

CAPÍTULO TERCERO

AUTONOMÍA E INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL EN AMÉRICA LATINA

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior llevamos a cabo una radiografía general del fenómeno de los organismos autónomos de rendición de cuentas en el mundo, y vimos que a nivel internacional estamos actualmente inmersos en una profunda reconstrucción de la teoría y la práctica de la división de poderes del Estado democrático. Asimismo, exploramos a detalle algunos casos emblemáticos en la materia, como Taiwán, Ecuador y Venezuela.

Sin embargo, aún no hemos abordado el tema de la interpretación jurisdiccional de la autonomía de estos organismos. Queda pendiente un análisis de la forma en que los tribunales constitucionales correspondientes han abordado tanto la naturaleza como el alcance de la independencia de estas instituciones públicas. El poder de los tribunales constitucionales es cada día más importante en el mundo, algunas veces como fuerzas a favor de la innovación institucional y la defensa de los derechos humanos y otras veces como bastiones de una defensa conservadora del estado actual de las cosas.¹⁵³ En el presente capítulo exploraremos algunos casos claves en América Latina que reflejan la indecisión que todavía existe con respecto a la autonomía de los organismos independientes de rendición de cuentas. Si bien existen una gran cantidad de casos en que los tribunales no han dudado en avalar

¹⁵³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, SCJN, 2008; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, UNAM-Marcial Pons, 2009.

la autonomía plena de estos organismos, también se detecta una fuerte resistencia a romper con las categorías clásicas de Montesquieu de una división tripartita de la división de poderes, aún cuando el nuevo modelo de división de poderes ya esté plasmado explícitamente en la Constitución correspondiente.

II. CASO 1: VENEZUELA/CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Una jurisprudencia histórica resuelta en 2001 por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela¹⁵⁴ demuestra con particular claridad las tensiones y las contradicciones que muchas veces surgen a la hora de delimitar las competencias y las autonomías de los organismos constitucionales de rendición de cuentas. A primera vista pareciera que el texto de esta jurisprudencia defiende la autonomía de la Contraloría General de la República:

Materia: *Derecho Constitucional*. Tema: *Poder Ciudadano*

Asunto: *Naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República. Autonomía. Independencia.*

La Contraloría General de la República fue creada y permanece siendo un órgano dotado de autonomía funcional, administrativa y organizativa, no sujeto a subordinación o dependencia de ningún órgano del Poder Público, sometido sólo al mandato constitucional y legal correspondiente. En atención a ello, considera esta Sala que no puede asignársele al organismo contralor el carácter de órgano auxiliar externo de fiscalización de la Administración Activa, ya que al ser un ente de rango constitucional, dotado de una autonomía orgánica, funcional y administrativa, goza de independencia frente a la Administración Pública Nacional, lo que impide la existencia de cualquier vínculo de pertenencia o jerarquía, y por ende, de alguna subordinación o dependencia frente a ella. Esta independencia del ente contralor

¹⁵⁴ Sentencia 01996 de Sala Político Administrativa, expediente 13822, del 25 de septiembre de 2001.

es esencial, inmanente y consustancial a su condición de órgano de vigilancia y fiscalización del manejo de los ingresos, gastos, bienes y demás recursos públicos, en particular, de la forma de causarse los gastos, liquidarse los ingresos, y la conservación, administración y custodia de los bienes, que realizan las dependencias de la Administración Activa (*énfasis agregado por el autor*).

Aquí el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela resuelve de manera contundente que habría que defender de manera integral la autonomía plena de la Contraloría General. “Esta independencia de que el contralor es esencial, inmanente y consustancial a su condición de órgano de vigilancia y fiscalización”, reza la tesis. Por lo tanto, no puede existir “cualquier vínculo de pertenencia o jerarquía, y por ende, de alguna subordinación o dependencia” del Contralor frente a la “Administración Activa”.

Uno imaginaría que el fondo del caso que desembocó en esta jurisprudencia tendría que ver con algún acto de intromisión por parte de la administración pública federal en las acciones del Contralor o algún esfuerzo por controlar o domesticar la acción fiscalizadora. Pareciera que el mensaje de la Corte fuera un respaldo total para el Contralor ante una amenaza de este tipo.

Sin embargo, en el fondo esta jurisprudencia no tiene la intención de defender la autonomía de la Contraloría en contra de alguna presión externa, sino de proteger a la administración pública federal en contra de la intromisión o la “extralimitación” de la Contraloría. La sentencia que da lugar a la jurisprudencia aborda un caso en que el Contralor descubrió que la Administración Tributaria del gobierno federal calculó de manera equivocada y a la baja la carga tributaria de una asociación mercantil de nombre “Inversiones Branfema, S. A.”. Específicamente, el Contralor encontró “una disminución ilegítima del enriquecimiento real de la sociedad mercantil contribuyente y como tal una infracción sancionable con multa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 98 del Código Orgánico Tributario, cuya imposición fue omitida por la Administración y generó adicionalmente el

correspondiente reparo por omisión de sanción pecuniaria, todo lo cual alcanza la cantidad de Bs. 1.373.904,88”.

En consecuencia, el Contralor procedió a cobrar directamente la multa a la sociedad mercantil para recuperar el dinero público que pertenecía al Estado. Fundamentó su acción en el texto del artículo 287 de la Constitución:

Artículo 287. La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.

El Contralor alegó que la obligación tributaria es una fuente de recursos con la que el Estado cuenta para el cumplimiento de sus fines. Por lo tanto, el Contralor realizó revisiones en atención a sus funciones a la declaración fiscal hecha por la persona moral Inversiones Branfema, S. A., a razón de verificar el correcto pago de contribuciones por parte de la misma. Así, detectó irregularidades en las presentaciones hechas sobre el ISR, motivo por el cual le impuso una multa con base en el artículo 98 del Código Orgánico Tributario, que reza, sección cuarta “De las Sanciones”:

Artículo 98. Cuando las sanciones estén relacionadas con el valor de mercancías u objetos, se tomará en cuenta el valor corriente de mercado al momento en que se cometió el ilícito, y en caso de no ser posible su determinación, se tomará en cuenta la fecha en que la Administración Tributaria tuvo conocimiento del ilícito.

En este contexto, la Contraloría alega que “aún cuando el órgano contralor no es receptor de declaraciones tributarias ni efectúa la liquidación inmediata del tributo, tiene a su cargo una actuación de control de segundo grado que supone una acción u omisión previa del sujeto a control, máxime cuando se trata del que recae sobre los ingresos nacionales tributarios, es decir, el

control posterior”. Por lo tanto, el contralor argumenta que frente a la abierta violación a la ley por parte de la empresa mercantil y la evidente desidia e inacción por parte de la autoridad primariamente responsable de cobrar los impuestos, la Contraloría tiene la obligación constitucional de entrar como una autoridad supletoria para asegurar el Estado de derecho y el cumplimiento de las leyes. Sin embargo, en su sentencia, la Suprema Corte de Venezuela decide en contra de la Contraloría sin entrar al fondo de la cuestión de la necesidad de garantizar el Estado de derecho en materia fiscal. La sentencia se limita a avalar la decisión del juez ordinario de anular la acción sancionadora de la Contraloría con base en la ausencia de facultades legales explícitas para que el Contralor pueda cobrar multas directamente a particulares. Por ello, los ministros rechazan el argumento de la Contraloría con respecto a la “incongruencia negativa” de la decisión original del juez “al omitir toda consideración acerca del fondo de la materia debatida, limitándose al análisis del procedimiento seguido por la Contraloría General de la República para la formulación del reparo cuestionado, para luego sobre esa base declarar la nulidad del acto impugnado”. Así, si bien la Corte técnicamente defiende la “autonomía” de la Contraloría y rechaza de manera tajante la posibilidad de que este organismo pudiera fungir apenas como “órgano auxiliar externo de fiscalización de la Administración Activa”, simultáneamente le “corta las alas” al Contralor al prohibir su participación directa en la recuperación de dinero público.

III. CASO 2: COLOMBIA/CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría General de la República es un organismo técnico que goza de autonomía administrativa y presupuestal, que tiene por objeto la vigilancia y control de la gestión fiscal, ya sea por parte de órganos o autoridades de la administración pública o por particulares que manejen fondos públicos.

Dicho órgano es dirigido por el contralor general de la República. Éste encuentra su fundamento y reglamentación en los artículos 267 a 274 de la carta fundamental colombiana, aunque existen numerosos debates jurisdiccionales claves con respecto a la naturaleza, los límites y los alcances de su autonomía.

En un par de jurisprudencias históricas claves, la Corte Constitucional de Colombia se ha visto obligada a entrar a debate con respecto a la naturaleza y los alcances de la autonomía de la Contraloría General de la República, que, en principio, no pertenece a ninguno de los tres poderes tradicionales del Estado. En las sentencias “fuente” de estas jurisprudencias, si bien la Corte defiende la autonomía de la Contraloría General, también se percibe una clara resistencia a abrazar de manera integral una nueva conceptualización de la división de poderes.

1. *Jurisprudencia C-189/98*

En este caso la Corte Constitucional valida la constitucionalidad de los artículos 80 y 81 de la Ley 42 de 1993, que definen los actos de fiscalización de la Contraloría como “actos administrativos”, y por lo tanto permiten su revisión externa por los tribunales administrativos.

LEY 42 DE 1993

(Enero 26)

Sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

Artículo 80. *Si el acto administrativo* que da apertura al juicio fiscal no se hubiere podido notificar personalmente, una vez transcurrido el término para su notificación por edicto, la Contraloría designará un apoderado de oficio para que represente al presunto responsable en el juicio.

Parágrafo. Los órganos de control fiscal podrán designar para este efecto a los miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho.

Artículo 81. Terminado el proceso se declarará por providencia motivada el fallo respectivo, el cual puede dictarse con o sin responsabilidad fiscal, y será notificado a los interesados.

El fallo con responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra él proceden los recursos y *acciones de ley*.

Parágrafo. La responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que hubiere lugar.

Los ministros argumentan que no habría que confundir la autonomía constitucional de la Contraloría con una “autarquía” total que implicaría la ausencia de rendición de cuentas del organismo o de su articulación formal con otros poderes del Estado colombiano. La Corte alega que la revisión administrativa externa de los procesos de fiscalización no afecta la autonomía del órgano de control.

Siguiendo el modelo de pesos y contrapesos, tal órgano no se encuentra excluido o fuera de controles por otros entes del poder público para evitar abusos e impunidad. El principal principio por el que se debe guiar este tipo de procesos fiscales es por el principio de legalidad. Por todo lo anterior esta capacidad de revisión de los procesos fiscales no puede ser entendida como un desconocimiento de la autonomía de ese órgano de control, sino como una consecuencia del principio de que en un Estado de derecho no puede haber acto estatal sin control.

En principio, esta argumentación suena bastante lógica y no implica necesariamente una afectación a la autonomía constitucional de la Contraloría. Sin embargo, cuando examinamos los detalles del caso vemos que en el fondo, esta jurisprudencia sí implica un desconocimiento de la especificidad y la autonomía de los organismos autónomos de control y rendición de cuentas. Así, al final de cuentas la Corte revela un apego a los conceptos tradicionales de la división tripartita del poder público.

La *litis* central del caso no era tanto si la Contraloría tenía que sujetarse a controles externos y articularse con los otros po-

deres estatales, sino con respecto a la naturaleza de los actos del contralor. El mismo contralor alegaba en el juicio que sus actos no deberían ser considerados estrictamente como “administrativos”, sino que habría que entenderlos como parte de otra función propiamente de “fiscalización”:

La actividad fiscalizadora es distinta de la otras funciones tradicionales del Estado, ya que durante los debates de la comisión encargada de la redacción de dicho artículo los constituyentes señalaron que orgánicamente “las contralorías no forman parte de ninguna de las tradicionales ramas del poder público”, por lo cual se entiende que los actos de esta entidad no son legislativos ni jurisdiccionales ni administrativos. De lo anterior se desprende que en el “desarrollo de su función fiscalizadora, sus actos son de naturaleza, contenido y objeto distintos, sus actos son de control, de vigilancia, o en otros términos más precisos, son actos fiscalizadores”. Como resultado de todo lo anterior se puede afirmar que dada la naturaleza de los actos y la autonomía de este órgano el establecimiento de un medio de impugnación contra dichos actos que establecen responsabilidad fiscal, que además es resuelto por otro poder diferente al emisor da una violación a la autonomía de este órgano.

De acuerdo con la Contraloría, esto no quiere decir que sus actos queden sin control, ya que existe una diversidad de otras vías de control:

El primero, ejercido durante el desarrollo del mismo por el Ministerio Público conforme lo establece el Código de Procedimiento Penal, norma a la que debe acudir según el caso, como lo ordena el artículo 89 de la Ley 42 de 1993. El segundo, por las mismas autoridades fiscales, que investigan y fallan, y a través de los múltiples recursos que otorga el Código de Procedimiento Penal para garantizar a los sujetos el estricto cumplimiento de los principios rectores y a las garantías que reconocen la Constitución y la ley. El tercero, y más importante, sería a través de la acción de tutela, que puede instaurarse en cualquier momento por violación a los derechos fundamentales de los sujetos procesales. A través de este

control, se obtuvo el pronunciamiento más importante respecto al debido proceso: La SU 620 de 1996, que si bien clarificó aspectos trascendentales sobre el entendimiento del artículo 29 de la Carta, confundió la naturaleza del proceso y la calificó como administrativa.

Un par de “coadyuvantes” o “amigos de la corte” también sometieron alegatos en apoyo a la posición de la Contraloría. Por ejemplo, el primer coadyuvante argumentó a favor de distinguir la *administración* de la *rama administrativa*, pues

...cuando nos referimos a la Administración Pública debemos incluir no solamente las tres ramas del poder público que sin ser todas un órgano ejecutivo, sí tienen una organización administrativa, aun cuando desempeñen funciones distintas de las asignadas al ejecutivo, incluyendo los órganos de control, los que como se dijo, desarrollan funciones fiscalizadoras.

Así, que si bien la Contraloría evidentemente está conformada por servidores o “administradores” públicos que son empleados del Estado y por lo tanto forman parte de la “Administración Pública”, esto no implica que sus actos necesariamente tendrían la misma naturaleza a los actos del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, los jueces y los legisladores, técnicamente hablando y para fines de responsabilidades administrativas, son servidores públicos, y a la hora de atender la organización interna de sus poderes correspondientes evidentemente realizan actos administrativos. Sin embargo, en el ejercicio de sus funciones propias realizan actos cualitativamente diferentes a los del Poder Ejecutivo. De la misma forma, los integrantes de la Contraloría ejercen una función distinta de “fiscalización y control” que no es lo mismo que la “administración”, es la función central del Poder Ejecutivo.

Este mismo coadyuvante incluso sostiene que la distinción de funciones es una condición necesaria para evitar una intromisión y confusión entre poderes. Señala que la acción de la Contraloría “no se trata de una función administrativa *que termina con un acto*

de naturaleza igual, pues quien controla no debe participar en la decisión objeto de control, pues entonces dicha intervención equivaldría a coadministrar y se alejaría de la intención de la función fiscalizadora”.¹⁵⁵ Por ello considera que atribuir naturaleza administrativa a los juicios de responsabilidad fiscal equivale a aplicar la Constitución anterior, que no reconocía la especificidad de las funciones de control.

El segundo coadyuvante abona más en el mismo sentido al argumentar a favor de un reconocimiento pleno de la autonomía y la especificidad de la función de control y fiscalización.

No podemos seguir pensando que lo que no es legislativo ni judicial, es administrativo, pues la teoría de la tridivisión del poder ya no opera, al ser un concepto superado por nuestra Constitución. Esto significa, para la interviniente, que la Contraloría ejerce una función específica que, por mandato constitucional, es de *control fiscal*, entendida como la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación.

Aboga por tomar más en serio “esa nueva rama del derecho, que es el derecho fiscal” y retoma el hecho de que el juez ordinario había reconocido explícitamente que las responsabilidades determinadas por la Contraloría “no tienen un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, porque la finalidad de la declaración de la responsabilidad, es meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal.

Esta diferencia también permite al derecho fiscal escapar de los límites de los procesos “dispositivos” para utilizar un procedimiento abiertamente “inquisitivo”. Esto lo distingue aún más de las otras ramas del derecho. El coadyuvante concluye que la Corte debe revisar sus criterios en esta materia y reconocer la especificidad de los juicios fiscales, como procesos sancionatorios de na-

¹⁵⁵ Aquí también percibimos un paralelo interesante con el caso venezolano mencionado arriba.

turalidad esencialmente inquisitiva, ya que “la investigación está a cargo del órgano de control, que así mismo tiene la carga de la prueba, la dirección e impulso oficioso del proceso. Además, que las contralorías aparecen en representación del Estado, haciendo uso de su poder de soberanía”.¹⁵⁶

2. *Jurisprudencia*

De manera contradictoria, en otra jurisprudencia clave que involucra la Contraloría General de la República de Colombia, el Tribunal Constitucional decide proteger a los funcionarios de la Contraloría de una posible sanción si un funcionario a que hubieran exonerado es después encontrado culpable por la justicia penal.

Artículo 89, inciso 5o., de la 715 de 2001:

Cuando por razón de una de estas denuncias se origine una sentencia judicial de carácter penal, por el tipo penal que sancione la pérdida, desviación de los recursos, uso indebido de estos o hechos similares, y la Contraloría General de la República, la contraloría departamental o municipal exoneró de responsabilidad fiscal a los administradores de los recursos, los funcionarios que adelantaron la investigación u ordenaron su archivo serán fiscalmente responsables de forma solidaria por el detrimento o desviación que dio origen a la sentencia, sin perjuicio de las sanciones penales o disciplinarias a que haya lugar. En este caso, la caducidad de las acciones se empezará a contar desde la ejecutoria de la sentencia.

Los magistrados deciden que este párrafo es anticonstitucional, porque violenta la autonomía de la Contraloría, ya que no permitiría a los funcionarios de la Contraloría, actuar con “la serenidad e imparcialidad que exige su función”. Esto porque,

¹⁵⁶ Aquí también tendríamos paralelos muy interesantes con el derecho electoral en el contexto mexicano. Véase Ackerman, John M., “Una reconceptualización del derecho electoral a la luz del caso Sodi”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 128, mayo-agosto de 2010.

...sobre ellos penderá la posibilidad de verse endilgada una responsabilidad fiscal, a partir de la decisión que se adopte en el proceso penal que haya podido iniciarse por los mismos hechos, independientemente de la valoración que desde la perspectiva propia a su tarea de control fiscal pueda hacerse respecto de los mismos, o de las decisiones que las normas que regulan la indagación preliminar o el juicio fiscal les permitan adoptar.

De acuerdo con el Tribunal, esta situación implicaría una “subordinación” del proceso fiscal al proceso penal.

Para sustentar esta posición, el Tribunal recurre a la intención originaria del constituyente de 1991:

El criterio de autonomía e independencia de los órganos de control respecto de los demás órganos del Estado, particularmente de aquellos que forman parte de las ramas del poder público, constituye eje fundamental de la estructura y organización del Estado de Derecho y, por ende, condición necesaria para garantizar su verdadera prevalencia. Este criterio fue asimilado por el constituyente de 1991 al disponer en el artículo 113 Superior que además de los órganos que conforman las ramas del poder público —legislativa, ejecutiva y judicial— “existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”, los cuales, a pesar de tener funciones separadas, colaboran armónicamente para la realización de sus fines. En este aspecto, la modificación introducida por la Constitución del 91 no sólo se predica de la autonomía e independencia que otorgó a ciertos organismos del Estado, sino también, en el hecho de haberlos incluido dentro del principio de la colaboración armónica que, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, estaba limitado a las ramas del poder público.¹⁵⁷

Llama la atención que en este caso el Tribunal defiende la autonomía de la Contraloría y la naturaleza específica de la función fiscalizadora, en contradistinción a los procesos penales, cuando en la anterior jurisprudencia no estuvo dispuesto a hacer-

¹⁵⁷ Sentencia C-178 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

lo. Si bien los magistrados están dispuestos a aceptar la revisión de los procesos de fiscalización de la Contraloría por un Tribunal Administrativo les parece una intromisión cuando interviene la justicia penal.

IV. CASO 3: ARGENTINA/MINISTERIO PÚBLICO

En la República Argentina, el Ministerio Público es una institución establecida en la Constitución nacional en su artículo 120, incorporado en la reforma constitucional de 1994, y por la Ley Nacional 24.946, en vigencia desde el 1o. de abril de 1998, denominada “Ley Orgánica del Ministerio Público”.

De acuerdo con el artículo 120 de la Constitución el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la nación y un defensor general de la nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Asimismo, la ley secundaria, artículo 1o. de la Ley 24.949, establece los elementos básicos de la organización del Ministerio Público:

El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, *pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.*

El principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda como consecuencia de la

especificidad de las funciones de los fiscales, defensores y tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales.

Se trata de un órgano bicéfalo constituido por el Ministerio Público Fiscal y por el Ministerio Público de la Defensa. El primero, dirige y coordina la acción de los fiscales, y el segundo, la de los defensores oficiales. Fiscales y defensores son magistrados que se desenvuelven en el ámbito del sistema judicial cumpliendo diferentes funciones de orden legal en los procedimientos judiciales.

El Ministerio Público Fiscal está dirigido por el procurador general de la nación, quien actúa en una doble función. Es por un lado el fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se desenvuelve como tal en los asuntos judiciales en los que tiene intervención este cuerpo, dictaminando en las causas judiciales que a tal efecto le son remitidas. Es por otro lado el jefe máximo de todos los fiscales, y en tal sentido coordina su accionar, estableciendo, entre otras potestades y deberes, las pautas de la política criminal del Estado.

En años recientes, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha tenido que determinar los alcances y la naturaleza de la autonomía del Ministerio Público, sobre todo a la luz de una disposición en el Código de Procedimientos Penales, en existencia desde antes de que el MP lograra autonomía al nivel constitucional, que otorga a los jueces penales la facultad de combatir los desistimientos del MP por falta de pruebas;

Artículo 348. Si la parte querellante y el agente fiscal solicitaren diligencias probatorias, el juez las practicará siempre que fueren pertinentes y útiles y, una vez cumplidas, les devolverá el sumario para que se expidan, conforme al inciso 2 del artículo anterior.

El juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que

corresponde elevar la causa a juicio, *apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de Cámara o al que siga en orden de turno.*

En una serie de tres jurisprudencias claves, la Corte determinó la inconstitucionalidad de este artículo, porque viola la autonomía del Ministerio Público. Las jurisprudencias son las siguientes:

1) La *independencia* otorgada al Ministerio Público, más allá de la *coordinación* que pueda mantener con los restantes poderes del Estado, en el marco de su *autonomía funcional*, no admite la posibilidad de que su accionar sea *condicionado* por indicaciones, instrucciones ni directivas de *otros organismos*, pues ello es lo que el legislador se encargó claramente de precisar en el art. 1º de la ley 24.946 (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

B. 320. XXXVII.; Banco Nación Argentina s/ sumario averiguación defraudación., 10/04/2003 T. 326, P. 1106, L.L. 07-05-03, nro. 105.452. L.L. 30-06-03 (supl.), nro. 105.717, con nota. L.L. 26-09-03 (supl.), nro. 106.240, con nota.

2) La autonomía *está asociada al cometido constitucional del Ministerio Público*, si hay algún sentido de la palabra autonomía que está presente en todas sus acepciones y usos es el de *excluir todo tipo de sujeción externa*, razón por la que debe examinarse con máximo rigor cualquier norma que establezca lo contrario, es decir, el deber del *Ministerio Público de seguir órdenes o indicaciones provenientes de otro Poder del Estado* (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

A. 138. XL.; Alas, Leonardo Fabián s/ recurso de casación. 30/08/2005, T. 328, P. 3271

3) Las cualidades de independencia —no subordinado a otro poder— y de autonomía funcional —*que no recibe instrucciones de ninguna autoridad*—, que hoy ostentan jerarquía constitucional, obliga a considerar inconstitucional cualquier norma inferior, que consagre precisamente lo opuesto: que *otro poder —como el judicial— “aparte” e “instruya” a los fiscales respecto de una función competencial propia* (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

Q. 162. XXXVIII.; Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302. 23/12/2004, T. 327, P. 5863.

Estas jurisprudencias surgen de varios casos en que el MP impugna la decisión del juez, y la Cámara de Apelaciones de no sobreseer un caso y de ordenar el cambio del fiscal, aun cuando el mismo MP ya había desistido del caso por falta de pruebas. La Corte decide que al tomar estas acciones, el Poder Judicial interfiere en la esfera del MP y afecta su autonomía al suplir a éste en su papel de acusador oficial. De acuerdo con la interpretación de la Corte, el artículo 348 implica una suerte de “condicionamiento” de la acción del MP de parte de otra autoridad pública. La Corte resume el argumento central de la siguiente manera:

En esencia, se encuentra cuestionado el perfil institucional del Ministerio Público en el sistema de organización del poder y la independencia con la que éste se debe conducir en tanto titular de la acción penal pública.

En este punto, no es posible soslayar que la cuestión concierne al funcionamiento de una de las organizaciones fundamentales del Estado, *que constituyen su basamento y que en el caso en examen se ven afectadas o perturbadas, pues se ha planteado un conflicto entre un poder del Estado y un organismo extrapoder autónomo y autárquico, cuya trascendencia institucional y proyecciones en el ámbito de la administración de justicia merece la admisión del recurso extraordinario intentado.*¹⁵⁸

Evidentemente, el Ministerio Público debe tener una relación de “coordinación” con los demás organismos encargados de impartir justicia. Sin embargo, la pregunta es hasta qué punto y en cuáles circunstancias esta coordinación puede terminar siendo una subordinación de facto del MP al Poder Judicial. La Corte ha decidido que si bien los jueces tienen la obligación de evaluar de manera independiente y objetiva las evidencias presentadas por el MP, en cuanto éste desiste del caso, los juzgadores no pueden suplir la función constitucional de procuración de justicia.

En la argumentación de estas jurisprudencias, la Corte clasifica al Ministerio Público explícitamente como un “extrapoder”.

¹⁵⁸ Jurisprudencia 1.

Éstas son definidas como “instituciones aisladas del sistema jurídico básico y embestidas de caracteres especiales que son fundamentales para el funcionamiento del estado, sus atribuciones son elementos que descienden en estricto sentido verticalmente desde el texto constitucional y no pueden ser sustituidas o limitadas por un ente diferente a ellos”.¹⁵⁹

Así, que ante el conflicto entre normas, procede invalidar la ley secundaria que no respeta ni la letra ni el espíritu del nuevo texto constitucional. En las palabras de la magistrada Carmen M. Argibay:

A partir de lo precedentemente expuesto, puede afirmarse que en el caso existe un conflicto entre dos decisiones emanadas de distintos poderes del Estado; así, por un lado, está la decisión del fiscal, con base constitucional, de no proseguir la persecución penal pública respecto de determinado hecho en razón de estimar que no se encuentra suficientemente probado, mientras que, por el otro, tenemos la decisión de la jueza, con sustento en una regla procesal, de continuar con dicha persecución. Tal estado de cosas demanda claramente preservar la primera de esas decisiones y, a su vez, invalidar la segunda declarando, en el caso, la inconstitucionalidad de la norma que ha sido su antecedente.¹⁶⁰

Uno de los casos concretos de donde surgen las jurisprudencias es, por ejemplo, la querrela de un ciudadano que alega que fue presa de una tentativa de robo de su billetera; denunció así los hechos y señaló al inculpado; el fiscal del Ministerio Público ante quien se interpuso la querrela resolvió que a falta de elementos que corroboraran la imputación al supuesto delincuente, así como la integración del delito, pidió acto seguido, el sobreseimiento del procedimiento al juez penal correspondiente, declaró desestimada la denuncia y solicitó la libertad del inculpado. Sin embargo, el órgano jurisdiccional discrepó de su decisión, negó el sobreseimiento y regresó el sumario al fiscal general, pidiendo

¹⁵⁹ Jurisprudencia 2.

¹⁶⁰ Magistrada Carmen M. Argibay, Jurisprudencia 2.

que apartara al fiscal del conocimiento del asunto y que integrara a un nuevo agente para la revisión a su criterio “correcta” del caso basándose en el artículo 348 del Código de Procedimientos Penales. En respuesta, el fiscal involucrado interpuso la nulidad de la resolución del juez penal argumentando que ésta era en sentido contrario a lo establecido por la Constitución.

En primera instancia, el tribunal de apelaciones, “Cámara de Casación”, negó la nulidad solicitada por el MP:

La Cámara de Casación sostuvo que el procedimiento previsto por el artículo 348, segundo párrafo, CPPN, si bien importaba una excepción al principio acusatorio, no colisionaba con el artículo 120 de la Constitución Nacional, en tanto se refería a actos que tienen lugar durante la etapa de instrucción y, por ello, ninguna injerencia se producía sobre la fase de debate, momento en el que, en definitiva, debía producirse el juicio previo previsto por la Constitución, en el que las funciones de acusar y juzgar se encuentren en manos de órganos diferentes. Indicó, además, el tribunal a quo, que la norma cuestionada “apunta igualmente a resguardar el principio de legalidad que informa a nuestro derecho penal, impidiéndose la libre disposición de la acción por parte de la vindicta pública. *Si bien los fiscales son los representantes de la acción penal pública, son muchas las voces que se alzan en pro del contralor por parte de otro órgano del Estado del criterio de oportunidad seguido por ellos*” (fs. 146 vta./147).¹⁶¹

Sin embargo, en última instancia la Suprema Corte declaró inconstitucional el artículo 348 del Código de Procedimientos Penales, porque implica una intromisión en las facultades acusatorias exclusivas y en la autonomía constitucional del Ministerio Público. “El control sobre los actos de los agentes fiscales debía hacerse sin mengua del principio constitucional que pone en cabeza del Ministerio Público la titularidad de la acción penal en forma autónoma e independiente (artículo 120 Constitución

¹⁶¹ Jurisprudencia 2.

Nacional) y de la imparcialidad de quien tiene la función de decidir”.¹⁶²

La magistrada Carmen M. Argibay¹⁶³ es particularmente elocuente con respecto a las razones que sustentaban la decisión de la Corte:

15º) El principal argumento que, en general, se brinda en defensa de la validez del procedimiento de consulta previsto por la regla procesal de mención radica en la necesidad de efectuar un control republicano sobre la actividad que despliega el Ministerio Público. *Sin negar la importancia de que toda actividad pública tenga el debido contrapeso y supervisión que permita evitar los excesos, debe cuidarse también que este celo controlador no se traduzca en una sustitución del controlado por el controlante, pues ello implicaría poner en cabeza de este último el cometido que la Constitución asigna al primero.* No puede negarse que si la Cámara separa al fiscal actuante y ordena al nuevo fiscal promover el juicio, este último actuará sin ningún tipo de margen para decidir el contenido del acto que, de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución, es propio de su función; así, el nuevo fiscal se limitará a poner su firma a la decisión tomada por la Cámara de Apelaciones.

16º) *Esta sustitución lisa y llana tiene, además, un costado paradójal: supone que los jueces de la Cámara se encuentran en mejor posición que el fiscal del caso para decidir sobre la necesidad de promover la actuación de la justicia.* Sin embargo, el artículo 120 de la Constitución Nacional pareciera descansar en el presupuesto exactamente contrario de que son los miembros del Ministerio Público quienes, en razón de su independencia orgánica, estarán en mejores condiciones de hacerlo y por eso les asigna esa tarea para que la ejerzan autónomamente. Después de todo, no hay ninguna razón de principio que sirva de fundamento al preconcepto de que la decisión acusatoria de los jueces será más acertada que la contraria de los fiscales.

Por lo cual, tenemos entonces una clara defensa de la autonomía del Ministerio Público y de la necesidad de evitar la

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ *Idem.*

intromisión del Poder Judicial en su esfera de competencia. La magistrada incluso ofrece una analogía sobre la autonomía del mismo Poder Judicial para ilustrar su argumento:

18°) Por otra parte, debe pensarse qué ocurriría si trasladásemos el argumento de control que se brinda como justificación del artículo 348, 2° párrafo, CPPN, para el hipotético caso de querer implementar un sistema de vigilancia similar respecto de los jueces. En tal supuesto, *nadie dudaría en calificar como un escándalo que, bajo el argumento de revisión republicana, se asignase a determinados funcionarios el rol de imponer a un juez el contenido de una sentencia porque la que éste ha dictado se considera insatisfactoria*. Doy este ejemplo al solo efecto de demostrar que, en realidad, es posible pensar en controles menos invasivos de las competencias constitucionales.

Aquí la magistrada demuestra que toma en serio la plena autonomía del Ministerio Público, ya que lo compara directamente con el mismo Poder Judicial, con el cual compartiría el mismo rango constitucional.

En contraste con estos argumentos, la Suprema Corte de Argentina también ha dictado algunas decisiones que cuestionan de manera directa la plena autonomía del Ministerio Público y la legitimidad de considerarlo un verdadero poder público propio. Esto demuestra una vez más cómo el proceso de interpretación constitucional del concepto de autonomía se encuentra todavía en proceso de construcción. Por ejemplo, una jurisprudencia reciente contradice de manera directa las jurisprudencias ya analizadas.

De la redacción del art. 120 de la Constitución Nacional *no surge que el Ministerio Público sea un órgano extrapoder,* y por ende la inteligencia con que debe ser interpretada dicha norma lleva a sostener que se trata *sólo de un órgano que goza de autonomía funcional y autarquía financiera* (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

Competencia N° 880. XXXVIII.; Marichal Marcona, Carlos César y otros s/ defraudación en la calidad de las cosas, 25/11/2003, T. 326, P. 4737.

Por lo que tenemos una evidente contradicción con las anteriores jurisprudencias, porque en este caso la Corte se niega siquiera a dar trámite a un caso de impugnación del MP del procedimiento del artículo 348 del Código de Procedimientos Penales. La Corte recurre a una interpretación literal de la ley, que indica que los recursos constitucionales excepcionales solamente proceden cuando existan “conflictos jurisdiccionales” entre “dos tribunales o jueces”:

*Que no existe en el caso un conflicto jurisdiccional que determine la intervención de esta Corte en los términos del art. 24, inc. 7° del decreto-ley 1285/58, puesto que ello presupone, a diferencia de lo que aquí acontece, una contienda entre dos tribunales o jueces, ni se ha configurado en el sub lite un supuesto de privación de justicia. Por ello, de conformidad con lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General, se declara que en las presentes actuaciones no cabe pronunciamiento alguno, por lo que se deberán devolver al tribunal a quo con el fin de que se cumplimente lo dispuesto en el punto II de la resolución de fs. 68/68 vta.*¹⁶⁴

Por ejemplo, en su voto concurrente, el ministro Adolfo Roberto Vázquez rechaza de manera explícita considerar al Ministerio Público como un “poder” independiente y diferente de los tres poderes tradicionales del Estado:

*Que ello no impide recordar que esta Corte Cacordada 2/97 (voto del juez Vázquez) C, señaló que de la redacción del art. 120 de la Constitución Nacional no surge que el Ministerio Público sea un órgano extrapoder, y que por ende la inteligencia con que debe ser interpretada dicha norma lleva a sostener que se trata sólo de un órgano que goza de autonomía funcional y autarquía financiera. Ello así en virtud de que no hay en el sistema institucional argentino ningún órgano que no se ubique dentro de la estructura de alguno de los tres poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial (ver los respectivos votos del juez Vázquez en la acordada 41/98 —Fallos: 321:1536—, en las resoluciones 1122/98 y 1525/98, y en Fallos: 323:787).*¹⁶⁵

¹⁶⁴ Jurisprudencia 4.

¹⁶⁵ *Idem.*

Así, vemos que dentro del sistema jurisdiccional argentino el debate sigue abierto con respecto a la autonomía del Ministerio Público y la vigencia de la estricta división tripartita del poder público.

V. CASO 4: ARGENTINA/DEFENSOR DEL PUEBLO

El Defensor del Pueblo de la Nación actúa con plena independencia y autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Está instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, y su competencia surge de:

a) El artículo 86 de la Constitución Nacional:

El Defensor del Pueblo es *un órgano independiente* instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, *que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad*. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

b) El artículo 43 de la Constitución Nacional:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucio-

nalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus será interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

c) Y de la Ley N° 24.284, modificada por la Ley núm. 24.379.

Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y los demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y en las Leyes; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

A tal efecto, puede realizar investigaciones conducentes al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública y sus agentes, ante violaciones a los Derechos Humanos y el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos; tiene legitimación procesal, es decir que está facultado para presentarse en sede judicial. El titular de esta institución nacional deber ser argentino, nativo o por opción, y es elegido por el Honorable Congreso de la Nación, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miem-

bros presentes de cada una de las Cámaras que lo componen. La duración del mandato del Defensor del Pueblo es de cinco años y puede ser reelegido por una única vez. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores.

En el ejercicio de las misiones que la Constitución nacional y la ley le encomiendan, el Defensor del Pueblo de la Nación podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación en todos aquellos casos originados por cualquier participación de la administración pública nacional (en todo el territorio del país) y las empresas prestadoras de servicios públicos, aun las privatizadas, en relación con los siguientes temas:

- Mal funcionamiento.
- Ilegitimidad.
- Falta de respuesta a reclamos efectuados.
- Mala prestación, atención o trato.
- Insuficiencia de información.
- Violaciones a los derechos humanos, del usuario y del consumidor.
- Cuestiones atinentes a la preservación del medio ambiente.

También tiene competencia para actuar ante casos de incumplimiento de sentencias judiciales por parte del Estado.

Sin embargo, no puede intervenir:

- En conflictos entre particulares.
- Cuando respecto a la cuestión planteada se encuentre pendiente resolución administrativa o judicial.
- Cuando hubiera transcurrido más de un año calendario contado a partir del momento en que ocurriere el hecho, acto u omisión motivo de la queja.

A) *Primera jurisprudencia*

MEDIO AMBIENTE.

DAÑO AMBIENTAL. CONTAMINACIÓN. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN.

Es relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado, debiendo recaer tal designación en el Defensor del Pueblo, en orden a la plena *autonomía funcional* que se le reconoce al no recibir instrucciones de ningún otro poder del Estado.

E.D. 18-7-08 (supl.), nro. 365.M. 1569. XL; ORI

Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).08/07/2008

La razón de esta jurisprudencia guarda un vínculo sustancial con las atribuciones y finalidades que tiene el Defensor del Pueblo, pues éste, en su carácter de tutor de ciertos derechos básicos de carácter disperso, tiene la legitimación suficiente para actuar como parte dentro de los procedimientos en los que la seguridad social dentro del marco ambiental, como es este caso, se ve afectada por la falta de actuación de la autoridad gubernamental correspondiente.

El eje central es la tutela de los derechos ambientales de ciertas poblaciones ubicadas dentro del perímetro de afectación por la contaminación de la cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo. Ya que los pobladores de dichas entidades se reunieron para ejercer una denuncia ante la Suprema Corte debido a la falta de atención de sus representantes; ésta, en su resolución, recalcó el papel trascendental del Defensor del Pueblo, ya que éste sin seguir órdenes de alguna otra autoridad jurisdiccional puede actuar en atención a las demandas ciudadanas y emitir las resoluciones pertinentes para la protección de las garantías constitucionalmente respaldadas.

Respecto de la actuación del Defensor del Pueblo como parte dentro de este procedimiento, que fue en cierta manera desestimado como tal y considerado finalmente sólo como tercero interesado, nos remitimos al fundamento legal que tomó el Defensor para su participación:

Ley Nacional 2567.5

Artículo 30. Producido el daño ambiental colectivo, *tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional*, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

Constitución nacional.

Artículo 43. *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor; así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.

Refiriéndonos a los argumentos jurídicos aquí citados, la Corte no consideró al Defensor del Pueblo como parte de este procedimiento, realizando una acción de lesión a las atribuciones de tal organismo, sino que atendiendo la prelación establecida en el artículo 30 de la Ley 2567.5, una vez que la demanda fue presentada esencialmente por los directamente afectados, sólo restó considerar a las demás autoridades y organizaciones que se presentaran ante el procedimiento posteriormente a la presentación y radicación de la demanda únicamente como terceros interesados.

Ley Nacional 2567.5

Artículo 32. La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.

En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

Con este último argumento la Corte consideró, atendiendo a sus atribuciones, al Defensor del Pueblo únicamente como tercero interesado.

La resolución final de la Corte se estableció como sigue:

Que, por último, las altas razones en que hacen pie las decisiones precedentes deben ser complementadas instrumentalmente, ordenando la acumulación de todos los litigios relativos a la ejecución del plan por ante el juez encargado de la ejecución, y declarando que este proceso produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes el legítimo activo y la causa pretendida.

Por ello se resuelve:

1. Dictar sentencia con respecto a las pretensiones que tienen por objeto la recomposición y la prevención.

2. Ordenar a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 el cumplimiento del programa establecido en los considerandos.

3. Disponer que el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son igualmente responsables en modo concurrente con la ejecución de dicho programa.

4. Establecer que la Auditoría General de la Nación realizará el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan-28-Integral de Saneamiento.

5. Habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente.

6. *Encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en esta causa en condición de terceros interesados.*

B) *Segunda jurisprudencia*

DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

El *defensor del pueblo* de la Ciudad Autónoma no constituye la autoridad de aplicación de la ley 24.240 en el ámbito local, pues

no es un órgano de gobierno local ni actúa por delegación de él, sino con absoluta independencia funcional y sin sujeción a instrucciones u órdenes.

D. 859. XXXVI; REX, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986., 31/10/2006

T. 329, P. 4542

El origen de esta jurisprudencia no es propiamente una demanda del Defensor del Pueblo, pero proviene de un procedimiento en el cual estuvo involucrado como parte, y su participación fue relacionada con la impugnación de una resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación relacionada con el aumento a ciertos servicios telefónicos.

Nos remitiremos para ilustrar lo sucedido a algunos párrafos de la resolutoria:

En consecuencia, lo *expresado en el art. 13, inc. h, de la ley 3* en el sentido de que el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma está facultado para promover acciones incluso en el fuero federal debe entenderse como que dicha facultad está limitada a la actuación en juicio en defensa de los derechos individuales o colectivos ante los tribunales de la justicia ordinaria de la Capital, o cuando las leyes nacionales o federales hayan sido aplicadas en el ámbito local por órganos de esta última naturaleza, en los supuestos en que dichas normas les hayan confiado su ejecución. *Al respecto cabe advertir que según el art. 41 la ley 24.240 de defensa del consumidor su aplicación compete, en el orden nacional, a la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación y, en el orden local, a los gobiernos de las provincias y de la Ciudad Autónoma, sin perjuicio de que éstos la deleguen en otros órganos subordinados. El art. 42 de la ley mencionada agrega que los órganos nacionales y locales actúan de manera concurrente en lo relativo a la vigilancia y juzgamiento de las infracciones que simultáneamente tengan lugar en sus respectivas jurisdicciones. En tales condiciones, no es exacto lo afirmado en la demanda de amparo, con respecto a que el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma constituye la autoridad de aplicación de la ley 24.240 en el ámbito local, pues no es un órgano de gobierno local ni actúa por delegación de él, sino con absoluta independencia funcional y sin sujeción a instrucciones u órdenes.*

El Defensor del Pueblo de la provincia autónoma de Argentina no es un órgano de gobierno local ni actúa en delegación de otro poder conferido por otra autoridad. Esta autonomía, que podría en ciertos momentos remitirnos a pensar que le otorga un carácter de cierta superioridad jurisdiccional, no es exacta, ya que aunque tenga como finalidades la defensa de ciertos derechos colectivos, no significa, que su ámbito geográfico de acción se extienda más allá de su jurisdicción cuando éste se ha opuesto por ejemplo desde el ámbito local hasta el ámbito federal respecto de una institución de naturaleza nacional y no local.

No hay que pasar por alto este voto, ya que en su correcta fundamentación puede señalarnos de una manera objetiva que la resolución final de la Corte no fue un criterio de derecho, sino una protección a los intereses del Estado, quizá una declaración delicada, pero que a la vista de la argumentación es más verosímil este voto que recurre a fundamentos legales duros y a criterios claros de frente a la protección de los intereses de la población y el adecuado control institucional.

Es, pues, de trascendental importancia que el propio sistema político de una entidad organice a sus instituciones con caracteres de jurisdicción bien delimitados, pues la estructura propia del Estado está diseñada para funcionar jerárquicamente; por ello, aunque la decisión de una autoridad nacional afecte a los intereses de una cierta región, no significa que el Defensor del Pueblo responsable de la población específica pueda oponerse en atención a sus atribuciones legalmente fundamentadas a la resolución de dicha autoridad de carácter nacional cuando la ley dispone un mecanismo procesal específico para el caso concreto. Así, la impugnación de la decisión de aumentar el costo de servicios de telecomunicación por parte de la Secretaría de Comunicación de la Nación fue finalmente desestimada, ya que violaba ciertos principios de jurisdicción y hacía que una autoridad nacional se sometiera a la resolución de una de carácter local.

En este caso es el Defensor del Pueblo quien perdió el asunto, ya que en el ejercicio de sus funciones infligió espacios jurisdic-

cionales y atribuciones específicas consagradas en la carta magna por lo menos dentro del criterio que prevaleció por parte de la Corte. Sin embargo, no está de más considerar que la resolución originalmente impugnada pudo haber sido confirmada en el recurso extraordinario por la Suprema Corte de Justicia, no precisamente por criterios que siguieran adecuadamente el espíritu del derecho argentino, sino que haciendo uso de una interpretación de acuerdo con la conveniencia de los intereses del Estado, la Corte pudo haber actuado como sucede en muchos países, favoreciendo la resolución de la Secretaría de Comunicación, por tratarse de un tema sobre el ingreso de recursos económicos a instituciones gubernamentales; pero, siguiendo la presunción de buena fe, creemos que la jurisprudencia tuvo un origen ampliamente jurídico y de estricto derecho.

La principal razón de la Corte para negar la posibilidad de actuación del Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es debido a su jerarquía, ya que según los magistrados, una esfera de carácter nacional únicamente puede ser cuestionada por otra del mismo rango. En la resolución, la Corte no únicamente deja sin efecto los pronunciamientos de las instancias inferiores que habían confirmado el criterio del defensor de la nación, sino que señala que dado el carácter del procedimiento de amparo

8º) Que, como se ha expresado, los actos del gobierno nacional y de sus órganos son cuestionables ante los tribunales de este mismo carácter, de conformidad con las reglas que dicte al respecto el Congreso de la Nación, que rigen lo atinente a los procedimientos, a la capacidad de estar en juicio como parte, y al modo de configurarse las controversias para ser susceptibles de resolución judicial. Por tanto, un órgano de control de la administración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyas atribuciones derivan de la legislatura local y que no constituye el representante de aquella, ni tiene la personería legal de los particulares afectados, ni constituye persona de existencia visible ni ideal, carece de competencia constitucional para objetar los actos de las autoridades nacionales, y eventualmente obtener su anulación. En virtud de las consideraciones precedentes, cabe

concluir que el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es parte legitimada para cuestionar la validez de la resolución 2926 de 1999 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación relativa a la tarifación del servicio telefónico y obtener un pronunciamiento sobre su validez o nulidad en las presentes actuaciones.

9°) *Que no cabe expedirse acerca de lo manifestado por el defensor del pueblo de la Nación a fs. 148 en el sentido de que adhiere a los términos de la sentencia apelada y a lo actuado por el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma, y solicita que se lo tenga por parte legítima en el pleito; toda vez que en la acción de amparo no son admisibles las incidencias ni tercerías (art. 16 de la ley 16.986). Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado.* Costas por su orden, en atención a la novedad de la cuestión planteada. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

Este asunto tuvo un voto disidente por parte de dos magistrados, quienes no estuvieron de acuerdo con la resolución final de la Corte, por lo que añadimos un extracto del voto disidente:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, confirmó por mayoría la sentencia que había hecho lugar a la acción de amparo promovida por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y dejado sin efecto la resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación 2926 de 1999 en la cual se autorizó el cobro del servicio de informaciones “110” a los usuarios del servicio telefónico. Para así decidir, el tribunal señaló que la resolución cuestionada había sido dictada sin que los usuarios hubieran tenido oportunidad de participar y de ser oídos en la audiencia pública que debió haber sido convocada antes de fijar la tarifa objetada, de conformidad con lo dispuesto en *el art. 42 de la Constitución Nacional* y en el Reglamento General de audiencias públicas aprobado por la resolución 57 de 1996.

2°) *Que contra esa decisión, el Estado Nacional Secretaría de Comunicaciones interpuso recurso extraordinario (fs. 125/143, replicado a fs. 151/160), que fue parcialmente concedido, sólo*

en tanto se halla en juego la interpretación de normas de índole federal (fs. 162/162 vta.).

3° *Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de un acto de autoridad nacional y la interpretación de normas federales y la decisión final del pleito ha sido contraria a la pretensión del recurrente (art. 14, inc. 1° y 3°, de la ley 48).*

4° *Que el apelante señala, por una parte, que la Defensoría del Pueblo instituida por el art. 137 del Estatuto Constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires carece de legitimación para cuestionar en juicio los actos de las autoridades nacionales. Por otra parte, sostiene que la previa convocatoria a audiencia pública constituía un procedimiento meramente facultativo y su falta de realización no obstaba al dictado de la resolución administrativa impugnada. Al contestar el recurso extraordinario, la actora invoca, como fundamento de su legitimación procesal para demandar como lo hizo, el referido art. 137 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 13, inc. h, de la ley local 3 y los arts. 1 y 25 de la ley nacional 24.240.*

En este voto, los magistrados deciden aceptar el recurso extraordinario, que a diferencia de México aparece como una tercera instancia para la resolución de conflictos jurídicos, y que requiere del previo ejercicio del juicio de amparo para que éste proceda. Este señalamiento lo hago para identificar que nuestro proceso fue confirmado en dos instancias previamente, y que únicamente en el último de los escalones jurisdiccionales fue resuelto en forma distinta a lo antes planteado, por lo que nos remitimos a lo que en uno de los análisis sobre las jurisprudencias del Ministerio Público argentino señalamos: todo el sistema judicial fue puesto en marcha y funcionó de forma sistemática por una irregularidad en la concepción que se tiene sobre los organismos autónomos y su funcionamiento.

Después de hacer una breve descripción de los hechos que motivaron el recurso extraordinario, se señala el argumento de la parte actora contra el Defensor del Pueblo, remitiéndose al concepto de ilegitimidad del mismo para poder haber actuado en ese procedimiento, dado el carácter nacional de la Secretaría

de Comunicaciones, como antes lo señalamos. Sin embargo, esta cuestión de ilegitimidad es puesta a prueba en este voto:

Que la regla general en materia de *legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular*. Ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un *litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural*. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

Esta regla tiene sustento en la Ley Fundamental, ya que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio, incluyen obligadamente la de ejercer de modo voluntario las acciones para su protección. Asimismo, su art. 19 consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen. Cada ciudadano tiene la libertad de disponer de sus derechos como lo desee, sin que tenga que dar explicación alguna sobre sus intenciones, salvo supuestos de ilicitud. Por esta razón es que, los derechos individuales, sean patrimoniales o no, son, por regla general, de disposición voluntaria por parte de su titular.

8º) *Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional), son ejercidos por el defensor del pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por*

titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible.

Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se relaciona con una *lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.*

Por todo lo expuesto, *puede afirmarse que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al defensor del pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.*

9º) *Que la Constitución Nacional admite una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión a los derechos de los consumidores y a la no discriminación en su art. 43. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo*

juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, *no hay en nuestro derecho una ley que haya reglamentado el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis*. Este aspecto resulta muy importante porque *debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos*. Esta ausencia de regulación constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Constitución ha instituido.

Frente a esa falta de regulación, cabe señalar que la norma constitucional referida es claramente operativa y es obligación de los jueces hacerla efectiva, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

10) *Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia. El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.*

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. *En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (Fallos: 322:3008, considerando 14, disidencia del juez Petracchi).*

11) *Que en la presente causa se trata de la legitimación en un supuesto de intereses individuales homogéneos, ya que la Defensoría solicitó una decisión que tendrá efectos jurídicos sobre una pluralidad relevante de sujetos. Existe una norma que concede de modo general la legitimación (art. 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), la que es invocada en un caso vinculado a los derechos del consumidor (art. 43 de la Constitución Nacional) y por lo tanto es directamente operativa al vincularse con derechos humanos. La pretensión impugnativa, por falta de realización de la audiencia pública, se refiere a una decisión que afecta a una multiplicidad relevante de sujetos y por lo tanto hay una causa homogénea. Hay, además, una causa petendi enfocada en el elemento común, ya que la decisión que se tome afectará, inevitablemente, a todo el grupo. No se advierte una vulneración del derecho de defensa en juicio, ya que no hay ningún aspecto que vaya a interferir en la esfera privada de cada individuo. Está configurada*

una situación de amenaza directa y relevante de los derechos de los usuarios y consumidores (art. 43 de la Constitución Nacional), es decir, hay una causa o controversia en el sentido técnicamente expresado.

En este extracto los magistrados de la Corte que se opusieron al criterio que prevaleció, argumentan en primera instancia por qué es operable el criterio de legitimación del Ministerio Público sobre cuestiones de derechos del consumidor. Por lo que sólo resta analizar el criterio de invasión jurisdiccional, que también fue importante en la solución de esta controversia.

12) Que de conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores, existe legitimación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires *en el presente caso, por lo que cabe analizar si esa legitimación se ejercita dentro de un ámbito de su competencia. Al respecto, se ha objetado que la Defensoría, siendo un órgano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no tiene competencia para cuestionar una decisión de un organismo nacional. La Constitución de la Ciudad Autónoma asigna a dicha Defensoría “la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos”* (art. 137). La autorización para la protección de los derechos consagrados en la Ley Fundamental importa, claramente, la posibilidad de estar en juicio respecto de decisiones que los afecten, cualquiera sea su origen. *Esta conclusión se ve reforzada, además, por la ley 3 de la Ciudad que, en su art. 2, prevé la misma función de defensa, protección y promoción que en términos análogos tiene la Defensoría en la Constitución local, aunque lo hace con un alcance mayor, comprendiendo, también, “a los actos de naturaleza administrativa de los poderes Judicial, Legislativo y de los Órganos de Control”*. Para hacer posible el cumplimiento de sus funciones, la ley le otorga, en su art. 13, la atribución de “promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el federal” (inc. h). Es decir, tanto la Constitución como la ley 3 locales otorgan a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad legitimación procesal (causa “Defensor del Pueblo de la Nación”, Fallos: 328:1652, voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 14).

Reuniéndose estos dos supuestos, se concluye en el voto con una confirmación de lo actuado por parte del Defensor del Pueblo:

17) Que, en las condiciones enunciadas, la omisión infundada, por lo demás de otorgar a los usuarios la posibilidad de participar, con carácter previo y como requisito de validez, en la elaboración de la resolución 2926/99, resulta manifiestamente ilegal, lo que habilita la procedencia de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y del art. 1 de la ley 16.986 (Fallos: 319:2955).

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI.

VI. CASO 5: PERÚ/MINISTERIO PÚBLICO

Primera Jurisprudencia: EXP. N.º 8841-2006-PHC/TC

LIMA
CARLINA ROSANNI
BADOINO DÍAZ

RAZÓN DE RELATORÍA
Lima, 23 de noviembre de 2007

La resolución recaída en el Expediente N.º 8841-2006-PHC/TC es aquella conformada por los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, y Landa Arroyo, que declara INFUNDADA la demanda. El voto de los magistrados Alva Orlandini y Bardelli Lartirigoyen aparece firmado en hoja membretada aparte, y no junto con la firma del magistrado integrante de la Sala debido al cese en funciones de estos magistrados.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de noviembre de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistra-

dos Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carlina Rosanni Badoino Díaz contra la sentencia de la Cuarta Sala Penal de Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1125, su fecha 4 de setiembre de 2006, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de mayo de 2006, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra don Oscar Aníbal Zevallos Palomino, Fiscal Provincial del Segunda Fiscalía Provincial Especial, y don Martín Retamozo Roca, Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Especial; solicitando se deje sin efecto la Denuncia Fiscal N° 37-05 formalizada el 27 de marzo de 2006 por ante el Cuarto Juzgado Penal alegando que existe un proceso ante el 2° Juzgado Penal Especial y que por denuncia del Fiscal Provincial demandado se inició un proceso penal por el delito de enriquecimiento ilícito contra funcionarios del gobierno anterior, y todo por tener la condición de esposa del coronel Miguel Gómez Rodríguez, habiendo sido sometida a interrogatorios respecto de las empresas constituidas por Negotur S.A., Cuatro Pro Inversiones S.A., compraventa del inmueble de la calle Intihuatana N° 429 y su estacionamiento.

Alega que terminada la etapa de investigación el expediente fue remitido al Fiscal Superior a efectos de que se pronuncie conforme a ley, emitiendo dictamen acusatorio solicitando investigar sobre los mismos hechos, y que en su investigación no hace distinción ni tampoco precisa respecto de las personas a quienes debe investigarse, sabiendo que por los mismos hechos la demanda iba a ser sometida a juicio oral. La sala penal advierte el error de haberse remitido prematuramente las copias certificadas al Ministerio Público sin la aclaración de los que se encontraban procesados, y al momento de sentenciar señalan de manera inequívoca que todo lo concerniente al Sr. Lincoln López y otros solo puede determinarse en dicho proceso, y no en las investigaciones a abrirse con las copias certificadas anteriormente expedidas. Asi-

mismo la demanda alega que el Fiscal Provincial se excede en los puntos precedentes, en el cumplimiento de esta orden jurisdiccional y sin tener en cuenta lo señalado por la Sala y atendiendo a lo señalado por el Fiscal Superior, formaliza denuncia por ante el Cuarto Juzgado Especial Penal (Expediente N° 29-2006 en contra de la demandante, su cónyuge y el Sr. Lincoln López por la presunta comisión del delito de encubrimiento real de asociación ilícita para delinquir, rompiendo con el derecho al debido proceso y el principio a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos; con lo cual pone en peligro su derecho a la libertad individual por la probable medida a dictarse en el auto de instrucción. Añade que el Fiscal ha utilizado subordinadamente a las autoridades policiales en un acoso con citaciones y diligencias comprendiéndola como investigada y no como testigo. Alega violación a sus derechos constitucionales, a la libertad individual, del principio ne bis ídem, del derecho al debido proceso y del principio de la cosa juzgada.

Realizada la investigación sumaria, se tomó la declaración del fiscal Martín Retamozo Roca, quien señaló que emitió acusación sustancial el 27 de agosto de 2004 y entre otros puntos solicitó se le condene a 8 años de pena privativa de la libertad y al pago de una reparación civil, acusándola de cómplice secundaria por el delito de enriquecimiento ilícito. Asimismo el fiscal provisional Óscar Zevallos Palomino señala que a la demandante se le formalizó denuncia penal quedando acreditado que son hechos distintos a los que fueran materia de otro proceso.

El Segundo Juzgado Penal de Lima, con fecha 28 de junio de 2006, declara infundada la demanda al considerar que si bien la sede constitucional no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a determinar si existe o no responsabilidad penal, sí lo es cuando se quiere proteger los derechos fundamentales. Argumenta el 4o. juzgado que si bien en el proceso ya fenecido y en la denuncia fiscal existiera relación, solo alcanza al primer elemento de la cosa juzgada (misma demanda); sin embargo, se está frente a hechos incriminatorios distintos por cuanto en el proceso ya concluido a esta se le instruyó juzgó y absolvió. Señala también que la denuncia se refiere a hechos concretos, como el haber tratado de simular que la transferencia

de las participaciones sociales o acciones de la empresa Negocios Turísticos S.R. Ltda. NEGOTUR fue realizada el 29 de diciembre de 2000, cuando dicha transferencia se había realizado recién el 17 de abril de 2001 con la finalidad de deshacerse de su patrimonio mal habido. En consecuencia, los demandados en ningún momento han vulnerado los derechos constitucionales invocados ya que han actuado de conformidad con la Carta Magna y su ley Orgánica.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es dejar sin efecto la Denuncia Fiscal N° 37-05 formalizada el 27 de marzo de 2006 ante el Cuarto Juzgado Penal Especial.

2. El segundo párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional señala que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

3. A fojas 477 obra la Denuncia Fiscal N° 037-2005, de fecha 28 de marzo de 2006, contra la demandante y otros por haber incurrido en la presunta comisión del delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad ideológica por las participaciones sociales o acciones de la empresa Negocios Turísticos S.R. Ltda. - NEGOTUR.

4. De fojas 114 a 262 obra la sentencia de la tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente 024-2002), de fecha 16 de mayo de 2005, en la que absuelven

a la demandante de la acusación por el delito contra la administración pública en la modalidad de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado.

5. Debe señalarse que, de acuerdo con las competencias asignadas por la Norma Suprema, el Ministerio Público es un órgano autónomo, cuya principal función se manifiesta en el ejercicio público de la acción penal.

6. No obstante, es pertinente precisar que solo al Juez penal que conoce de la denuncia fiscal le compete calificar los hechos materia de investigación, no pudiendo determinarse en esta sede si existe, o no, responsabilidad penal de la inculpada, ni cuestionar la calificación del tipo penal establecida por el juez competente, puesto que estas son facultades inherentes a la jurisdicción penal ordinaria. De autos se aprecia que la pretensión materia de autos esta destinada a cuestionar las decisiones.

7. De fojas 12 a 113 obra la acusación fiscal de los cargos imputados a la demandante en el proceso signado con el Expediente N.º 24-2002, referido a la participación del delito de enriquecimiento ilícito en su calidad de cómplice secundario, por haberse atribuido el ser propietaria, juntamente con don Miguel Angel Gómez Rodríguez, de diversos inmuebles y vehículos.

8. Del Dictamen Fiscal citado anteriormente el representante de Ministerio Público solicitó que se remita copia certificada a la Fiscalía Provincial Penal de Turno a efectos que se investigue a don Alonso Noriega Altamirano, entre otros, por el presunto delito de encubrimiento personal y falsedad ideológica en mérito a la existencia de indicios en la Escritura Pública de Transferencia de Participaciones Sociales de la empresa Negotur otorgada ante el Notario Público de Lunahuaná. De autos no se observa esa triple identidad que la ley exige por cuanto, si bien la demandante ya fue absuelta por el delito de enriquecimiento ilícito, la denuncia fiscal que obra a fojas 320 está referida a hechos distintos.

9. La sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima no ha señalado nada respecto a la situación jurídica que se ventila contra la accionante en mérito a la remisión de las copias certificadas ante el Fiscal Provincial Penal de Turno, toda vez que sólo hace mención con

respecto al procesado Lincoln López, por lo que una interpretación extensiva implicaría una modificatoria de la misma.

10. Cabe precisar que en el proceso seguido por la Tercera Sala Penal, y en el que existe sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia que absuelve a la demandante por el delito de enriquecimiento ilícito, se ha cumplido con investigar hechos distintos a los que ahora son materia de denuncia, por lo que no se advierte que los demandados hayan incurrido en omisiones que afecten la libertad de la demandada. En tal sentido no apreciamos que los derechos invocados se hayan visto lesionados puesto que los emplazados han actuado conforme a las atribuciones que les confiere el Código Procesal Constitucional, el Código de Procedimientos Penales y su Ley Orgánica.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de hábeas corpus.

SS.

ALVA ORLANDIN

BARDELLI LARTIRIGOYEN

LANDA ARROYO

De la presente jurisprudencia, lo que merece la pena resaltar es el fundamento identificado con el 5.5, que plasma: “debe señalarse que, de acuerdo con las competencias asignadas por la Norma Suprema, el Ministerio Público es un órgano autónomo, cuya principal función se manifiesta en el ejercicio público de la acción penal”. Como se puede notar, el Tribunal Constitucional reconoce la autonomía de la institución.

Ahora bien, actualmente, en el Estado peruano, el Ministerio Público es un organismo constitucionalmente autónomo, que está al servicio de la sociedad y de la administración de justicia, defiende la legalidad, los intereses públicos, la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia, fortaleciendo el Estado democrático, social y de derecho.

En la Constitución Política de Perú, a través de los artículos 158¹⁶⁶ y 159,¹⁶⁷ se establece que el Ministerio Público es un organismo autónomo del Estado peruano, encargado de promover de oficio o a petición de parte, la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos.

Además, compete al Ministerio Público velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; representar en los procesos judiciales a la sociedad; conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función; ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla; ejercer iniciativa en la formación de las leyes, y dar cuenta al Congreso o al presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

¹⁶⁶ El Ministerio Público es autónomo. El fiscal de la nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, solo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros Poder Judicial en su respectiva categoría.

¹⁶⁷ “Artículo 159.- Atribuciones del Ministerio Público

Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

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

3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación”.

De igual manera, en la Ley Orgánica del Ministerio Público se plasma en el artículo 1o. la función de este organismo:

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 para 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 por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Como se deduce de esta ley reglamentaria, sobre esta institución autónoma recae la responsabilidad de velar que se haga justicia a través de la defensa de la legalidad.

Por lo anterior, tanto la norma principal como la secundaria reconocen la autonomía del Ministerio Público, como un organismo defensor de la legalidad de los derechos de los ciudadanos.

Segunda jurisprudencia: EXP. N.º 2521-2005-PHC/TC

LIMA
CÉSAR DARÍO
GONZALES ARRIBASPLATA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de octubre de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don César Darío Gonzales Arrisbaplata contra la sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte

Superior de Justicia de Lima, de fojas 418, su fecha 14 de febrero de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 21 de diciembre de 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, Jorge Luis Cortez Pineda; y el capitán de la Policía Nacional del Perú adscrito a la DIRCOCOR-DIVAMP, Óscar Estrada Pedraza. Manifiesta que con fecha 3 de mayo de 2004 se realizó una operación policial ordenada por el Fiscal demandado, en la cual se intervino al ex asesor de la Municipalidad Distrital de Lince, Carlos Ostolaza Suárez, por haber recibido ilícitamente una suma de dinero del ciudadano Gustavo de los Ríos Martínez, hechos que dieron lugar al Atestado Policial N° 08-2004-PNP-DIRCOCOR.DIVAMP, el 4 de mayo de 2004, documento policial que motivó la formalización de la denuncia correspondiente por el Fiscal demandado ante el Juzgado Penal de Turno Permanente de Lima.

Recibida la denuncia por el Juzgado Penal de Turno Permanente, dicho órgano judicial, con fecha 5 de mayo de 2004, emitió el correspondiente auto de apertura de instrucción, remitiéndose luego el proceso a la Mesa de Partes Única de los Juzgados Penales, la misma que derivó la instrucción al Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, el cual, por resolución de fecha 17 de mayo de 2004, dictó auto de avocamiento, asumiendo jurisdicción sobre dicha causa, notificando esta resolución a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, siendo parte agraviada en dicho proceso la corporación municipal que preside el demandante.

Habiendo asumido competencia los mencionados órganos judiciales, el emplazado fiscal provincial inició una investigación paralela que se tramitó ante la División de Apoyo del Ministerio Público, a cargo del demandado capitán PNP Estrada Pedraza. Además, dicho fiscal solicitó acumular a su investigación la realizada por la Cuadragésima Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima, violando, de este modo, el artículo 139°, inciso 2), de la

Constitución, que prohíbe el avocamiento al conocimiento de causas pendientes ante el órgano judicial, y el inciso 3, que reconoce el derecho al debido proceso.

Investigación sumaria

Realizada la investigación sumaria, los funcionarios emplazados rinden sus declaraciones explicativas negando los cargos atribuidos por el demandante. Por su parte, el recurrente se ratifica en los términos de su demanda.

Resolución de primera instancia

El Decimocuarto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 5 de enero de 2005, declara fundada la demanda por estimar que el Fiscal Provincial demandado concedió ampliaciones de la investigación con la finalidad de que se esclarecieran los hechos, pero dichas investigaciones ampliatorias no fueron remitidas al Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima que conoció de la investigación primigenia.

Resolución de segunda instancia

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda considerando que los funcionarios demandados actuaron dentro del marco legal de sus atribuciones, y que lo que el demandante pretendía, en realidad, era excluirse de las investigaciones realizadas por las autoridades correspondientes.

FUNDAMENTOS

§ 1. CUESTIONES PRELIMINARES

A. Supuesto daño constitucional

El presente proceso fue promovido por César Darío Gonzales Arrisbaplata, alcalde del Municipio Distrital de Lince; contra el titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, Jorge Luis Cortez Pineda; y el capitán de la Policía Nacional del Perú adscrito a la DIRCOCOR-DIVAMP, Óscar Estrada Pedraza.

El acto lesivo se habría producido con el avocamiento indebido del emplazado Fiscal al conocimiento de una causa pendiente ante el órgano judicial, iniciando una investigación, con el apoyo de la autoridad policial demandada, paralela a la que realizaban las autoridades judiciales competentes.

B. Reclamación constitucional

El demandante alega que se han violado, en su caso, el principio constitucional que prohíbe el avocamiento indebido y los derechos constitucionales al debido proceso (artículo 139°, 3) y a la libertad personal (artículo 2°. inciso 24). Solicita, en consecuencia, que se ponga fin a los actos de acoso judicial que vienen cometiendo los funcionarios demandados.

§ 2. Análisis de la controversia

1. Es necesario señalar, en primer término, que si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 139°, incisos 2 y 3, de la Carta Política, en el presente caso, habida cuenta de que existen resoluciones fiscales y actuaciones policiales que pretenden comprender al demandante en un proceso penal en el que podrían establecerse restricciones al pleno ejercicio de su libertad personal, el Tribunal Constitucional considera que tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos cuestionados.

2. *De autos se aprecia que la Sala Penal Superior declaró infundada la demanda argumentando básicamente que “en el caso analizado[,] tal como aparece de lo actuado[,] el fiscal ha hecho uso de las facultades que le concede la ley orgánica como representante del Ministerio Público[,] disponiendo una investigación preliminar sobre los ilícitos denunciados, diligencias a las que no ha concurrido el accionante bajo pretextos, resultando innegable que con esta acción de garantía pretende excluirse de la investigación en contravención a las órdenes de [la] autoridad correspondiente[,] pretendiendo calificar esta facultad del Ministerio Público como arbitraria e ilegal[,] que no dándose[,] por tanto[,] ninguno de los presupuestos contenidos en el artículo veinticinco del Código Procesal Constitucional como para amparar su pretensión”.*

3. Estando a lo expuesto por la recurrida, este Colegiado, para poder determinar si la actuación funcional de los demandados se encuadra dentro del marco constitucional, o si, a consecuencia de ella, se atentó contra los derechos constitucionales invocados, considera necesario, en primer lugar, analizar el contenido de estos derechos.

4. En cuanto al principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido, cuyo enunciado es “ninguna autoridad pue-

de avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y que, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera [que] sea su clase (STC 1091-2002-HC/TC, fund. 1).

5. En lo que respecta al derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, cabe señalar que dicho atributo fundamental forma parte del “modelo constitucional del proceso”, cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional.

6. El artículo 4o. del Código Procesal Constitucional, recogiendo lo enunciado en los instrumentos internacionales, consagra el derecho al debido proceso como atributo integrante de la tutela procesal efectiva, que se defina como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan este y otros derechos procesales de igual significación.

7. Como se aprecia de autos, con fecha 4 de mayo de 2004, el Fiscal Provincial demandado formuló denuncia penal contra un ex asesor del municipio de Lince, por la presunta comisión del delito contra la administración pública, reservándose el derecho de promover acción penal contra el Alcalde de la citada municipalidad, disponiéndose, al efecto, la ampliación de las investigaciones. De este modo, promovida la acción penal por el Fiscal Penal demandado, se dictó el auto de apertura de instrucción por el Juzgado Penal Permanente de Turno; posteriormente, y de modo aleatorio,

la instrucción fue derivada al Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, que por resolución de fecha 17 de mayo de 2004, asumió la jurisdicción y se avocó al conocimiento de dicha causa penal.

8. Al respecto, si bien la ley penal de la materia no configura nítidamente los perfiles de la investigación preliminar fiscal, pues la ley no fija plazos, procedimientos, ni limitaciones precisas, no cabe duda de que, en cuanto a la extensión de la actividad investigadora del Ministerio Público, esta debe cesar una vez que el Juez Penal asuma jurisdicción sobre los hechos.

9. De autos se observa que la cuestionada actuación del Fiscal demandado contravino esta conducta procesal, que se fundamenta en el principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido, por cuanto, no obstante haber admitido en su declaración explicativa (f. 143) que conocía que el Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima tenía a su cargo el proceso penal sobre el evento criminal subexámene, continuó realizando actividad investigatoria sobre los mismos hechos, disponiendo la ampliación de las pesquisas contra el demandante, solicitando para ello el apoyo de la Policía Nacional, y obteniendo, a su vez, la acumulación a su indebida investigación de otra realizada por la Cuadragésima Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima, órdenes arbitrarias que lo convirtieron, pese a carecer de competencia, en una instancia paralela de investigación autónoma que sometió al demandante a una persecución penal.

10. La arbitraria actuación del Fiscal Provincial demandado resulta evidente, además, con la información documentada que remitiera a este Tribunal, con fecha 3 de octubre de 2005, la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima (Oficio N° 5253-2005-P-CSJL/PJ), de la que se desprende que, habiendo materializado el fiscal demandado la denuncia fiscal contra el afectado César Darío Gonzales Arribasplata ante el Segundo Juzgado Penal Especial de Lima, por la supuesta complicidad en el delito contra la administración pública, la mencionada judicatura, mediante resolución de fecha 3 de febrero de 2005, dispone devolverle dicha denuncia, por no ser de su competencia, según fluye de la Resolución Administrativa N° 154-CE-PJ, disposición que contrariamente fue invocada por el fiscal emplazado en su denuncia para justificar su avocamiento.

11. En consecuencia, la intervención desmedida del emplazado titular de la acción penal, cuya actuación resultó inadecuada, al margen de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley orgánica y normas administrativas del Ministerio Público, y que tuvo como corolario la denuncia fiscal formulada contra el demandante con fecha 31 de enero de 2005 (f. 286), vulneró los derechos constitucionales invocados; por lo tanto, resulta de aplicación al caso el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda; por consiguiente, NULA e insubsistente la denuncia penal formulada contra el demandante, con fecha 31 de enero de 2005, por el Fiscal Provincial Penal de la Primera Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima.

2. Dispone que los funcionarios demandados no reincidan en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda, bajo apercibimiento de aplicárseles las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, en caso de que obren de modo contrario.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

LANDA ARROYO

En la resolución que se analiza, se origina de la demanda hábeas corpus promovida por don César Darío Gonzáles Arrisbapata contra el titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, Jorge Luis Cortez Pineda, y el capitán de la Policía Nacional del Perú adscrito a la DIRCOCOR-DIVAMP, Óscar Estrada Pedraza, en virtud que rebasó los límites de competencia para el ejercicio de sus funciones como investigador del delito, transgrediendo con tal actuación el principio constitucional que prohíbe el avocamiento indebido (se entiende por este principio, que “ningu-

na autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”), los derechos constitucionales al debido proceso (se contienen en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.¹⁶⁸ Tal atributo forma parte del “modelo constitucional del proceso”, cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido) y a la libertad personal (se consagra en el artículo 2o. inciso 24, constitucional).¹⁶⁹

¹⁶⁸ “Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación...”.

¹⁶⁹ “Artículo 2o. Toda persona tiene derecho ... 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: *a.* Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. *b.* No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. *c.* No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. *d.* Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. *e.* Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. *f.* Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término. *g.* Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida. *h.* Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir

Ahora bien, la postura del Tribunal Constitucional es referir de manera escueta el contenido literal de la ley en cuanto a los límites de las funciones de los fiscales representantes del Ministerio Público, tal y como se aprecia de lo siguiente:

El Tribunal Constitucional indica que si bien la ley penal de la materia no configura nítidamente los perfiles de la investigación preliminar fiscal, pues la ley no fija plazos, procedimientos, ni limitaciones precisas, no cabe duda de que, en cuanto a la extensión de la actividad investigadora del Ministerio Público, ésta debe cesar una vez que el juez penal asuma jurisdicción sobre los hechos.

Así pues, el Tribunal Constitucional, en el fundamento identificado 11, indica que,

En consecuencia, la intervención desmedida del emplazado titular de la acción penal, cuya actuación resultó inadecuada, al margen de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley orgánica y normas administrativas del Ministerio Público, y que tuvo como corolario la denuncia fiscal formulada contra el demandante con fecha 31 de enero de 2005 (f. 286), vulneró los derechos constitucionales invocados; por lo tanto, resulta de aplicación al caso el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.¹⁷⁰

Tal determinación sentencia que el fiscal, en cuanto a representante del Ministerio Público, no debe sobrepasar los límites de las facultades que otorga la Constitución Política a este organismo autónomo a través de los artículos 158 y 159.

El primero de ellos a la letra dice:

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por ree-

por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

¹⁷⁰ Véase el fundamento 11 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente 2521-2005-PHC/TC, Lima, promovente César Darío Gonzales Arribasplata.

lección, sólo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros Poder Judicial en su respectiva categoría.

Y el segundo establece que:

Atribuciones del Ministerio Público, Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. 3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad. 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. 6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. 7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Asimismo, el artículo 1o. de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone:

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 para 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 por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Porque como ocurrió en esta controversia según el Tribunal Constitucional violenta el contenido del artículo 2o. del Código Procesal Constitucional;¹⁷¹ en consecuencia, se declara fundada la demanda, al acreditarse que el Fiscal violentó el principio constitucional que prohíbe el avocamiento indebido, los derechos constitucionales al debido proceso y a la libertad personal.

A manera de resumen, el Tribunal Constitucional determina que el Ministerio Público, a través de sus representantes (los fiscales), no tiene ninguna facultad de realizar más funciones en la forma y términos que expresamente determina la norma suprema del Estado peruano ni la norma secundaria (Ley Orgánica del Ministerio Público).

Tercera jurisprudencia: exp. N.º 388-2008-pa/tc

LAMBAYEQUE
NELSON LLOCLLA
MOROCHO Y OTRA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 26 de febrero de 2008

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Nelson Lloclla Morocho y doña María Carmela Reque Supo contra la resolución de la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 305, su fecha 15 de noviembre de 2007, que confirmando la apelada, rechazó in limine la demanda y la declaró improcedente; y,

¹⁷¹ “Artículo 2. Procedencia

Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo”.

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 17 de abril de 2007, los recurrentes interponen demanda de amparo contra la Dra. Aura Carrasco Chapañan, Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal; la Dra. Miriam Bautista Torres, Fiscal Adjunta de la Tercera Fiscalía Superior Penal; y el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio Público, a fin de dejar sin efecto la resolución del 29 de enero de 2007 (notificada el 8 de febrero del mismo año) expedida por la Segunda Fiscalía Provincial Penal, que resuelve no ha lugar a formalizar denuncia penal contra los denunciados don Armando Sánchez Cusma, don Carlos Alberto Caballero Burgos, don Pedro Quispe Rodríguez, doña Dionicia Rodríguez Sánchez y don Homero Gonzalo Duárez Sáenz por los delitos contra la Fe Pública y contra la Administración de Justicia, y dispone el archivo de la investigación; así como la resolución del 27 de febrero de 2007 (notificada el 1 de marzo del mismo año) expedida por la Tercera Fiscalía Superior, que declara infundada la Queja de derecho interpuesta contra la resolución anterior y que en consecuencia, se ordene al Fiscal formalizar la denuncia de parte que interpusieron. Invocan la violación de su derecho a la tutela procesal efectiva en su manifestación de debido proceso y el derecho a probar.

2. Que con fecha 24 de abril de 2007, el Tercer Juzgado Civil de Chiclayo rechaza in límine la demanda y la declara improcedente en aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

3. Que la recurrida, por su parte, confirma la apelada en virtud de lo dispuesto por el artículo 5.3 del Código Procesal Constitucional, que dispone la improcedencia de la demanda cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional.

4. Que en principio, el Tribunal Constitucional discrepa del pronunciamiento de la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, toda vez que la anotada causal de improcedencia no resulta aplicable cuando, como ocurre en el caso de autos, uno de los procesos es de naturaleza civil, y el otro, de naturaleza penal, pues resulta evidente que la finalidad que persiguen ambos procesos es dis-

tinta, no pudiendo, por tanto, configurarse el instituto de la vía paralela.

5. *Que conforme a lo dispuesto en los artículos 158° y 159° de la Constitución Política del Perú, el Ministerio Público es un órgano autónomo, que tiene entre sus atribuciones promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad, conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, entre otros.*

6. *Que asimismo, el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala 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 e incapaces y el interés social, así como para 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 por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación”.*

7. *Que en ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que la emisión de las resoluciones cuestionadas no puede suponer, la violación de ninguno de los derechos invocados por el recurrente, toda vez que constituyen —conforme a la normatividad a que se ha hecho referencia supra— el ejercicio de una atribución funcional reconocida constitucionalmente a favor de las emplazadas como fiscales que, en el ejercicio de dicha autonomía, han denegado ejercitar la acción penal expidiendo resoluciones motivadas referidas a los hechos materia de investigación; por lo que el recurrente no puede pretender que se limite el derecho de acción del Ministerio Público (a través de sus fiscales) o se le impida el ejercicio de las competencias que le han sido constitucionalmente asignadas, y menos que ejerza dichas atribuciones de manera irrazonable, lo que no sucede en el caso de autos.*

8. *Que por tanto, se observa en autos que los hechos y el petitorio de la demanda no se encuentran relacionados de manera directa con el contenido constitucional de los derechos invocados, por cuanto no se está afectando en modo alguno su derecho a la tutela procesal efectiva, resultando de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.*

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

Del presente fallo lo que interesa destacar es el contenido de los fundamentos “5, 6 y 7”, en los cuales consta la alusión que realiza el Tribunal Constitucional respecto a que el Ministerio Público es un organismo autónomo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 158° y 159° de la Constitución Política del Perú, que tienen entre sus atribuciones, promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad, conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, entre otros.

También, el contenido del artículo 1o. de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala 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 e incapaces y el interés social, así como para 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 por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Así, concluye el Tribunal Constitucional, quien considera que la emisión de las resoluciones cuestionadas no puede suponer la violación de ninguno de los derechos invocados por el recurrente, toda vez que constituyen —conforme a la normatividad a que se ha hecho referencia supra— el ejercicio de una atribución funcional reconocida constitucionalmente a favor de las emplazadas como fiscales, que en el ejercicio de dicha autonomía han denegado ejercitar la acción penal expidiendo resoluciones motivadas referidas a los hechos materia de investigación, por lo que el recurrente no puede pretender que se limite el derecho de acción del Ministerio Público (a través de sus fiscales) o se le impida el ejercicio de las competencias que le han sido constitucionalmente asignadas, y menos que ejerza dichas atribuciones de manera irrazonable, lo que no sucede en el caso de autos.

Por lo anterior, como se advierte, el Tribunal Constitucional no realiza un análisis interesante respecto de la autonomía del Ministerio Público, pues a lo único que se limita es a transcribir los artículos constitucionales que reconocen la autonomía de dicho organismo y confirmando así lo plasmado en la propia norma fundamental, que no son más que el Ministerio Público, en cuanto titular de la acción penal pública tiene por función conducir desde su inicio la investigación del delito, siendo en este caso la Policía Nacional la entidad obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

VII. CASO 6: BRASIL/MINISTERIO PÚBLICO

En años recientes, la Corte Constitucional de Brasil (Supremo Tribunal Federal-STF) ha emitido una serie de fallos importantes, aunque algo contradictorios entre sí, con respecto a la autonomía del Ministerio Público. Aquí algunos casos claves:

- 1) *STF, ADIn n. 470-1/AM, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 1.7.2002.*

Esta sentencia se sustenta en la proposición de que la “independencia funcional” (*independência funcional*) de los

- miembros del *Ministério Público*, misma que se asienta como uno de los “principios institucionales” (*princípios institucionais*) del *Ministério Público*, es una prerrogativa que no necesariamente se hace extensiva para los abogados del Estado (*Advogados da União*). Mientras que los abogados del Estado deben guardar cierto grado de subordinación al jefe del Ejecutivo, los miembros del *Ministério Público* son completamente independientes del jefe de su institución en lo referente al ejercicio de sus deberes.
- 2) *STF, ADIn-MC n. 1.757/ES, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19.2.1998*. Esta sentencia se sustenta en la proposición de que la autonomía financiera (*autonomia financeira*) del *Ministério Público*, únicamente significa que el *Ministério Público* es competente para elaborar su propia propuesta de presupuesto, lo que no quiere decir que por sí mismo pueda aprobarlo, así como tampoco puede garantizar un porcentaje de las ganancias del Estado para sí mismo.
 - 3) *STF, ADIn n. 126-4/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 29.8.1991*. Esta sentencia propone que, aun cuando la Constitución no señala expresamente que el *Ministério Público* cuenta con autonomía financiera, es menester reconocer que implícitamente se le ha dado al *Ministério Público* esta autonomía financiera.
 - 4) *ADIn-MC n. 514/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 1.7.91*. Esta sentencia se sustenta en la proposición de que la falta de “autonomía financiera” del *Ministério Público* podría poner en riesgo otras características, como son la “autonomía funcional y administrativa” otorgadas expresamente por la Constitución (ver artículo 127, § 2 de la Constitución).
 - 5) *MS n. 21.239/DF, rel. Sepúlveda Pertence, j. 5.6.91*. La sentencia indica que aun cuando el *Ministério Público* no tiene personalidad jurídica, puede ser autor de un *writ of mandamus* para defender el uso de sus prerrogativas o para desafiar el ejercicio de facultades que son de su competencia, por parte de otras autoridades del gobierno.

- 6) *RHC n. 66.944/ES, 2^a T., rel. Min. Djaci Falcão, j. 18.11.88.*
Esta decisión sustenta que no es violatorio de los principios institucionales de unidad e indivisibilidad (*princípios institucionais da unidade e indivisibilidade*), que caracterizan al *Ministério Público*, el hecho de que dos de sus miembros —persecutores públicos— diverjan con respecto a la clasificación de un crimen, antes de que la acción sea llevada ante una Corte. “Ser independiente significa que cada uno de sus miembros [los del *Ministério Público*] actúa de acuerdo a su propia conciencia jurídica, sometiéndose únicamente a la ley y sin interferencia del Poder Ejecutivo, de los jueces, o de otras autoridades de mayor jerarquía del *Ministério Público*”.¹⁷²

VIII. REFLEXIONES FINALES

En este tercer capítulo hemos ofrecido una mirada inicial sobre algunas decisiones claves tomadas por cortes constitucionales importantes en la región latinoamericana. También hemos resumido algunos de los nudos interpretativos que están obstaculizando la labor de interpretación jurídica.

Las sentencias, jurisprudencias y ejecutorias analizadas arriba demuestran que las cortes constitucionales de América Latina todavía están luchando para encontrar formas novedosas para entender, empoderar y poner límites a la actuación de los organismos y los órganos autónomos en la región. Los ambiciosos avances que existen en términos de diseño normativo, con la creación de una multiplicidad de nuevos poderes, funciones y organismos cuya misión es garantizar la rendición de cuentas,

¹⁷² “Ser independente significa que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes, nem mesmo dos órgão superiores do Ministério Público”.

todavía no cuentan con una sólida contraparte en el ámbito de la interpretación judicial.

Los poderes legislativos se encuentran un paso adelante de los poderes judiciales. Mientras los legisladores se han atrevido a rediseñar radicalmente la estructura institucional para la rendición de cuentas, la mayoría de los jueces siguen atrapados dentro del esquema clásico de división tripartita del poder público. Ello genera una situación indeseable de tensión entre poderes y de expansión de vacíos jurídicos que pueden afectar negativamente al Estado de derecho.

El reto hacia el futuro no es solamente el desarrollo de criterios novedosos para caso específicos sino asumir la existencia de una reestructuración general de la división de poderes en el mundo por medio de la creación de nuevos organismos y órganos autónomos. Habría que asumir la responsabilidad de construir entre todos (académicos, litigantes y jueces) una nueva rama de derecho con enfoques y metodologías propios para entender, regular y aprovechar al máximo de la ola de transformación institucional del Estado contemporáneo.

Si bien debemos partir, desde luego, de los importantes aprendizajes jurídicos y prácticos acumulados a lo largo de los años en el análisis de las relaciones entre los tres poderes clásicos, también tenemos que evitar la aplicación mecánica de principios y prácticas históricas a fenómenos nuevos. Lo que se está viviendo en el mundo no es una simple acumulación cuantitativa de instituciones gubernamentales adicionales, sino también una transformación cualitativa de la estructura del poder gubernamental.