si fueron pactados con sujeción a las bases autorizadas.

El Fiscal de la República debería ser designado por el Senado por un período de 10 años y con posibilidad de obtener la reelección.

Con seria reflexión la Comisión señalaba que "la autonomía del Poder Judicial ofrecería cierto peligro sino se crease una entidad que la modere. Esta entidad necesita estar fuera de la jerarquía judicial y al mismo tiempo tener con la Magistratura cierta afinidad de espíritu". Al lado del Gobierno hace falta también un representante de la legalidad, que coopere con su consejo Técnico para que la Administración no se aparte del orden jurídico. Hace falta un funcionario poderoso que asuma la responsabilidad de acusar por delitos cometidos contra el Estado por funcionarios de la Administración que cuide de reparar que el error o el peculado puedan mellar el patrimonio de la Nación. Ensayemos este nuevo recurso para dar firmeza a la legalidad y moralidad administrativa tan expuestos en el país a sufrir dolorosos eclipses".

Pese a la calidad del Anteproyecto de Constitución este no fue tomado en cuenta por el mutilado Congreso Constituyente del 31;

El Congreso Constituyente mencionado estableció a través de su art. 222 "que los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia serían elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuesto por el Poder Eje-

cutivo", asimismo, el art. 223, establecía que "los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en Terna doble de la Corte Suprema y, los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales, a propuesta en Terna doble de la respectiva Corte Suprema". No se estableció ninguna consideración especial para la institución siguiendo ésta formando parte de la estructura judicial.

Mediante Decreto Ley No. 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial; del 25 de Julio de 1963, se menciona ya expresamente al Ministerio Público pero, lamentablemente, más allá de rótulos significó una disminución de atribuciones y funciones con relación a la ley de 1912. Las facultades respetadas se encuentran contenidas entre los arts. 330 y 347, fijándosele ser el representante del interés social como parte o auxiliar administrativo del Juez o Tribunal. En 1975, el pleno auge del proceso militar se crea la Comisión de Reforma Judicial mediante Decreto Ley 21307, estableciéndose en el art. 13 lo siguiente: "Asígnase a la Oficina Nacional de Asuntos Jurídicos las funciones que han correspondido al Fiscal en lo Administrativo de la Corte Suprema en los asuntos administrativos del Sector Público Nacional, exceptuándose los de la propia administración de Justicia".

Felizmente, superada esta etapa, la Asamblea Constituyente bajo la patricia conducción de Víctor Raúl Haya de la Torre y, posteriormente, como consecuencia de su lamentable pérdida para el país, bajo la presidencia de Luis Alberto Sánchez, se logró la aprobación de la Constitución de 1979.

En lo atinente al Ministerio Público, éste quedó instituido en la Carta Magna, como consecuencia de la simbiosis de los proyectos del Partido Aprista Peruano y Partido Popular Cristiano, sin dejar de lado, los valiosos aportes expuesto por los Fiscales de las Cortes Superiores de Lima y Callao, que como bien dice Enrique Chirinos Soto en su obra "La Nueva Constitución al Alcance de Todos", correspondió a los Fiscales Pedro Mendez Jurado y Federico Kajatt importante papel".

Se debe dejar expresa constancia de la labor cumplida por el representante Dr. Javier Valle Riestra, el cual influyó notoriamente en el ánimo de los constituyentes para dotar al Ministerio Público, con las atribuciones concerniente a la Defensa del Pueblo ante los órganos de la Administración Pública.

La Influencia Sueca

Esta cada vez más prestigiosa Institución se enraíza en Suecia con la Constitución de 1809. conocida con el nombre de Ombudsman nace como un agente de la Asamblea Parlamentaria con la atribución de asegurar en su nombre el control permanente de los servicios administrativos y judiciales. Su organización y competencia se ha desarrollado, pero permanece fiel a su carácter de contralor parlamntario.

El Ombudsman Sueco (12) es un permanente vigía del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de los servicios públicos; su tarea está dirigida a defender los derechos y atribuciones del ciudadano común frente a las transgresiones de los órganos del Estado, investigando errores, negligencias y dolos a través de un expeditivo y flexible procedimiento gratuito.

Esta Institución ha visto reforzada su finalidad al ampliarse sus atribuciones por medio de otro funcionario de similar categoría que se ocupa de la defensa de los consumidores. El objetivo es velar por el estricto cumplimiento de dos dispositivos legales que entraron en vigor al tiempo de su nombramiento: La Ley sobre Marketing y las Condiciones Contractuales. Esta Institución orienta al consumidor contra la propaganda o contra cualquier otra forma indebida de difusión comercial. Así mismo se ocupa de evitar las indicaciones inexactas sobre precios y calidades y contra las promesas engañosas, en los productos. En cuanto a su relación con la ley sobre condiciones contractuales, su atención está dirigida a proteger a los consumidores que se encuentran a merced de cláusulas de compra-venta arbitrarias. Ante esta situación el funcionario tiene la potestad de modificarlas o suprimirlas.

El ordenamiento jurídico sueco tiene una enorme influencia sobre toda el área escandinava lo cual es notorio, por ejemplo, en Finlandia, Noruega y Dinamarca donde se han creado con casi las mismas características y funciones.

(*) Las referencias que aquí aparecen han sido tomadas de la Revista de Administración Pública y Documentación Administrativa, España (periodos 1970 - 1980).

(12) La Roche, Humberto. "El Ombudsman en los Países Nórdicos y el caso de Venezuela"

En el caso Filandés (13), se crea en 1919 y tal como señala Víctor Fairen Guillen en su artículo "Normas y Tratos sobre el Ombudsman de Finlandia" se le encomienda por disposiciones que el Parlamento señala, el controlar la observancia de las leyes por parte de los Tribunales y funcionarios, así como, de perseguir ante los órganos jurisdiccionales competentes aquellos que por parcialidad, favor o cualquier otro motivo cometan en el ejercicio de sus funciones actos dolosos o negligentes en el cumplimiento de sus tareas.

En el caso Danés (14), aunque su estructura administrativa difiere de la implementada en el Estado Sueco no existe, sin embargo, tajante separación entre administración y gobierno. Fue creada durante la reestructuración constitucional de 1953. Se define a este funcionario como un *Comisionado Parlamentario* abocado a la supervigilancia de la administración civil y militar. Su función principal, sin ser la única, es la de verificar las quejas contra la Administración. Sin embargo, el Poder Judicial no se encuentra dentro de su esfera funcional. Al igual que en el caso peruano tiene acceso a todo tipo de información, salvo las de carácter secreto.

La singularidad de la institución en Dinamarca (15), estriba en que los amplios poderes de investigación se ven contrapesados por una casi completa carencia de potestad ejecutiva.

El Ombudsman no tiene poder para anular ninguna decisión administrativa y carece de recursos para compensar a la parte agraviada. Su papel es la de investigar, valorar y censurar. Puede inclusive recomendar se tome acción disciplinaria contra el mal funcionario pero no tiene la atribución de hacerlo por sí misma.

En el caso Noruego (16) es también el Parlamento quien designa el Ombudsman en lo Administrativo. Su competencia alcanza todos los órganos públicos con excepción de las decisiones del Gabinete, Poder Judicial y el Auditor de Cuentas Públicas. Conoce de dichos asuntos de oficio o a petición de parte. Así cualquier súbdito noruego que considere que la autoridad le ha dado un tratamiento abusivo o injusto tiene el derecho de

(13) Fairen Guillen, Víctor. "Normas y Metas sobre el Ombudsman de Finlandia"

(14) La Roche, Humberto. Ob. cit.

(15) La Roche, Humberto. Ob. cit.

(16) La Roche, Humberto. Ob. cit.

recurrir al Ombudsman mediante carta sellada y lacrada, el cual, determinará previamente si existe mérito suficiente para proceder al estudio de lo denunciado. El funcionario tiene amplia facultad de solicitar información o documentación. Sus facultades llegan al estado de comunicar sobre el hecho doloso, abusivo o negligente al Parlamento y/o Ministerio competente.

El Ombudsman en la óptica Anglo-Sajona (17)

La aparición de una institución similar del Ombudsman en la legislación de países como Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Canadá y Estados Unidos, establece tajantes rasgos diferenciales con el modelo escandinavo. Así como en Suecia, no ha parecido extraño a los legisladores que la citada institución ejerza un control sobre las actividades jurisdiccionales y que su labor investigadora se extienda a todos los funcionarios, en cambio, en la Gran Bretaña resulta inadmisibles que las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales pudieran ser revisadas y cuestionadas por un funcionario elegido por el Parlamento o por el Poder Ejecutivo. La carencia de un sistema jurisdiccional contencioso administrativo en los dominios de la Reyna Isabel II ha sido factor decisivo para el éxito del Parliamentary Commissioner (Comisario Parlamentario).

Sus características fundamentales se podrían resumir en que su designación es potestad de la Corona, y no del parlamento; carece de la posibilidad de realizar visitas de inspección a los órganos administrativos; tiene la prohibición de recibir las reclamaciones directamente (se efectúa por medio de un miembro de la Cámara de los Comunes); carece de facultades disciplinarias. La ausencia de atribuciones ejecutivas, nos llevan a entender a este Comisario Parlamentario para la Administración como un mero verificado de reclamos ciudadanos.

El Modelo Francés (18)

Así como el modelo Inglés no permite ejercer control sobre las actividades jurisdiccionales esto se acentúa más para el caso del sistema galo, el cual, a través de la ley del 3 de Enero de 1973 instituye el Mediatour. El

(17) El Ombudsman en Gran Bretaña. Documentación Administrativa.

(18) De la Vlueme Velarde Vicente. "La figura del Mediatour en el D. Post. Francés".

legislador ha tenido sumo cuidado en no dar lugar a que éste funcionario ejerza vigilancia sobre los asuntos judiciales, así como, tampoco interfiera en los campos del procedimiento contencioso-administrativo.

El radio de acción del Médiatur se encuentra circunscrito a situaciones particulares para los que la legislación francesa sólo ofrece soluciones de carácter muy genérico. La designación de éste funcionario es potestad del Poder Ejecutivo. Carece de acción de oficio, actúa por mandato de un Representante Parlamentario, el cual, sólo cursa aviso si le parece admisible la solicitud de investigación.

Carece de medios compulsivos o atribuciones disciplinarias y se concreta a recomendar y proponer alternativas tendientes a mejorar el funcionamiento del servicio público de su misión.

Su misión, pues, no radica en censurar los actos de la administración sino en incitar a ésta a reorientar o reconsiderar su actuación mediante sugerencias.

Cabe afirmar rotundamente que el Mediatour o Mediador no ha pretendido erigirse en protector o defensor de los derechos públicos subjetivos, sino tan sólo en el portavoz de los intereses particulares o de los administrados, frente a la Administración Pública cuando ésta no ha dado satisfacción a sus legítimas pretensiones. Actualmente, por la escasa eficacia práctica que su ejercicio comporta, el funcionario tiene variados obstáculos para mediar con la administración. Finalmente podemos advertir que es una Institución enfocada desde su creación más al servicio del gobierno que de los gobernados, sin particulares poderes y con competencia restringida.

El Defensor del Pueblo en la Actual Legislación Peruana

El Estado Peruano como organización jurídica de nuestra sociedad tiene la responsabilidad de garantizar los derechos públicos subjetivos de todos sus miembros.

En materia de tales derechos, Jellinek (19), los ha distinguido en :

(19) Jellinek, George. "Teoría General del Estado".

- Derechos de libertad;
- Derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales;
- Derechos Políticos.

El conjunto de todos los derechos públicos de una persona constituye según la terminología del citado autor el *Status del sujeto*. Es la suma de facultades que los particulares tienen frente al poder público y representa una serie de limitaciones que el Estado se impone a si mismo.

Los representantes a la Asamblea Constituyente, imbuidos en la creencia de la primacía de la persona humana y en la de que todos los hombres son iguales en dignidad, que tienen derechos de validez universal anteriores y superiores al Estado y, que éste, debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos subjetivos públicos de sus miembros, fijaron dentro de la amplia clasificación de Jellinek una suma de atribuciones fundamentales a las que toda persona tiene pleno derecho.

Estos a grandes rasgos serían :

- A la vida y al libre desenvolvimiento de la personalidad;
- A la igualdad ante la ley;
- A la libertad de conciencia y de religión;
- A las libertades de información, opinión, expresión, etc.;
- Al honor y la buena reputación;
- A la libertad de creación;
- A la inviolabilidad del domicilio;
- A la inviolabilidad y al secreto de los papeles privados y las comunicaciones;
- A la elección libre del lugar de su residencia;
- A formular peticiones individuales o colectivas por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también escrita dentro del plazo legal;
- Todos los demás establecidos en los arts. 2o. y 4o. de la Constitución Política.

Una de las formas que los constituyentes han previsto para salvaguardar la vigencia y respeto irrestricto de tan fundamentales derechos, es la de encargarle la *Defensa del Pueblo* al Ministerio Público; por lo cual, esta institución está facultada a velar por el respeto de todos los derechos reconocidos en la Constitución, dentro de todo ámbito de la administración pública, incluyendo, el de las Fuerzas Armadas y Policiales sin que en ningún caso interfiera en lo que es propio de los mandos respectivos.

El Ministerio Público debe entenderse como una institución el servicio de la persona y no como mero instrumento de poder político, dado que en su condición de órgano autónomo del Estado, es el garante de la seguridad y atribuciones jurídicas de la persona frente al Estado, así como, de las manifestaciones concretas e individualizadas de éste con relación de aquel a través de la acción fiscal.

La defensa de tan sagrados como inalienables derechos, puede establecerse de tres maneras;

- Mediante el uso de las tribuciones del Fiscal de la Nación o por medio de un fiscal designado para esclarecer hechos que perturben derechos fundamentales; hacer cesar la situación dañosa y pedir, en su caso, la sanción de los responsables (Inc. 8 Art. 66o. de la Ley).
- Por medio de la Acción de Inconstitucionalidad contra las normas que emitan distintos órganos del Estado (Inc. 1o. Art. 66 de la Ley).
- Por la actuación eficaz del Fiscal Supremo de la especialidad en los casos contemplados en el Art. 295 de la Constitución.

Atribución del Ministerio Público de solicitar Información y Documentación a Organismos del Estado

Como una de las atribuciones esenciales para el eficaz cumplimiento de su papel como Defensor del Pueblo, el Fiscal de la Nación ha sido facultado para demandar ante los distintos órganos públicos, las informaciones y documentos que sean del caso solicitar.

Esta atribución que tenía el carácter de exclusiva para el Juez Instructor ha sido incorporada como facultad especial y extensiva al máximo representante del Ministerio Público. Ello presupone que los demás miembros de la Institución deberán dirigirse a él para que haga tal solicitud al organismo público correspondiente en un caso específico, o en su defecto peticionarle le conceda la delegación de facultades contenidas en el Art. 6 de la Ley. En el extremo de la situación se podrían ofrecer los documentos que sean menester como prueba en el proceso, solicitándolos a su vez al Juez o Tribunal de la causa, el que oficiará a la entidad correspondiente para que informe o remita los documentos en cuestión.

El precepto citado establece también en el último párrafo que las solicitudes deberán ser atendidas, salvo que se trate de actos no com-

prendidos en la segunda parte del Art. 87 de la Constitución y que su exhibición pudiera afectar la seguridad nacional, a juicio del organismo de mayor jerarquía de la correspondiente estructura administrativa.

El Art. 87 de la Constitución señala que . . . "La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La Ley señala la forma de publicación y los medios de su difusión oficial".

Por consiguiente, todo funcionario debe acceder a la solicitud formulada por el Fiscal de la Nación o al que se le haya delegado tal atribución, salvo que pudiera afectar la seguridad nacional. Esta es una decisión que corresponde tomar al Sistema de Defensa Nacional, el cual, de conformidad con nuestra Carta Magna a través de los Arts. 273 y 211 Inc. 17 señala que el Presidente de la República tiene como atribución y obligación el Presidir el Sistema de Defensa Nacional.

No obstante, dada la importancia de esta decisión, se ha debido establecer explícitamente en la ley el organismo encargado de tomar esta decisión.

Nota especial sobre este rubro lo genera lo dispuesto en el Art. 76 del Código Tributario que plantea que "Las declaraciones e informes que la Administración Tributaria obtenga de los contribuyentes, responsables y terceros, por cualquier medio, tendrán carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para los fines propios de dicha Administración. Están exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior las exhibiciones de documentos y declaraciones que ordene el Poder Judicial en los procedimientos sobre tributos o en los juicios criminales o sobre alimentos o disolución de la sociedad conyugal, así como, la publicación de datos estadísticos que, por su forma general, no permita la individualización de declaraciones, informaciones, cuentas o personas".

Esta acción conocida como "Secreto Tributario" establece una garantía en favor del contribuyente. Empero, esta reserva tiene sus excepciones las cuales están contenidas en norma citada. También se incluyen aquellas que corresponden a la actuación de la Dirección General de Inteligencia Tributaria, en cuyo Reglamento de Organización y Funciones, se le otorgan amplias facultades investigatorias para determinar la verdadera situación económica del contribuyente.

Ahora bien, si el Art. 76 del Código Tributario y el Reglamento de

Organización y Funciones de la Dirección General de Inteligencia Tributaria, no mencionan al Ministerio Público como entidad exceptuada de la reserva o Secreto Tributario, esto es debido a que el Decreto Legislativo No. 52 se plasmó en una realidad jurídica distinta a la que regía antes de 1979. Debe recordarse que el Art. 87 del texto institucional de la República establece que "La constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La Ley sobre toda norma de inferior categoría y así, sucesivamente, de acuerdo con su jerarquía jurídica". Es importante reseñar que concordante con el Art. citado, el 194 del mismo cuerpo normativo preceptúa sobre las disposiciones legales complementarias de la Constitución, al exigir que las Leyes Orgánicas requieren del quórum calificado de la mitad más uno del número legal de miembros de cada Cámara. El legislador coloca así a la Ley Orgánica por encima de la ley ordinaria para la que basta una mayoría simple. De tal suerte, en la pirámide jurídica, la Ley Orgánica antecede a la ordinaria.

Si bien la Ley Orgánica del Ministerio Público ha sido dictada mediante Decreto Legislativo, esto no significa que tenga menor fuerza que una ley promulgada por el Congreso, puesto que el Art. 188 de la Constitución señala que los Decretos Legislativos tienen la misma fuerza de Ley que las promulgadas por el Congreso de la República.

El Poder del Estado y las Funciones del Ministerio Público

Desde una perspectiva jurídica contemporánea bien sabemos que el Estado ejerce una acción decisiva en la formación y aplicación del derecho. Someterlo a la observancia de los preceptos jurídicos no ha sido tarea fácil. El Estado es, en primer término, un poder y como tal tiende a rechazar toda limitación; los hombres que lo representan imbuidos de la fuerza que encarnan no facilitan su limitación.

Más aún, la afirmación de la soberanía del Estado en el siglo XV vino a reforzar esta tendencia. Se pretendió durante mucho tiempo, que el príncipe estaba "LEGE SOLUTUS"; es decir, liberado de la soberanía de las leyes y que además podía dispensarla a otros. El desarrollo progresivo del constitucionalismo desterró tales conceptos surgiendo la limitación jurídica como un principio fundamental del Estado Moderno. Este surge en la Europa de finales del siglo XVIII y suele designarse con imprecisión como Estado Democrático, Estado Constitucional, Estado de Derecho, etc.

En realidad lo que se trata es de expresar fundamentalmente que se había sustituido el gobierno de los hombres por el gobierno de las normas. La idea que el Estado debe someterse al derecho que existen normas jurídicas condicionantes al ejercicio de su poder, constituye la égida fundamental del derecho público contemporáneo. Se trata en suma de una forma política modalmente determinada por el imperio de la ley.

Correspóndele el mérito a John Locke al exponer la necesidad de encontrar fórmulas que permitan un eficaz *Control del Poder*; el ingenioso pensador expresó en un "Ensayo sobre el Gobierno Civil" la posibilidad de salvaguardar los valores fundamentales en que se sustenta la convivencia, mediante la multiplicación de la autoridad en forma tal que las atribuciones de uno, estén limitadas por la de autoridades conexas.

Igualmente, encontramos en la concepción de la Separación de Poderes de Montesquieu (1748) una forma eficaz para mediante el poder frenar al poder; y asegurar así los derechos fundamentales del hombre y de la sociedad.

Incorporadas las tesis de Locke y Montesquieu al contexto del pensamiento jurídico y político contemporáneo las sociedades actuales se esfuerzan por encontrar otras fórmulas que permitan la vigencia plena de las atribuciones ciudadanas y defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos e intereses públicos. Por ello, se intentan la creación y consolidación de instituciones que ejerzan control, fiscalización y defensa de éstos contra los detentadores y funcionarios de los distintos Poderes Públicos; que eviten el abuso, la negligencia o el dolo en los actos del poder administrador; que velen por la independencia del poder judicial; que vigilen el respeto a los marcos jurídicos establecidos para la dación o modificación de las leyes; que resguarden los intereses públicos, etc.

En esta tónica los constituyentes de 1979, establecieron con claridad la idea de plasmar una limitación aún mayor que la ya clásica de Montesquieu. Es evidente que nuestros constituyentes entendieron por razones doctrinarias e históricas que el derecho creado por el Estado no sólo tiene valor obligatorio para los ciudadanos; sino que la regla concebida por éste liga y obliga a su propio creador.

Al normar los miembros de la Asamblea Constituyente, sobre la defensa de los derechos ciudadanos a través del Art. 250 de la Constitución Política, no hacen sino reafirmar que la "persona humana es el fin

supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla (art. 1). Como es lógico, ese respeto abarca y alcanza a los propios detentadores y funcionarios de los Poderes Públicos.

Los constituyentes han previsto en la vigente constitución la existencia de instituciones autónomas de fiscalización y control tales, por ejemplo, las del Ministerio Público y el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Es interesante reproducir los alcances del Art. 250 que textualmente expresa: "El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado. Le corresponde:

1.- Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley.

2.- Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia.

3.- Representar en juicio a la Sociedad.

4.- Actuar como Defensor del Pueblo ante la Administración Pública.

5.- Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

6.- Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en los casos que la ley contemple.

7.- Las demás atribuciones que le señalan la Constitución y las leyes.

Cumpliendo con lo dispuesto en la última parte del Art. 251, el Art. 1 del Decreto Legislativo No. 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, establece:

"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 e incapaces

y el interés social, así como, velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de la justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el Ordenamiento Jurídico de la Nación”.

Expuestos así los alcances de la institución es de esperarse que ésta se convierta en un eficaz órgano de *Control del Poder*; pero en verdad, como todo lo realmente importante en la vida, lo valioso y trascendente más allá de los instrumentos legales creados para resguardar a la ciudadanía del exceso o mal uso del Poder Público; así como, para combatir la delincuencia no dependerá en última instancia de las instituciones como tales, sino que corresponderá a los hombres responsables de su conducción el preservarlas dignamente. Si como queremos, las autoridades y miembros del Ministerio Público son fieles al Mandato Constitucional y a los deseos y anhelos ciudadanos se habrá dado entonces un paso decisivo y comprometedor hacia el imperio de un Estado Social de Derecho, en su forma más prístina y ejemplar.