



AUTONOMÍA  
Y CONSTITUCIÓN:  
EL NUEVO ESTADO  
DEMOCRÁTICO

JOHN M. ACKERMAN



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AUTONOMÍA Y CONSTITUCIÓN:  
EL NUEVO ESTADO DEMOCRÁTICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 271

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Miguel López Ruiz  
María Teresa de Jesús Baena Sánchez  
*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez  
*Formación en computadora*

Mayra Elena Domínguez Pérez  
*Apoyo editorial*

Edith Aguilar Galvéz  
*Elaboración de portada*

JOHN M. ACKERMAN

AUTONOMÍA  
Y CONSTITUCIÓN:  
EL NUEVO ESTADO  
DEMOCRÁTICO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2016

Primera edición: 16 de febrero de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7067-3

## CONTENIDO

Agradecimientos . . . . .	IX
CAPÍTULO PRIMERO	
INTRODUCCIÓN. . . . .	1
I. Planteamiento del problema . . . . .	1
II. Objetivos, preguntas de investigación e hipótesis. . . . .	7
III. Marco teórico: organismos autónomos y rendición de cuentas . . . . .	9
1. Rendición de cuentas . . . . .	9
2. Organismos autónomos . . . . .	18
3. La “situación institucional” de los órganos autónomos . . . . .	26
IV. Estructura y método. . . . .	41
CAPÍTULO SEGUNDO	
RADIOGRAFÍA DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS . . . EN AMÉRICA LATINA Y EL MUNDO	49
I. Una radiografía global . . . . .	49
II. Casos emblemáticos . . . . .	59
1. Taiwán . . . . .	59
2. Ecuador . . . . .	73
3. Venezuela . . . . .	90
4. Bolivia, Argentina, Colombia, Chile y Brasil. . . . .	100
III. Reflexiones finales . . . . .	103

## CAPÍTULO TERCERO

AUTONOMÍA E INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL EN AMÉRICA LATINA. . . . .	105
I. Introducción. . . . .	105
II. Caso 1: Venezuela/Contraloría General de la República . . . . .	106
III. Caso 2: Colombia/Contraloría General de la República. . . . .	109
IV. Caso 3: Argentina/Ministerio Público. . . . .	117
V. Caso 4: Argentina/Defensor del Pueblo . . . . .	126
VI. Caso 5: Perú/Ministerio Público. . . . .	143
VII. Caso 6: Brasil/Ministerio Público . . . . .	164

## CAPÍTULO CUARTO

EL CASO MEXICANO . . . . .	167
I. Introducción. . . . .	167
II. Las categorías de García-Pelayo en México (jurisprudencia 20/2007). . . . .	168
III. Descentralización, desconcentración y autonomía (Jurisprudencia 97/2004) . . . . .	179
IV. Órganos reguladores y autonomía (acción de inconstitucionalidad 26/2006) . . . . .	184
V. Otros casos claves. . . . .	188
CONCLUSIONES. . . . .	207

Anexo en CD de tabla de órganos autónomos en el mundo

*Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 16 de febrero de 2016 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 México, D. F., tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 cm. de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).



## AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento para los doctores Diego Valadés y Héctor Fix-Fierro, así como para todos los colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por propiciar un espacio de gran rigor académico, siempre abierto al debate plural e informado. Es un honor tener el privilegio de formar parte de esta gran institución.

Muchas gracias en particular por su generoso apoyo a los doctores Jaime Cárdenas Gracia, Jorge Fernández Ruiz, Francisco Ibarra Palafox, Daniel Cazés (en paz descanse), Daniel Márquez, Florence Toussaint y Luis Díaz Müller. Su tiempo, sus críticas y sus propuestas han sido invaluable en el proceso de investigación y elaboración del presente texto. El antecedente de este libro fue la tesis de grado que se redactó para recibir el doctorado en derecho de la UNAM.

También agradezco a Víctor García Cruz, Gregorio González Nava, Israel Torres, Laura Vidal, Marco Nambo, Jessica Estrada, Mirta Rocha, Ricardo Miranda, Guillermo Miranda y Mario Cuevas; todos estudiantes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por su apoyo en las labores de investigación.

Todo mi amor, cariño y eterna gratitud para Eréndira, Yali y Aura, tres luces de brillante esperanza que explican e inspiran absolutamente todo lo bello que existe en el universo.



## CAPÍTULO PRIMERO

### INTRODUCCIÓN

#### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cada vez resulta menos sostenible afirmar que la simple celebración de elecciones populares sea una garantía para lograr una efectiva gestión gubernamental. La “democracia delegativa” que Guillermo O’Donnell identificara como un fenómeno emergente en América Latina<sup>1</sup> se ha convertido ya en la regla para la mayoría de los países de la región. A pesar de haber experimentado importantes transiciones políticas, se siguen presentando graves problemas de ineficacia gubernamental, corrupción y “captura” del Estado por intereses particulares.<sup>2</sup> Asimismo, la sistemática violación de los derechos humanos continúa incrementándose de forma dramática.<sup>3</sup> El gran entusiasmo generado por la ola de transiciones democráticas que tuvieron lugar durante las décadas de los ochenta y de los noventa<sup>4</sup> hoy está siendo reemplazado por una “decepción democrática” generalizada.<sup>5</sup>

Frente a este escenario, el viejo discurso de la “consolidación democrática” con base en la institucionalización de proce-

---

<sup>1</sup> O’Donnell, Guillermo, *Counterpoints: Selected Essays on Authoritarianism and Democratization*, Notre Dame University Press, 1999.

<sup>2</sup> Transparencia Internacional, *Índice del Barómetro Global de la Corrupción 2008*, [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/gcb/2008](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/gcb/2008); *Global Integrity Report 2008*, <http://report.globalintegrity.org/>.

<sup>3</sup> *Informe 2009 Amnistía Internacional: El Estado de los derechos humanos en el mundo*, <http://www.amnesty.org/es>.

<sup>4</sup> Huntington, Samuel, *The Third Wave: Democratization in the late Twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press, 1991.

<sup>5</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, PNUD, 2004.

tos electorales como “el único juego existente”<sup>6</sup> en la vida política de las sociedades en transición queda sin mayor sustento. El principal reto de las nuevas democracias de nuestro continente no reside en mantener bajo respiración artificial un sistema de asignación de cargos públicos, sino en transformar integralmente la estructura y funcionamiento del aparato estatal con objeto de asegurar la implementación de políticas públicas que verdaderamente respondan a las necesidades de la población en su conjunto.<sup>7</sup> Más que dedicar los escasos recursos existentes a la expansión de servicios de “terapia intensiva” para democracias disfuncionales, sería más útil construir un verdadero régimen de rendición de cuentas que funcione como un dique en contra de las tendencias personalistas, autoritarias y deshonestas que desafortunadamente han corrompido la gestión estatal en la mayoría de los países de la región.

En los últimos años, una de las vías más importantes para dinamizar los sistemas democráticos ha sido la formación y diseño de nuevos organismos autónomos. Ello ha ocurrido a tal grado que bien podríamos sostener que, en la actualidad, el mundo democrático se encuentra en medio de una transformación de la tradicional división tripartita del poder. Nos encontramos dentro de una ola mundial de proliferación de nuevos y más poderosos *Ombudsmen*, “Defensores del Pueblo”, auditores independientes, comisiones contra la corrupción, institutos electorales, organis-

---

<sup>6</sup> Linz, Juan, “Transitions to democracy”, *Washington Quarterly*, vol. 13, núm. 3, 1990, p. 156; Przeworski, Adam, *Democracy and the Market: Political and Economic Reform in Eastern Europe and Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 1991.

<sup>7</sup> Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000; Craig, Paul y Tomkins, Paul (eds.), *The executive and Public Law: Power and Accountability in Comparative Perspective*, Reino Unido, Oxford University Press, 2006; Dagnino, Evangelina et al. (coords.), *La disputa por la construcción democrática en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica-CIESAS-Universidad Veracruzana, 2006; Ackerman, John, “Democratización: pasado, presente y futuro”, *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 28, julio-diciembre de 2006, pp. 117-157.

mos reguladores de mercado y bancos centrales autónomos.<sup>8</sup> La arquitectura institucional de la democracia moderna se está redefiniendo por completo.<sup>9</sup>

En algunos países de América Latina, como Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Perú, Chile, Venezuela y México, recientemente una o más instituciones de este tipo han sido creadas o resucitadas. El “Ministerio Público” en Brasil, el Contralor en Chile, el Defensor del Pueblo en Perú y el Instituto Federal Electoral en México son algunos de los ejemplos más importantes en la región. Asia, África, Australia, y Europa del Este no se han quedado fuera de esta tendencia. En años recientes se han creado nuevos *Ombudsmen* en Polonia, Filipinas, Corea del Sur y Hungría, y una Comisión Nacional contra la Corrupción en Tailandia,<sup>10</sup> una Comisión Independiente contra la Corrupción

---

<sup>8</sup> Schedler, Andreas *et al.*, *The Self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1999; Martínez, María Salvador, *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002; Mulgan, Richard, *Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracies*, Palgrave-Macmillan, 2003; Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007; Ackerman, John, “Organismos autónomos y la nueva división de poderes en América Latina”, en Arriaga, Carol y Carpizo, Jorge (coords.), *Estudios en homenaje a Emilio Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010; Ackerman, John, *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

<sup>9</sup> Aunque como bien señala Jaime Cárdenas, el surgimiento de los organismos autónomos puede ser interpretado como la continuación del proyecto original de Montesquieu. “Montesquieu definitivamente no ha muerto. Lo que ha cambiado es la forma de entender la teoría de la división de poderes. Ya no se entiende la aportación del Barón de Montesquieu como la separación rígida de funciones y atribuciones, sino como una distribución de facultades entre órganos del Estado necesitados todos ellos de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas”. Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una Constitución para la democracia: propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, 2000, p. 243.

<sup>10</sup> [http://www.nccc.thaigov.net/nccc/en/main\\_eng.php](http://www.nccc.thaigov.net/nccc/en/main_eng.php).

en New South Wales, Australia,<sup>11</sup> un Protector Público en Sudáfrica, y un Inspector General de Gobierno en Uganda.<sup>12</sup>

La clásica división tripartita del poder cada vez más se exhibe como un esquema obsoleto que no se ajusta a las realidades del Estado moderno. Desde hace ya más de un siglo, los Estados modernos cuentan con un “poder” adicional que no fue contemplado por los fundadores de las doctrinas clásicas de la división de poderes, como Montesquieu y Madison: el “Estado administrativo” integrado por burócratas profesionales. Es a partir de finales del siglo XIX cuando los gobiernos empiezan a emplear grandes cantidades de servidores públicos para recabar impuestos, administrar los servicios públicos y regular la economía y las más diversas interacciones societales.<sup>13</sup> Anteriormente, los gobiernos se hallaban radicalmente descentralizados, y su legitimidad dependía únicamente de la lealtad ciudadana y de sus fuerzas armadas.<sup>14</sup>

Como bien señaló Max Weber, el gobierno burocrático racional es un fenómeno eminentemente moderno.<sup>15</sup> Autores como Ira Katznelson incluso han bautizado el surgimiento del Estado administrativo como “el segundo gran macro-proceso de la modernidad”,<sup>16</sup> comparable únicamente con la generalización a

---

<sup>11</sup> <http://www.icac.nsw.gov.au/go/the-icac>.

<sup>12</sup> <http://www.igg.go.ug/>; Bennet, Charles, “Understanding Ripple Effects: The Cross-National Adoption of Policy Instruments for Bureaucratic Accountability”, *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, vol. 10, núm. 3, 1997, pp. 213-233; Pope, Jeremy, *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*, Berlín, Transparency International, 2000.

<sup>13</sup> Vázquez Irizarry, William, “La era de los órganos autónomos”, *SELA 2006: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, 2007, pp. 37-59.

<sup>14</sup> Para una discusión sobre el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, véase Carpenter, Daniel, *The Forging of Bureaucratic Autonomy: Reputations, Networks and Policy Innovation in Executive Agencies 1862-1928*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2001.

<sup>15</sup> Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, Península, 2008.

<sup>16</sup> Katznelson, Ira, “Structure and Configuration in Comparative Politics”, en Lichbach, Mark I. y Zuckerman, Alan S. (eds.), *Comparative Politics: Rationality, Culture, and Structure*, Nueva York, Cambridge University Press, 1997, pp. 81-112.

escala planetaria del sistema capitalista y sus relaciones de mercado durante el siglo XVIII.

La actual proliferación de nuevos organismos autónomos a nivel internacional también pone en cuestión postulados fundamentales de las teorías clásicas de la democracia y nos invita a preguntarnos si hoy asistimos al surgimiento de un nuevo poder público. Los nuevos organismos buscan expandir la clásica división tripartita del poder con el fin tanto de fortalecer la vigilancia y el control de las acciones gubernamentales como de inaugurar nuevas sendas para la participación ciudadana en los asuntos públicos.

En México, la reforma del Estado se ha ejercido en gran medida a través de la creación de nuevos organismos autónomos y “semiautónomos”. Desde 1996 se ha otorgado autonomía constitucional al Instituto Federal Electoral (IFE) (ahora Instituto Nacional Electoral, INE), a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), al Banco de México (BM), y más recientemente al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEG),<sup>17</sup> al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), a la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL). Asimismo, se han creado organismos semiautónomos, como el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH). También se ha incrementado significativamente la autonomía de otros órganos, como la Auditoría Superior de la Federación (ASF).

La creación y fortalecimiento de tan importantes organismos autónomos en México, en América Latina y en el mundo ofrece un gran potencial para fortalecer la rendición de cuentas de los gobiernos a partir de un robustecimiento del sistema de pesos y contrapesos y la protección de áreas específicas de la gestión estatal de intervenciones externas indebidas. Sin embargo, la concreción de tal potencial depende tanto de un adecuado diseño legal como de una correcta gestión institucional. Un diseño normativo

---

<sup>17</sup> Antes Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI).

problemático o la presencia ominosa de fenómenos de captura regulatoria o de abuso de la autonomía, fácilmente pueden convertir a cualquier organismo autónomo en un adversario de la rendición de cuentas.<sup>18</sup>

Asimismo, una proliferación desordenada y sin estrategia clara de órganos autónomos puede desembocar en una fragmentación institucional que dificulte de manera importante la coordinación interna entre los diversos órganos estatales, lo que reduciría la capacidad del Estado para resolver los problemas sociales. Manuel García-Pelayo ha articulado el reto en esta materia con particular claridad:

Una unilateral extensión del pluralismo podría conducir a un proceso acumulativo de atomización o factorialización y, en caso límite, a la destrucción misma de la estructura o sistema de la que forman parte los componentes pluralistas. Tal posibilidad sólo puede ser neutralizada por la presencia de la integración, concepto caracterizado, precisamente, por la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, por la superación de la antinomia entre la simple suma o agregación, de un lado, y la uniformidad o la socialización en pautas homogéneas, de otro.<sup>19</sup>

En general, existe una falta de claridad respecto a la naturaleza jurídica y a las funciones de los organismos constitucionales autónomos. Ileana Moreno lo señala de manera particularmente clara para el caso mexicano:

Del esquema legal de los órganos autónomos ya existentes, no se desprende cuál es el fin que motivó su creación. Esto es, no queda claro si lo que se buscaba era entender a la división de poderes como frenos y contrapesos ante la actuación de otros poderes; o

---

<sup>18</sup> Moreno, Erica *et al.*, “The Accountability Deficit in Latin America”, en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, pp. 79-131; Ackerman, John, *Organismos autónomos...*, *cit.*, p. 8.

<sup>19</sup> García-Pelayo, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. I, núm. 1, 1981, p. 27.



bien, si se quería producir entes completamente aislados, independientes, intocables para los demás poderes y entidades públicas.<sup>20</sup>

El análisis del presente libro se nutre del reto que nos presenta García-Pelayo y plantea tomar los pasos necesarios para la construcción de una visión “integrada” del fenómeno de los organismos autónomos en el mundo, con particular énfasis en América Latina y México. Desde un enfoque interdisciplinario y comparativo, se busca realizar un diagnóstico general del fenómeno de los órganos autónomos, así como ofrecer algunas propuestas iniciales encaminadas a la concreción del gran potencial que guardan estos nuevos órganos estatales para la rendición de cuentas en México en particular.

## II. OBJETIVOS, PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS

### *Objetivo general*

- Reconceptualizar el fenómeno de los organismos autónomos en el mundo y desglosar los factores más relevantes que inciden en el éxito o fracaso de estos organismos en el fortalecimiento de la rendición de cuentas.

### *Objetivos específicos*

1. Realizar una radiografía general de los organismos autónomos de rendición de cuentas existentes a nivel constitucional en el mundo.
2. Identificar las diversas formas en que los textos constitucionales contemporáneos incluyen y definen la autonomía

---

<sup>20</sup> Moreno Ramírez, Ileana, *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. XIV.

- de los organismos autónomos de rendición de cuentas, y a partir de ello construir una tipología analítica de las diferentes configuraciones en existencia.
3. Examinar y contrastar los criterios de interpretación jurisdiccional que han sido utilizados por tribunales constitucionales en América Latina para entender y definir la naturaleza y los alcances de la autonomía de los organismos independientes de rendición de cuentas.
  4. Realizar una propuesta para la integración plena de los organismos autónomos dentro del marco jurídico mexicano que puede servir también de modelo para otros países de América Latina y el mundo.

### *Preguntas de investigación*

- ¿Hasta qué punto se ha “normalizado” el fenómeno de los organismos autónomos en los textos constitucionales del mundo?, ¿asistimos al surgimiento de un nuevo poder de Estado o solamente a la dispersión de una “moda” de política pública?
- ¿Cuáles son las diferentes formas en que las Constituciones analizadas han incorporado dentro de su estructura a los organismos autónomos?, ¿cuáles serían los modelos más comunes? ¿existen modelos que destaquen por ser particularmente idóneos o problemáticos?
- ¿Cuál ha sido la actitud de los tribunales constitucionales de América Latina en relación con el surgimiento de este nuevo diseño estatal?, ¿los tribunales constitucionales han demostrado rechazo y recelo o, por el contrario, han buscado innovar sus criterios de interpretación para analizar y regular a los organismos autónomos?
- ¿Qué tipo de reformas constitucionales y legales serían estratégicas para otorgar una mejor estructura, orden y fortaleza institucional a los organismos autónomos existentes en México?

### *Hipótesis*

- La proliferación de organismos autónomos de rendición de cuentas a nivel internacional representa una revolución silenciosa de la clásica división de poderes de los Estados modernos que no ha sido comprendida cabalmente por los estudiosos del tema.
- Es recomendable incorporar de manera plena a los organismos autónomos como un nuevo poder del Estado dentro de las Constituciones del mundo, siguiendo el ejemplo de países como Taiwán, Ecuador y Venezuela.
- Es necesario reformar el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como abrir un título específico en la carta magna para dar cabida plena a los organismos autónomos dentro del orden jurídico mexicano.

## III. MARCO TEÓRICO: ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y RENDICIÓN DE CUENTAS

### 1. *Rendición de cuentas*

Típicamente se hace una lectura literal y estrecha del concepto de la rendición de cuentas. Los enfoques más comunes provienen de las discusiones académicas en inglés sobre el concepto de *accountability* y lo circunscriben a simplemente llevar “cuentas claras”, poco más que sumas y restas bien hechas y, en su caso, ofrecer la posibilidad de que algún actor externo pueda tener cierto nivel de acceso a tales “cuentas”.

Tal acercamiento es insuficiente, ya que deja fuera conceptos fundamentales como *transparencia*, *sanciones*, *desempeño*, *corrupción*, *interés público* y *relaciones de principal-agente*. Hace falta una definición más robusta para que el término pueda funcionar para entender

mejor la naturaleza pública del Estado y facilitar el buen funcionamiento institucional.

Afortunadamente, el término en español cuenta con una ventaja con respecto al inglés. Mientras la palabra *accountability* sugiere una actitud pasiva (con la terminación *ability*), la palabra “rendición” implica una acción positiva de parte del objeto de la rendición de cuentas. Ello es benéfico, porque la rendición de cuentas debe ser entendida como un proceso dinámico de informar a la ciudadanía y no como un momento estático. Rendir cuentas es estar en movimiento, y no permanecer sentado en la oficina “portándose bien” y estando “abierto a la crítica”.

Tal y como lo ha señalado Andreas Schedler, el comportamiento proactivo que implica la rendición de cuentas exige constante diálogo, explicación y justificación de las acciones gubernamentales.<sup>21</sup> En otra parte he propuesto recoger esta dinámica con la siguiente definición del término como “un proceso proactivo por medio del cual los objetos de la rendición de cuentas informan, explican y justifican sus planes de acción, su desempeño y sus logros y se sujetan a las sanciones y recompensas correspondientes”.<sup>22</sup>

La rendición de cuentas puede incluir evaluación tanto del desempeño como del acatamiento a las reglas. Asimismo, habría que tomar en cuenta las tres temporalidades posibles (pasado, presente y futuro) de la rendición de cuentas. El concepto también necesariamente implica la existencia de alguna sanción o recompensa como resultado del proceso de evaluación externa.

Los objetos de la rendición de cuentas, los actores sujetos al proceso, pueden ser servidores públicos o actores sociales o privados. De igual forma, los sujetos del proceso pueden ser la

---

<sup>21</sup> Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004, para una discusión parecida de esta faceta del concepto.

<sup>22</sup> Ackerman, John, “Sociedad civil y rendición de cuentas”, *Elecciones y ciudadanía en el Distrito Federal*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2006, pp. 13-52.

ciudadanía o, en su caso, instituciones estatales o sociales especialmente diseñadas para exigir la rendición de cuentas, como un *Ombudsman* o una “contraloría social”. Guillermo O’Donnell distinguía entre dos direccionalidades del proceso: la rendición de cuentas “vertical”, donde quien exige cuentas posee autoridad directa sobre el objeto del proceso, y la rendición de cuentas “horizontal”, entre dos actores de autoridad y poder similares.<sup>23</sup>

Así que la rendición de cuentas no necesariamente implica una relación de autoridad entre el actor que exige y el que responde. Autores como Mulgan<sup>24</sup> y Moreno, Crisp y Shugart<sup>25</sup> han insistido en que la rendición de cuentas solamente existe como parte de una “relación principal-agente”, en la que el principal delega autoridad en su agente, que actúa por él, para luego pedirle cuentas con respecto a su actuación. Pero en realidad, las relaciones “horizontales” de rendición de cuentas, entre dos actores de autoridad equivalente, son comunes. Un legislador fácilmente puede llamar a cuentas a otro legislador por no cumplir con los estatutos o el programa del partido en sus votaciones. La relación entre un *Ombudsman* y una dependencia gubernamental o entre dos hermanos gemelos puede tener una naturaleza parecida.

Otro debate importante en la literatura jurídica es el que aborda la relación entre la rendición de cuentas y la “responsabilidad” (*responsiveness*). Algunos sostienen que existe una separación radical entre estos dos conceptos. Por ejemplo, Bernard Manin, Adam Przeworski y Susan Stokes<sup>26</sup> postulan que el concepto de rendición de cuentas debería limitarse a la evaluación del comportamiento de los servidores públicos, o actores

---

<sup>23</sup> O’Donnell, Guillermo, *Counterpoints: Selected Essay on Authoritarianism and Democratization*, University of Notre Dame Press, 1999.

<sup>24</sup> Mulgan, Richard, *Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracies*, Nueva York, Palgrave-Macmillan, 2003.

<sup>25</sup> Moreno, Erica *et al.*, “The Accountability Deficit in Latin America”, en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

<sup>26</sup> Przeworski, Adam *et al.*, *Democracy, Accountability and Representation*, Nueva York, Cambridge University Press, 1999.

privados, de acuerdo con estándares “externos”, y por lo tanto no debería mezclarse con los temas de la representatividad o las demandas sociales. Otros autores han cuestionado esta demarcación de conceptos por su tendencia “tecnocrática” al querer separar artificialmente los ámbitos del desempeño institucional y la participación democrática.

De acuerdo con la teoría clásica de la democracia liberal, la rendición de cuentas debería surgir como un producto natural del funcionamiento tanto de las elecciones populares como de los “pesos y contrapesos” establecidos entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.<sup>27</sup> Al exponerse periódicamente al juicio ciudadano en las urnas, los gobernantes se ven obligados a informar sobre su desempeño y reciben las sanciones y recompensas correspondientes por medio de la ratificación o no en su cargo. Asimismo, durante su gestión, el equilibrio entre los tres poderes supuestamente previene el abuso del poder y la extralimitación de funciones de parte de los servidores públicos. Desde este punto de vista, no haría falta desarrollar mecanismos específicos para la rendición de cuentas, ya que la acción de los sistemas institucionales y electorales se reflejaría de forma natural a través de un gobierno honesto y eficaz.

El hecho de que esto no suceda así en la práctica tiene que ver con imperfecciones en la implementación de los mecanismos existentes de rendición de cuentas. Por ejemplo, la baja calidad de las campañas electorales y la falta de profesionalismo y compromiso en la acción fiscalizadora de los legisladores explican en gran medida por qué no se ha podido avanzar más en la construcción de un régimen pleno de rendición de cuentas en América Latina.<sup>28</sup>

Sin embargo, el problema de fondo no son estos asuntos relacionados con la implementación del modelo existente, sino la naturaleza del mismo modelo. Lamentablemente, la mayor parte de la literatura sobre el tema de la rendición de cuentas en

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Global Integrity Report 2008*, <http://report.globalintegrity.org/>.

América Latina no aborda el análisis de estas causas estructurales del problema. Los estudios y programas o políticas públicas tradicionales se enfocan en las manifestaciones superficiales del fenómeno, tales como los sobornos y extorsiones de bajo nivel, o en las causas secundarias del problema, como lo sería el supuesto déficit de una “cultura de la legalidad” entre los ciudadanos de la región.<sup>29</sup> Existe la urgente necesidad de articular una agenda de cambio estructural que se oriente a resolver el problema de la rendición de cuentas en el largo plazo.

El primer paso hacia este fin sería desarrollar un diagnóstico de los problemas estructurales con las elecciones representativas y la división tripartita del poder como mecanismos de rendición de cuentas. Aquí sostengo que los problemas más importantes serían: *la asimetría de información entre ciudadanos y gobierno, la naturaleza ex post y “externa” de las elecciones, la burocratización de los procesos de fiscalización y la subordinación política de las entidades a cargo de la vigilancia gubernamental.*

El problema de la asimetría de información es quizá el más importante, y existe tanto entre el electorado y los representantes elegidos, como entre estos últimos y los servidores públicos nombrados. Es simplemente imposible que los ciudadanos estén conscientes de todas y cada una de las decisiones que toman los representantes elegidos, y a su vez es muy difícil que éstos estén al tanto de todas las acciones desempeñadas por los servidores públicos. Cuando a este problema estructural se le agrega la manipulación sistemática de la información por parte de los medios de comunicación y la posibilidad de que tanto los representantes elegidos como los servidores públicos designados deliberadamente escondan hechos de relevancia social o política, la interferencia en la cadena de responsabilidad llega a ser muy significativa.

En lugar de una clara línea de comunicación de fibra-óptica entre gobernantes y gobernados, la situación más bien se asemeja a la emisión de señales confusas a través de un viejo telégrafo que

---

<sup>29</sup> Sandoval, Irma Eréndira, *Rendición de cuentas y fideicomisos: el reto de la opacidad financiera*, México, Auditoría Superior de la Federación, 2008.

pueden ser leídas de múltiples maneras. Bajo tales circunstancias, nos enfrentamos al tan conocido problema del “riesgo moral”. ¿Por qué un servidor público tendría que apegarse a los mandatos de un representante popular o éste a los deseos de los ciudadanos, si resulta más fácil y lucrativo sacar provecho de los problemas de comunicación para servir los propios intereses y cumplir con una agenda personal?

La consecuencia es que el Poder Legislativo, como ente fiscalizador por excelencia en las democracias modernas, cuenta con pocas posibilidades para conocer a profundidad los detalles de las acciones de los poderes Ejecutivo y Judicial. Esto es un problema particularmente marcado en los sistemas presidenciales que predominan en América Latina donde existe una separación más clara entre el Ejecutivo y el Congreso que en los sistemas parlamentarios.

Las tareas de los funcionarios adscritos al Poder Ejecutivo y de los jueces dentro del Poder Judicial son de tal complejidad e implican el procesamiento de un volumen de información tan vasto que es casi imposible que una persona externa pueda vigilar cada paso en el proceso de toma de decisiones. Asimismo, la tarea de fiscalización es solamente una tarea entre muchas otras que los legisladores están obligados a realizar. En consecuencia, la vigilancia desde el Poder Legislativo es necesariamente parcial e incompleta.

La asimetría de información también merma de manera importante la posibilidad de vigilancia de los actores estatales por la ciudadanía. Al respecto, las leyes de acceso a la información pública ayudan a aumentar el flujo de documentos hacia la población. Sin embargo, éstas de ninguna manera resuelven el problema estructural de las enormes dificultades que tienen los ciudadanos para comprender y evaluar los detalles del proceso de toma de decisiones de los servidores públicos.

El segundo gran problema con las elecciones como mecanismos de rendición de cuentas es que éstas sólo funcionan de manera *ex post*, después de que los hechos políticos acontecen. Como



resumimos arriba, este tipo de monitoreo y fiscalización es una forma importante de exigir cuentas. Sin embargo, es únicamente una parte del terreno más amplio de la rendición de cuentas. Un gobierno que está en contacto constante y directo con el pueblo también necesita construir mecanismos *ex ante* y simultáneos de rendición de cuentas. Si dependemos exclusivamente en la rendición de cuentas *ex post* enajenamos nuestra voz por medio de una delegación plena de nuestra autoridad entre una elección y la otra. Esto no implicaría un problema si los servidores públicos fueran naturalmente honestos y con los cuales estuviéramos de acuerdo en casi todo. Pero el mundo real es más complejo, y por ello es importante mantener una conexión entre los ciudadanos y el gobierno para evitar que los servidores públicos y los líderes políticos se comporten como si fueran dictadores de corto plazo entre elección y elección.<sup>30</sup>

Tercero, las elecciones solamente permiten a los ciudadanos exigir la rendición de cuentas de manera externa, desde afuera del gobierno mismo. Las elecciones están basadas en una división clara entre el Estado y la sociedad. Los ciudadanos envían sus representantes al capital por medio del voto, pero no participan directamente en las labores del gobierno. Puede ser que la ciudadanía sea consultada antes de que se tome alguna decisión, y ella puede cambiar el sentido de su voto en la siguiente elección, pero se le excluye de jugar un papel directo en la toma de decisiones. Bajo la democracia formal y representativa los ciudadanos no tienen autoridad directa sobre el quehacer gubernamental.

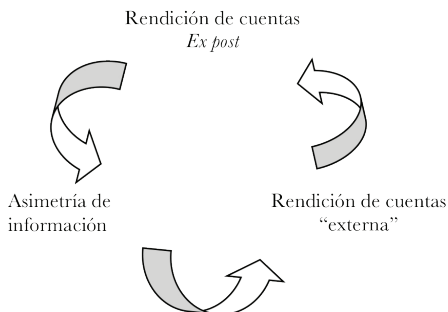
Estos tres problemas se encuentran íntimamente conectados en un ciclo vicioso, que perjudica el desempeño público (véase

---

<sup>30</sup> A este respecto, Irma Sandoval nos recuerda del paradigmático caso del rescate bancario en México. Probablemente una adecuada participación y vinculación con la ciudadanía a través de la aplicación y cumplimiento de los mecanismos de rendición de cuentas preventivos pudo haber permitido un mejor manejo de la crisis financiera de 1994-95. Véase Sandoval, Irma Eréndira, "Intervencionismo neoliberal y desregulación financiera: evolución institucional del sector bancario en México", *Revista Mexicana de Sociología*, México, vol. 67, núm. 3, abril-junio de 2005, pp. 593-631.

figura 1). Primero, el hecho de que los ciudadanos sean actores externos al gobierno hace más difícil que ellos tengan acceso a la información que les permitiría exigir la rendición de cuentas de forma simultánea o a manera de prevenir abusos de los gobernantes. Segundo, la falta de información obstaculiza la realización de rendición de cuentas *ex ante* o simultánea, así como la participación directa en las labores gubernamentales. Tercero, la limitación a mecanismos de rendición de cuentas *ex post* vulnera los derechos de los ciudadanos y minimiza la cantidad y calidad de las demandas ciudadanas por información e inclusión en los asuntos públicos.

Figura 1  
EL TRIPLE FRACASO DE LA DEMOCRACIA ELECTORAL



Un cuarto problema estructural es la tendencia hacia la burocratización de los procesos de vigilancia intraestatal. En América Latina, la norma es que tanto los contralores internos como los fiscalizadores externos se limiten a realizar auditorías financieras y de legalidad sin incursionar en el mundo de las auditorías al desempeño.<sup>31</sup> Asimismo, pocas veces las instituciones estatales

<sup>31</sup> Para una discusión del caso mexicano véase Ackerman, John M. y Sandoval, Irma, "Fiscalización intraestatal y protección de programas sociales en México: teoría, práctica y propuestas", en Gómez-Álvarez, David (coord.), *Candados y contrapesos: la protección de los programas políticos y derechos sociales en México*

encargadas de promover la rendición de cuentas hacen partícipe a la ciudadanía de manera directa, más allá de su simple utilización como denunciantes o informantes externos.

El resultado es que los contralores y auditores intercambian papeles y recomendaciones con las entidades sujetas a un proceso fiscalizador sin que haya una incidencia real en la forma de llevar a cabo las políticas públicas. La simulación implícita en este papeleo abre la puerta a la impunidad y a la corrupción, ya que los servidores públicos que buscan violar la ley saben que es muy poco probable que sus acciones sean detectadas, y mucho menos castigadas.

Un quinto problema estructural con la operación de las elecciones y la división tripartita del poder como mecanismo de rendición de cuentas es la total subordinación política de los órganos de vigilancia. Los organismos de fiscalización requieren importantes niveles de autonomía para realizar bien sus tareas. Sin embargo, en el esquema clásico de división de poderes, las instituciones tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo están controladas por intereses políticos específicos y no cuentan con libertad de acción técnica.

Típicamente se presentan abiertos conflictos de interés entre los entes de fiscalización y los entes fiscalizados; por ejemplo, cuando el contralor general o auditor superior es nombrado y puede ser removido de su cargo por la misma persona o institución a quien debe vigilar y castigar. El Poder Judicial supuestamente cuenta con un mayor nivel de autonomía, pero por su naturaleza no puede simultáneamente investigar y castigar violaciones a la ley, por el conflicto de intereses que esto implica.

El resultado es que las acciones e instituciones de exigencia de rendición de cuentas normalmente tienen un fuerte sello de politización. Esto provoca ineficiencias graves en la asignación

---

y *América Latina*, Guadalajara, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)-Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO)-Universidad Católica de Uruguay-Universidad Católica de Córdoba, 2009.

de los recursos de las entidades fiscalizadoras y lastima la vigilancia de las entidades estatales.

Hace falta, entonces, diseñar e implementar mecanismos innovadores que garanticen de manera directa una gestión gubernamental eficaz, responsable, dinámica y participativa. Si no se complementan a las elecciones con innovaciones de este tipo, la actual crisis institucional del Estado podría agravarse y llevar incluso al final del mismo sistema democrático. Habría que fortalecer el espíritu reformador para iniciar la urgente tarea de democratizar no solamente el acceso al poder público mediante elecciones democráticas, sino también el mismo ejercicio de la autoridad estatal por medio de un rediseño institucional.

## 2. *Organismos autónomos*

Existe una vasta literatura sobre los organismos reguladores y tribunales constitucionales sumamente útil para la construcción de un marco analítico para entender el fenómeno de los organismos autónomos de rendición de cuentas.<sup>32</sup> Sin embargo, es un error importar estos análisis acríticamente o sin ajustarlos a las especificidades del nuevo objeto de estudio. Los organismos autónomos de rendición de cuentas tienen una dinámica institucional propia, y deben ser entendidos en sus propios términos.<sup>33</sup> ¿Por qué se crean dichos organismos?, ¿cuáles son sus ventajas y desventajas más importantes?, ¿cuáles son los factores más importantes que explican su eficacia o fracaso en el cumplimiento de sus mandatos constitucionales?

A grandes rasgos, identificamos dos enfoques teóricos dominantes para entender los organismos constitucionales autónomos. Por un lado, se encuentra la perspectiva que podríamos llamar “maximalista”, que parte del esquema desarrollado por

---

<sup>32</sup> Rose-Ackerman, Susan (ed.), *Economics of Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2007.

<sup>33</sup> Vázquez Irizarry, William, *op. cit.*, p. 13.

García-Pelayo en su texto clásico sobre “El «status» del Tribunal Constitucional”.<sup>34</sup> De acuerdo con este punto de vista, los únicos “órganos” constitucionales autónomos dignos de este nombre serían los que cumplen a cabalidad con cuatro características: 1) rango constitucional; 2) participación en la dirección política del Estado; 3) presencia constitutiva, y 4) relaciones de coordinación con otros poderes.

Por el otro lado, tenemos la perspectiva que podríamos llamar “negativa” o “minimalista”, de acuerdo con la cual casi cualquier organismo explícitamente mencionado en la Constitución que no forme parte de uno de los tres poderes tradicionales del Estado sería automáticamente considerado como organismo constitucional autónomo. Tal enfoque es “negativo” en tanto sostiene que lo que define a estos organismos no es lo que son, sino lo que no son.

En este apartado sostendremos que existen serios problemas tanto con la perspectiva “maximalista” como con el enfoque “negativo” de los organismos autónomos. Propondremos, por lo tanto, la elaboración de un marco alternativo: un enfoque “integrador” que nos permita escapar de los callejones sin salida a los que nos conducen las dos perspectivas arriba señaladas.

La mayoría de los estudios sobre los organismos constitucionales autónomos recurren en primer lugar a la definición de “órgano constitucional” que ha ofrecido Manuel García-Pelayo.<sup>35</sup> En su clásico texto, García-Pelayo retoma los escritos de Santi Romano<sup>36</sup> sobre este tema para ubicar la naturaleza del nuevo Tribunal Constitucional de España dentro del orden jurídico español. Específicamente, sostiene que el Tribunal Constitucional cuenta con el mismo “status” que los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Con la creación del tribunal se amplía la división de poderes del Estado español de tres a cuatro órganos constitu-

<sup>34</sup> García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 19, p. 20.

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> Romano, Santi, “Nozione e natura degli organi costituzionali dello stato”, *Scritti Minori*, Milán, Giuffrè, 1950, pp. 1-40.

cionales, rompiendo con la fórmula básica heredada de Montesquieu.<sup>37</sup> De acuerdo con García-Pelayo, cada uno de estos poderes reúne cuatro características básicas que juntos constituyen el “estatus” de un órgano constitucional.

En primer lugar, son órganos que están explícitamente “establecidos y configurados” por la Constitución. El autor señala que no es suficiente que exista una mención general en la carta magna a un organismo o una función estatal. Para que tenga el “estatus” de un órgano constitucional, el texto de la Constitución tendría que especificar con detalle la composición del órgano, los métodos de designación de sus titulares, su sistema de competencias, así como su estatus jurídico. De lo contrario, el organismo sería apenas una institución “constitucionalmente relevante”.

En segundo lugar, un órgano con el “estatus” requerido tiene que formar parte esencial de la estructura del Estado correspondiente. Son órganos “constitutivos” cuyas funciones son necesarias para el buen funcionamiento del “modelo de Estado” establecido en la Constitución. Para evaluar si un órgano cuenta con estas características, García-Pelayo propone imaginar qué pasaría si el órgano en cuestión llega a desaparecer. Plantea que si tal acontecimiento trastoca la “sustancialidad” o la “globalidad” del sistema constitucional vigente, entonces el órgano correspondiente es efectivamente una institución digna de ser llamada “órgano constitucional”. Por el contrario, si la desaparición del órgano no causa mayores obstáculos para el desarrollo normal del sistema constitucional, entonces de nuevo estaríamos apenas ante un órgano de “relevancia” constitucional.

En tercer lugar, los órganos constitucionales deben participar directamente “en la dirección política del Estado” o, lo que es

---

<sup>37</sup> Aunque García-Pelayo afirma que todavía es vigente la idea central de Montesquieu con respecto a la necesidad de la división de poderes. “Actualmente, el sistema de división de poderes es más complejo que el formulado en su día por Montesquieu, pero ello no excluye que esté igualmente orientado a impedir una concentración del poder estatal que genere abuso o su ejercicio anómico”. García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

lo mismo, en “la formación de la voluntad estatal”. De acuerdo con García-Pelayo, esto quiere decir que los órganos deben “tomar decisiones por y en nombre del Estado que vinculen o que comprometan a la sociedad nacional”. En otras palabras, deben ser instancias que no se limiten a aplicar o a interpretar normas diseñadas por otras instituciones, sino que determinen por ellas mismas las políticas y lineamientos generales de actuación de las autoridades públicas. “Quedan al margen... las actividades ordinarias de la Administración pública y de los Tribunales de justicia, y están dentro de ella aquellas actividades destinadas a determinar las normas integrantes del orden jurídico y las acciones gubernamentales propiamente dichas”.<sup>38</sup>

La cuarta característica señalada por García-Pelayo como elemento esencial de los órganos constitucionales es “la paridad de rango y las relaciones de coordinación”. Por un lado, un órgano constitucional digno de llamarse así no debe estar subordinado a ningún otro órgano o poder del Estado, sino que debe ser plenamente autónomo y contar con poder supremo en su ámbito de competencia. Por otro lado, el órgano no puede estar aislado, sino que como parte esencial del Estado debe mantener una coordinación constante y regulada por la misma Constitución con los otros órganos constitucionales. Si el órgano no cuenta con estas características, estamos frente a una instancia marginal cuya existencia no tiene mayor trascendencia o, en su caso, ante un órgano extraestatal que violenta el delicado sistema de pesos y contrapesos.

Este análisis de García-Pelayo es un excelente inicio para abordar el fenómeno de los organismos constitucionales autónomos. Sin embargo, de ninguna manera podemos trasladar mecánicamente este enfoque diseñado para entender la naturaleza de los tribunales constitucionales en la Europa de hace tres décadas, al análisis de los organismos autónomos contemporáneos de América Latina, como los *Ombudsmen*, los institutos electorales,

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 21.

los bancos centrales o los organismos de combate a la corrupción. Tal y como lo ha afirmado el doctor Jorge Carpizo,

...algunas características de ambos órganos ciertamente coinciden, pero el órgano constitucional al que se refiere García-Pelayo es completamente diverso de un órgano constitucional autónomo. Tan es así, que el tratadista español señala como órganos constitucionales: al gobierno, al congreso de los diputados, al senado, al consejo general del poder judicial y al tribunal constitucional.<sup>39</sup>

La obra de García-Pelayo busca colocar el nuevo Tribunal Constitucional de España en un rango equivalente al de los poderes tradicionales al dotarlos a todos de un “estatus” común dentro del Estado español. Pero nuestro objetivo es muy diferente, ya que los nuevos organismos autónomos que han surgido en las Constituciones del mundo durante las últimas décadas, en principio, no buscan colocarse al mismo nivel que los otros poderes estatales, sino solamente ejercer de manera libre y autónoma una función específica de control de la gestión pública.

Al analizar el caso mexicano rápidamente nos podemos dar cuenta que, estrictamente hablando, ninguno de los organismos constitucionales autónomos en nuestro país cumple con todas las características necesarias para ser considerados “órgano constitucional” de acuerdo con la perspectiva de García-Pelayo. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), por ejemplo, de ninguna manera podría ser considerada como un organismo que “participe en la dirección política del Estado”, dado que rigurosamente no ejerce autoridad pública alguna. Sus acciones más importantes son simples “recomendaciones”, no “decisiones políticas”. El *Ombudsman* tampoco cuenta con poder supremo en su ámbito de competencia, ya que todas las violaciones a los derechos humanos también deberían ser simultánea-

---

<sup>39</sup> Carpizo, Jorge, “El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revista de Estudios Políticos*, México, nueva época, núm. 125, julio-septiembre de 2004, pp. 39-78.



mente investigadas y resueltas tanto por los contralores internos de los Poderes Ejecutivos como por el Ministerio Público y eventualmente por el Poder Judicial.

El Instituto Federal Electoral (IFE) tiene mayor autoridad que la CNDH sobre su área de competencia respectiva, ya que opera como poder soberano en lo tocante a la organización y regulación de las elecciones federales. Determina, sin duda, una política del Estado en la materia. Sin embargo, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) cuenta con plena jurisdicción para revisar, revocar y reponer los actos del IFE, lo cual pone en duda si el IFE efectivamente cuenta con “paridad de rango” con respecto a otros órganos como el Congreso de la Unión o la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De la misma forma, la Constitución no regula de manera detallada las relaciones de coordinación del IFE con los otros órganos del Estado mexicano. El hecho de que la Constitución señale que la Cámara de Diputados seleccione a los integrantes del Consejo General y al contralor del IFE no es equivalente a una normatividad detallada que regule las relaciones entre ambos “poderes”.

El Banco de México también ejerce una autoridad pública específica en su ámbito de competencia y está constituido y regulado por el propio texto constitucional. Sin embargo, el Banco no es un órgano “esencial” para el Estado mexicano. Sin un banco central autónomo, la Secretaría de Hacienda fácilmente podría encargarse de su tarea sin trastocar el orden constitucional. Asimismo, la autonomía del Banco de México no es de ninguna manera completa. La intromisión del Poder Ejecutivo en la “Comisión de Cambios” del Banco implica una grave afectación a su autonomía.<sup>40</sup>

Finalmente, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEG) tampoco podría ser considerado como un órgano consti-

---

<sup>40</sup> Véase Sandoval, Irma Eréndira, “Autonomía, transparencia y rendición de cuentas en organismos financieros: el caso del Banco de México”, en Ackerman, John (coord.), *Más allá del acceso a la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 119-215.

tucional en los términos de García-Pelayo. Su autonomía es parcial, ya que su ley orgánica le da facultades al presidente de la República tanto para nombrar a todos los miembros de la Junta de Gobierno del INEG como para decidir quién de entre ellos fungirá como presidente de la junta. Asimismo, el titular del Poder Ejecutivo cuenta con la facultad de separar de su encargo a un miembro de la Junta de Gobierno del INEG simplemente por haber “actuado deliberadamente en exceso o defecto de sus atribuciones”. Estas disposiciones limitan de manera importante la autonomía del instituto a cargo de la información estadística del país, ya que permiten un control directo por parte del Poder Ejecutivo sobre su máxima instancia de dirección.<sup>41</sup>

Dado lo problemático que resulta la aplicación estricta de las categorías de García-Pelayo a los organismos autónomos contemporáneos, no debiera sorprender que los tratadistas más destacados generalmente hayan preferido un enfoque “negativo” o “minimalista” al buscar conceptualizar estos organismos. Por ejemplo, José Luis Caballero señala que “el doble aspecto fundamental de estas entidades estriba, por una parte, en que son organismos del Estado, y por otra parte, en su previsión en el texto constitucional como autónomos, es decir, no subordinados al Ejecutivo, Legislativo o Judicial”.<sup>42</sup> Jaime Cárdenas sostiene que “podemos definir los órganos constitucionales autónomos como aquéllos inmediatos y fundamentales establecidos en la Constitución y que no se adscriben claramente a ninguno de los poderes tradicionales del Estado”.<sup>43</sup> Ileana Moreno define a los organismos autónomos como “entes jurídicos de derecho público de ca-

---

<sup>41</sup> *Estudio sobre la constitucionalidad del dictamen de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geografía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Junta de Coordinación Política, H. Cámara de Diputados, 5 de noviembre de 2007.

<sup>42</sup> Caballero Ochoa, José Luis, “Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000, p. 156.

<sup>43</sup> Cárdenas Gracia, Jaime F., *op. cit.*, p. 244.

rácter atípico, que no dependen orgánicamente de ninguna de las tres ramas tradicionales”.<sup>44</sup>

De acuerdo con estos autores, no hace falta cumplir con una serie de características estrictas para llegar a ser un organismo constitucional autónomo, sino que es suficiente contar con un respaldo constitucional explícito y no formar parte de los otros órganos del Estado. Si bien estos autores retoman y analizan ampliamente la obra de García-Pelayo, se niegan a tomar sus categorías como elementos necesarios para la existencia de un organismo autónomo sino que los entienden como “tipos ideales” para este tipo de instituciones. Por ejemplo, de acuerdo con Caballero, “precisar los rasgos comunes de los órganos constitucionales autónomos es más un ejercicio de prospectiva que de identificación, una búsqueda más que un recuento, una asignatura pendiente para el constitucionalismo contemporáneo”.<sup>45</sup>

Las importantes contribuciones de Caballero, Cárdenas y Moreno constituyen una base imprescindible para avanzar en el análisis de los organismos constitucionales autónomos.<sup>46</sup> Sin embargo, la estrategia minimalista a la que recurren puede también constituir una salida falsa, ya que al tomar este camino abdicar ante el reto de construir una nueva teoría positiva propia al contexto actual para entender la naturaleza de los organismos constitucionales autónomos.

Es evidente que los organismos nuevos no son “órganos constitucionales” equivalentes al Tribunal Constitucional español. No obstante, a todas luces éstos sí son organismos constitucionales que cuentan con una autonomía importante y una configuración señalada explícitamente en la Constitución. Las preguntas

---

<sup>44</sup> Moreno Ramírez, Ileana, *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. XIV.

<sup>45</sup> Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, p. 155.

<sup>46</sup> Otros textos relevantes en la materia son: Fernández Ruiz, Jorge, “Defensa del particular mediante instituciones no jurisdiccionales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 1, núm. 1, 2001, p. 35; Gil Rendón, Raymundo, “¿Qué son los órganos constitucionales autónomos?”, *Derecho y Cultura*, núm. 2, 2000-2001, pp. 11-18, y Vázquez Irizarry, William, *op. cit.*, p. 10.

claves serían, entonces, ¿qué es lo que distingue un organismo constitucional autónomo de un organismo que es apenas de “relevancia constitucional”? ¿cuáles son los aspectos medulares que permitirían incluir un organismo en esta categoría? En lugar de importar o descartar mecánicamente las categorías de García-Pelayo, habría que repensar el estudio de estos organismos dentro del contexto actual.

### 3. *La “situación institucional” de los órganos autónomos*

Los organismos autónomos de rendición de cuentas enfrentan retos particulares de desarrollo y desempeño institucional. Su condición de ser autónomos o independientes les da un gran margen de acción y el potencial de acumular altos niveles de legitimidad. Sin embargo, también enfrentan dificultades importantes para poder consolidarse institucionalmente.

¿Qué determina si un organismo autónomo se convierte en un encubrimiento autoritario o, en contraste, se desarrolla como una fuerza positiva a favor de la gobernabilidad democrática? La respuesta se encuentra en cómo estos organismos responden y hacen frente a una serie de retos clave que conjuntamente constituyen lo que podemos denominar su “situación institucional”. Aquí propongo cuatro áreas de particular importancia: *legitimidad pública*, *fortaleza institucional*, *rendición de cuentas de segundo orden* y *estancamiento burocrático*. Si un organismo independiente resuelve exitosamente cada uno de estos desafíos, es probable que sea efectivo en el cumplimiento de su mandato. Si fracasa en uno o más de estos frentes, tenderá a convertirse en una institución fallida.

Primero, la legitimidad es un problema recurrente, porque frecuentemente pareciera que al crear un organismo de este tipo el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo están tratando de evitar el reto de reformar los organismos centrales del gobierno, delegando la problemática tarea en un organismo autónomo en

lugar de implementar una reforma más profunda del Estado. Este problema de legitimidad se exagera cuando el gobierno central después responsabiliza al organismo por la no resolución del problema que el mismo gobierno no pudo solucionar en un principio.

Por ejemplo, Moreno, Crisp y Shugart<sup>47</sup> recientemente han argumentado que lo que ellos llaman las “entidades de vigilancia” (*superintendence agencies*) solamente se crean cuando la rendición de cuentas electoral es débil, y que en este contexto dichos organismos están condenados a ser dependientes e ineficaces. En otras palabras, los organismos autónomos son creados por gobiernos autoritarios, “presidencialistas-mayoritarios” (*majoritarian presidentialist*) o aquellos que funcionan basados en el clientelismo, y que utilizan los organismos autónomos como un medio superficial para aumentar su legitimidad sin transformar su comportamiento de fondo.

La proliferación de entidades de vigilancia en América Latina debería considerarse, en consecuencia, como un producto del descontento con el funcionamiento de la rendición de cuentas, y del mismo modo representaría una forma de darle la vuelta al problema del déficit de rendición de cuentas sin resolverlo de raíz.<sup>48</sup>

En otras palabras, los que buscan mejorar la rendición de cuentas no deberían dejarse deslumbrar por el espejismo de los organismos autónomos, sino fijar su mirada en la necesidad de perfeccionar las reglas de votación y las instituciones electorales.

Si bien esta argumentación tuvo cierta validez en el pasado, hoy los organismos autónomos ya no son los mismos artilugios del pasado. Moreno *et al.* ignoran que la proliferación reciente de los organismos autónomos ha coincidido con la “tercera ola de la democratización”,<sup>49</sup> y no con una nueva oleada de autoritaris-

---

<sup>47</sup> Moreno, Erica *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>49</sup> Huntington, Samuel, *op. cit.*

mo. En lugar de descartar estos nuevos fenómenos institucionales como encubridores superficiales, necesitamos reconocer este nuevo fenómeno democrático expresado en la proliferación de organismos autónomos, e intentar desmenuzar la compleja dinámica que opera bajo el diseño y funcionamiento institucional de estos entes estatales.

En general, los organismos autónomos de rendición de cuentas comienzan con un enorme potencial para hacer un nuevo comienzo en términos de confianza y apoyo públicos. Si hacen su trabajo bien, pueden superar el nivel de confianza pública con respecto a otras instituciones tradicionales del gobierno. Éste es especialmente el caso en situaciones de un régimen de baja legitimidad, donde el gobierno es percibido como corrupto, autoritario y elitista. Aquí un nuevo organismo puede ser elevado en la opinión pública como un ejemplo para el futuro del régimen en su conjunto, transformándolo en un pionero de la reforma del Estado.

Sin embargo, la novedad de los organismos autónomos es también una desventaja. Ello porque tales instituciones son normalmente creadas por la misma clase política que se supone deben controlar y regular. Así que la sospecha inmediata es que su propósito consiste en cubrir los problemas en lugar de resolver las cuestiones para las cuales fueron creados. Una vez más, esto es particularmente el caso en situaciones de régimen de baja legitimidad global. En ese contexto, es difícil creer que un nuevo organismo representaría una auténtica ruptura con las formas corruptas de comportarse de la clase política. Estas bajas expectativas pueden también provocar una deficiente actuación a través de un ciclo de retroalimentación negativo entre el Estado y la sociedad.

Un nuevo organismo autónomo de rendición de cuentas, por consiguiente, enfrenta la situación contradictoria de hacer cara, simultáneamente, a bajas y altas expectativas. La población comparte una profunda esperanza de que la nueva institución realmente podría hacer una diferencia y está dispuesta a acompañar-

la si el organismo demuestra que es capaz de actuar de manera independiente con respecto a sus creadores. No obstante, basado en experiencias anteriores y en la falta de legitimidad de los reformadores mismos, de igual manera la población sabe que el escenario más probable es que el nuevo organismo sólo reproduzca los viejos problemas. Los ciudadanos son por lo tanto hipersensibles a cualquier señal de que el organismo no esté cumpliendo su mandato o defendiendo al interés público.

Esta situación se traduce normalmente en una gran volatilidad con respecto a la legitimidad pública de un nuevo organismo autónomo. Dependiendo del contexto político y de los problemas específicos del momento, la población alterna entre recurrir a su esperanza y aplicar su conocimiento cuando juzga el desempeño del organismo. Con el fin de consolidar una trayectoria de largo plazo de incremento de legitimidad, el organismo, por lo tanto, necesita mostrar resultados concretos de manera extremadamente rápida, así como ser especialmente cuidadoso en no dar ninguna señal exterior de debilidad o de motivaciones políticas por sus decisiones. La necesidad de actuar rápidamente y la presión de una actuación impecable, al menos al inicio de su vida institucional, es un aspecto central de la “situación institucional” de este tipo de organismo.

Esta dinámica distingue a los organismos autónomos de rendición de cuentas tanto de los organismos reguladores como de los tribunales constitucionales. Los organismos reguladores no se encuentran en la mira de la opinión pública en la misma medida que los organismos de rendición de cuentas. Por ello, los organismos reguladores tienen la ventaja de tener más tiempo para construir su legitimidad pública. Aunque los organismos reguladores son eventualmente llamados a dar cuenta de su eficacia, el foco de atención no recae sobre ellos tan fuertemente desde el inicio.

Asimismo, debido a que el trabajo de regulación económica es altamente especializado, es más difícil para los ciudadanos ordinarios evaluar el desempeño y arribar a sus propias conclusiones. Contar votos y combatir la corrupción son más fáciles de en-

tender para la persona común que regular mercados y garantizar la competencia económica. El resultado es que los organismos reguladores no son tan vulnerables como los organismos de rendición de cuentas con respecto a la legitimidad pública. Pero, por el lado negativo, esto significa también que los organismos reguladores además no son sujetos a la presión social, que es a menudo necesaria para prevenir su captura por intereses poderosos.

Los tribunales constitucionales son similares a los organismos autónomos de rendición de cuentas en la medida en que también se encuentran constantemente en la mira de la opinión pública. Sin embargo, su lugar en la “cima” del sistema de control constitucional los hace menos vulnerables en términos de legitimidad pública. Gracias a que el estatus de los tribunales constitucionales es formalmente igual al de otras ramas del gobierno,<sup>50</sup> tales instituciones son normalmente menos vulnerables que los organismos independientes, los cuales sólo tratan con áreas específicas de control. Los tribunales constitucionales pueden, por lo tanto, soportar las críticas públicas mejor que una autoridad electoral o un *Ombudsman*. No obstante, como en el caso de los organismos reguladores, esto puede también ser entendido como una debilidad. La impermeabilidad de los tribunales constitucionales a la crítica social puede llevarlos a una actuación irresponsable y en contra de la rendición de cuentas.

Un estrategia clave para fortalecer la legitimidad pública de los organismos autónomos es por medio del debate interno y la descentralización estructural. Por ejemplo, uno de los factores que más explica la amplia aceptación social y legitimidad del IFE es la forma abierta y transparente en que se han dado los debates entre los consejeros electorales. El Consejo General en funciones entre 1996 y 2003 debatía públicamente en las sesiones del Consejo, y frecuentemente con posiciones encontradas,

---

<sup>50</sup> El profesor español Manuel García-Pelayo ha sostenido que los tribunales constitucionales deberían ser considerados al mismo nivel institucional que las tradicionales ramas del gobierno, tales como la ejecutiva, la legislativa y la judicial. Véase García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*



temas tan polémicos como la investigación de la compra y coacción del voto, la investigación del financiamiento de la campaña del presidente Zedillo, el papel de las comisiones en la vigilancia del Instituto, la estrategia de capacitación de los funcionarios de casilla, etcétera.

Estos debates públicos mejoran la legitimidad de una institución autónoma, porque la población percibe al organismo como una institución “viva” que discute y analiza temas de manera activa. Las discusiones en el seno de la Comisión de Vigilancia y en el Pleno de la Cámara de Diputados sobre auditorías que deberían llevar a cabo la ASF cumplen una función parecida. El vínculo de un órgano técnico como la Auditoría con un cuerpo colegiado politizado y activo fortalece su propia legitimidad.

También se deberían considerar los beneficios de una estructura descentralizada. Muchas veces los organismos independientes, sobre todo los que cuentan con un titular unipersonal, están estructurados de una forma totalmente jerárquica y unificada. En este escenario, los auditores o los fiscales tienen muy poca autonomía para decidir cuáles casos investigar o a cuáles dar seguimiento. Todas las decisiones centrales primero son consultadas con el titular del organismo.

Pero ésta no es la única ni necesariamente la más efectiva forma para organizar un organismo independiente. Por ejemplo, una de las razones de la gran efectividad en los años recientes de la “Procuraduría Pública” en Brasil es precisamente la descentralización de su estructura descentralizada.

El rol potencialmente activo desempeñado por el Procuraduría Pública se fortalece con su diseño organizacional y su poca institucionalización. [Este instituto] es descentralizado, carece de una jerarquía funcional y por lo tanto otorga una autonomía significativa a cada procurador. Dentro de cada Procuraduría los procuradores individuales varían considerablemente, desde aquellos que asumen un enfoque muy conservador hasta aquellos que hacen la interpretación más liberal de las responsabilidades de la insti-

tución Esta falta de institucionalización permite que la identidad de la Procuraduría Pública se defina a través de las características individuales de sus miembros.<sup>51</sup>

En Brasil, cada procurador tiene el derecho a seleccionar sus propios casos de acuerdo con sus propios criterios. Esto ha llevado al desarrollo de una institución extremadamente dinámica y proactiva.

Segundo, la fortaleza institucional es un reto importante, porque la misma autonomía de estos organismos los deja sin el apoyo de los tres poderes principales del Estado. Su tarea es por lo tanto similar a la proverbial batalla entre David y Goliat. La legitimidad tiene que ver con la presencia de la institución en la sociedad, pero “fortaleza” se refiere a la habilidad de un organismo para influir y controlar otras áreas del gobierno. Aquí los organismos independientes comienzan desde una clara posición de debilidad.

Por ello, muchas veces se formulan resistencias fuertes a las reformas que aumentan el nivel de autonomía de una dependencia gubernamental. Por ejemplo, en el debate en la Cámara de Diputados sobre la reforma constitucional que otorgaría autonomía plena al (INEGI), el director general de aquel Instituto argumentó en contra de la autonomía de su propio organismo diciendo que esto dificultaría el acceso a los registros y a la información en manos del Poder Ejecutivo. A principios de los años noventa, voces dentro del Partido Acción Nacional también argumentaban en contra de la autonomía del Instituto Federal Electoral, ya que la independencia obstaculizaría los acuerdos con el gobierno.<sup>52</sup> Ello porque si el IFE ya no dependiera del presidente de la República sería más difícil negociar los cargos y las candidaturas con el presidente a cambio de lealtad política.

---

<sup>51</sup> Sadek, María y Batista Cavalcanti, Rosangela, “The New Brazilian Public Prosecution: an Agent of Accountability”, en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, pp. 201-227.

<sup>52</sup> Ackerman, John, *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, México, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Asimismo, en la negociación de su presupuesto, un organismo autónomo tiene menos presencia e influencia que otros organismos que son parte de los poderes Ejecutivo, Judicial o Legislativo. Los organismos autónomos normalmente no tienen una base de apoyo específico y propio que pueda apoyarlos, y son relativamente pequeños e inconexos cuando se les compara con los organismos del Poder Ejecutivo.<sup>53</sup> El gran tamaño y los roles constitucionales de los poderes Judicial y Legislativo evidentemente les dan una presencia más fuerte que un organismo autónomo. El resultado es que el Congreso a menudo encuentra más fácil recortar el presupuesto de tales organismos que reducir el apoyo a las otras tres principales ramas del gobierno.

Más allá de cuestiones presupuestarias, los organismos autónomos de rendición de cuentas también corren el riesgo de simplemente ser ignorados por otras áreas del gobierno cuando intentan cumplir con su mandato al investigar y castigar irregularidades. Debido a que son relativamente pequeños y no se encuentran formalmente respaldados por alguna de las otras ramas del gobierno, los organismos autónomos tienden a ser marginados tanto política como institucionalmente.<sup>54</sup> Esto es especial-

---

<sup>53</sup> Para una excelente discusión de cómo los organismos del Ejecutivo alcanzan fortaleza y apoyo independientes véase Carpenter, Daniel, *The Forging of...*, *cit.*

<sup>54</sup> Por ejemplo, en su momento el exdirector del Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México (INEGI) recientemente se pronunció en contra de la reforma que otorgaría a su instituto autonomía constitucional formal basado precisamente en este tipo de argumento. Desde esta perspectiva, la independencia sería equivalente a una sentencia de muerte para el INEGI. Esto se debe a que haría mucho más difícil para el organismo demandar colaboración de las otras áreas del gobierno. El INEGI conduce censos nacionales por su cuenta, pero con el fin de alcanzar dicha tarea necesita una gran cantidad de apoyo logístico y de otro tipo del Ejecutivo. Además, el Ejecutivo mantiene una gran suma de información, que es esencial para el INEGI; por ejemplo, fechas de nacimiento, muerte, matrimonios, enfermedades, etcétera. Para lograr su labor, el Instituto de Estadística necesita estar en constante contacto y colaboración con el gobierno federal. El director del Instituto manifestó que lo anterior se logra de mejor manera siendo parte del Ejecutivo mismo, y que la

mente el caso, porque la labor de los organismos de rendición de cuentas es por naturaleza incómoda para otras áreas del gobierno. Pocos funcionarios del gobierno tienen interés en exponerse al escrutinio externo y a sanciones por irregularidades. Además, pocos organismos autónomos tienen poderes coercitivos formales. Los *Ombudsmen*, por ejemplo, por lo general dependen enteramente de la buena voluntad de los organismos del Ejecutivo para hacer cumplir con sus recomendaciones y sus solicitudes de información.

Para enfrentar esta desventaja institucional, los organismos autónomos de rendición de cuentas necesitan trabajar arduamente para establecer fuentes alternativas de apoyo político e institucional. Su aliado más importante en este aspecto es la sociedad civil, incluyendo la prensa, las universidades, las organizaciones no gubernamentales y los movimientos sociales. Como Fredrik Uggla ha argumentado, “la influencia del ombudsman puede difícilmente ser deducida de las disposiciones jurídicas formales que regulan la institución. En lugar de ello, la fortaleza y la autonomía de la institución son generadas por un proceso que es primariamente político”.<sup>55</sup> Este autor también sostiene que los *Ombudsmen* a menudo se parecen más a grupos de presión que a instituciones estatales:

De manera similar a los grupos de presión, el ombudsman tiene que avanzar una agenda en un contexto general que es por lo regular indiferente u hostil; hacen falta los instrumentos para asegurar que sus decisiones y resoluciones serán cumplidas. El

---

independencia podría hacer estas tareas mucho más difíciles (Comparecencia ante la Comisión de Puntos Constitucionales, Cámara de Diputados, noviembre de 2003).

<sup>55</sup> Uggla Frederick, “The Ombudsman in Latin America”, *Journal of Latin American Studies*, 2004, 36, 448. Moshe Maor ha dado un argumento similar con respecto a las comisiones independientes anticorrupción. Véase Maor, Moshe, “Feeling the Heat?: Anti-Corruption Agencies in Comparative Perspective”, *Governance: an International Journal of Policy and Administration*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 1-28.

apoyo popular y la cobertura favorable de los medios se vuelven, por consiguiente, factores importantes para la obediencia y la influencia... Por otra parte, la ausencia de tales factores socavarán enormemente el prestigio de la institución.<sup>56</sup>

Existen claras diferencias entre la situación institucional de un organismo autónomo de rendición de cuentas y un tribunal constitucional o un organismo regulador. Los organismos reguladores también tienden a enfrentar una situación de David y Goliat en su batalla contra los monopolios económicos. Sin embargo, en principio, los organismos reguladores tienen la fuerza del gobierno detrás de ellos, porque su lucha es del Estado como un todo contra los monopolistas en el mercado. En contraste, los organismos independientes de rendición de cuentas tienen una relación más adversa con el resto del gobierno, ya que su trabajo es controlar y castigar a los funcionarios y políticos dentro del mismo gobierno.

Los tribunales constitucionales se encuentran en una posición totalmente diferente. Aunque también carecen de medios coercitivos para hacer cumplir sus juicios, su lugar en el sistema de control constitucional significa que otras áreas del gobierno normalmente respetarán sus decisiones, o al menos así se espera que suceda. En general, los tribunales constitucionales ocupan una posición de gran fortaleza institucional comparada a la relativa debilidad de los organismos autónomos de rendición de cuentas.

Tercero, la rendición de cuentas de segundo orden es un tema central, porque los organismos autónomos están formalmente separados de la “cadena de rendición de cuentas” que enlaza el gobierno al pueblo por medio de las elecciones y de la delegación legislativa. Así, lo que constituiría la mayor fortaleza de los organismos autónomos, paradójicamente también se levanta como su mayor debilidad: su independencia y exclusión del proceso democrático de rendición de cuentas.

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 440.

Ciertamente, su condición de organismos autónomos los libera de la “partidocracia”, del burocratismo y del intercambio de favores imperantes; pero ello simultáneamente los separa del instrumento más importante de rendición de cuentas: el voto popular. Consecuentemente, el tercer gran reto para los organismos autónomos es la construcción de nuevas bases para la rendición de cuentas. Ante la ausencia de un vínculo directo con el votante, estos organismos están obligados a construir formas alternativas de informar, de hacer partícipes y de legitimarse ante la ciudadanía.

En general, la autonomía de estos organismos es una gran ventaja en la medida en que los separa del *quid pro quo* de la política normal y les permite enfocarse en metas fundamentales a largo plazo. No obstante, esta autonomía los coloca en una situación delicada, pues no siempre es claro ante quién son, ellos mismos, responsables. Este es el clásico problema de la rendición de cuentas de segundo orden, o de “quién vigila a los vigilantes”.<sup>57</sup> ¿Cómo prevenir que el supervisor externo se convierta él mismo en un agente capturado por los intereses que tendría que vigilar y controlar?

Hay por lo menos dos maneras diferentes de enfrentar este reto. Primero, los organismos autónomos de rendición de cuentas pueden someterse a una supervisión institucional rigurosa y específica de sus actividades. No es suficiente estar sujetos de manera general a controles judiciales básicos a la supervisión del Congreso. También hace falta establecer un consejo de supervisión especializado para mantener una vigilancia permanente sobre sus propias actividades. La autonomía no debe confundirse con autarquía o irresponsabilidad.

Por ejemplo, virtualmente todos los organismos independientes cuentan con un consejo o con una comisión legislativa, o ambas, cuya función es observar y vigilar el desempeño del organismo. El papel de estas entidades es clave para el buen des-

---

<sup>57</sup> Schedler, Andreas *et al.*, *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1999.

empeño de un organismo independiente. El IFE, por ejemplo, cuenta con el Consejo General, así como con los consejos locales y distritales. Estos consejos no tienen ningún poder directo de ejecución. En teoría, son órganos de vigilancia y control de la estructura ejecutiva de parte de ciudadanos independientes.

La CNDH también cuenta con un consejo integrado por ciudadanos. En este caso no reciben salario, pero también tienen amplias facultades legales para vigilar y evaluar el desempeño de la institución. Asimismo, la CNDH es evaluada y revisada por la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República. La ASF cuenta con sus propios órganos de vigilancia externa. Tanto la Comisión de Vigilancia de la Cámara de Diputados como la Unidad de Evaluación y Control que depende de esta Comisión han jugado un papel importante en evaluar y encontrar caminos para mejorar el desempeño de la institución.

Mejorar la legitimidad y la rendición de cuentas de los organismos independientes necesariamente implicaría el fortalecimiento de estas entidades de rendición de cuentas de segunda orden. Por ejemplo, se podría contemplar incluir un proceso formal de auscultación de los candidatos a ser consejeros electorales para asegurar que cumplen con un perfil ciudadano e independiente. También se podría fortalecer el Consejo de la CNDH otorgándole mayores facultades de incidencia en el funcionamiento de la institución, transparentando su labor y otorgando un salario a los integrantes del mismo. La ASF es un modelo a seguir en este terreno. La Unidad de Evaluación y Control realiza una vigilancia escrupulosa de todas las acciones de la Auditoría.

Una segunda medida útil es un total compromiso con la transparencia. A primera vista, parecería que los organismos independientes estarían justificados en restringir el acceso a la información, porque el propósito de la autonomía es precisamente aislar sus acciones de las presiones sociales y de las negociaciones políticas. Ello puede ser particularmente el caso para las instituciones financieras, tales como los bancos centrales, aunque investigaciones recientes han demostrado que incluso en este caso la trans-

parencia normalmente resulta ser beneficiosa para el desempeño institucional.<sup>58</sup>

Por ejemplo, Daniel Kaufmann y Tara Vishwanath han señalado que:

Argumentos acerca de la necesidad de limitar la transparencia sobre el establecimiento de políticas por parte del Banco Central de un país no tienen sustento empírico, aunque una literatura teórica está dispuesta a entretener este punto de vista. Teóricamente, debería ser tan probable que un flujo mayor y menos volátil de información sobre las decisiones del Banco Central pueda estabilizar y racionalizar los mercados financieros que distorsionar y corromperlos.<sup>59</sup>

David Stasavage ha demostrado el caso empíricamente. A través de un análisis empírico comparativo de los bancos centrales alrededor del mundo ha encontrado que “la capacidad de los bancos centrales para convencer al público de su compromiso con una política dada depende de su nivel de transparencia y de que se aseguren de que los titulares de los bancos centrales sean totalmente independientes de la interferencia política”.<sup>60</sup> Para funcionar de manera efectiva, los bancos centrales necesitan credibilidad. Si los actores del mercado no confían en el banco, no pondrán atención a las señales que el banco envíe, lo que resultaría en la creación de desorden y de un clima nada saludable para la inversión. Típicamente se cree que para ganar esta confianza, un banco central debiera aislarse de la sociedad dentro de una

---

<sup>58</sup> Sandoval, Irma Eréndira, “Autonomía, transparencia y rendición de cuentas en organismos financieros: el caso del Banco de México”, en Ackerman, John (coord.), *op. cit.*, pp. 119-215.

<sup>59</sup> Kaufmann, Daniel y Vishwanath, Tara, “Toward Transparency: New Approaches and Their Application to Financial Markets”, *The World Bank Research Observer*, vol. 16, núm. 1, 2001, p. 44.

<sup>60</sup> Stasavage, David, “Transparency, Democratic Accountability, and the Economic Consequences of Monetary Institutions”, *American Journal of Political Science*, vol. 47, núm. 3, 2003, p. 400.



torre de marfil tecnócrata. La evidencia de Stasavage sugiere que precisamente lo opuesto podría ser el caso.

Y la opacidad definitivamente afecta negativamente el desempeño de los organismos de rendición de cuentas. Dada su vulnerabilidad institucional, así como su tendencia, identificada por Crisp, Moreno y Shugart, al subordinarse ellos mismos a los poderes fácticos, la transparencia es un ingrediente absolutamente esencial. Con la apertura de todo el proceso de recepción de quejas, investigación, documentación, discusión y toma de decisiones, los organismos independientes de rendición de cuentas pueden protegerse de la captura externa y abrirse al crucial escrutinio social de su desempeño. La transparencia y la participación de la sociedad civil son importantes apoyos para los organismos independientes en su lucha por consolidar su fortaleza institucional.<sup>61</sup>

Ahora bien, los organismos reguladores y los tribunales constitucionales se encuentran en una situación similar con respecto a la rendición de cuentas de segundo orden. A primera vista pareciera que estas cuestiones no serían tan relevantes para estos otros organismos, porque la información que ellos manejan es a menudo más delicada y técnicamente sofisticada. Sin embargo, investigaciones recientes revelan que la vigilancia y la transparencia son igualmente cruciales para estas instituciones.<sup>62</sup>

El cuarto reto para los organismos autónomos de rendición de cuentas es el estancamiento burocrático o la rutinización de los procedimientos institucionales. Los nuevos organismos frecuentemente comienzan fuertes para después lentamente caerse en una trampa de equilibrio de bajo nivel, donde los procedi-

---

<sup>61</sup> Ackerman, John, *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

<sup>62</sup> Levi-Faur, David y Jordana, Jacint, "Strengthening Regulatory Agencies: Institutional Designs for Autonomy, Accountability and Professionalism", en Sandoval, Irma (coord), *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre mercado, Estado y sociedad*, México, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2009.

mientos burocráticos predominan por encima de la visión creativa y de la acción independiente. Uno de los principales valores de un organismo autónomo es que ofrece una perspectiva nueva y cuenta con el potencial para destacarse de manera valiente para resolver problemas cruciales que han sido descuidados por otras instituciones estatales. Con el estancamiento burocrático tales organismos pierden este “valor agregado”, que contribuiría a la gobernabilidad democrática.

De acuerdo con Max Weber, con frecuencia es difícil conservar el dinamismo del momento fundador de las instituciones políticas.<sup>63</sup> Los vicios de la burocracia suelen consumir e influir en la visión del mundo de los servidores públicos, incluso cuando vienen de afuera del gobierno.<sup>64</sup> Además, los organismos autónomos amenazan intereses poderosos, que a menudo hacen un esfuerzo concertado para debilitar el poder y la influencia de tales organismos. Los estudios académicos en la materia han documentado numerosos casos de fuertes contra ataques antirrendición de cuentas.<sup>65</sup>

Al parecer hay un ciclo de vida relativamente común para los organismos autónomos. Muchas veces comienzan relativamente débiles y dependientes de sus creadores. Después, los organismos exitosos rompen la cáscara y comienzan a tener un impacto significativo. Posteriormente, y en respuesta, los políticos, los funcionarios públicos y otros actores afectados contra atacan con recortes a la independencia o a los poderes del organismo.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, *op. cit.*

<sup>64</sup> Esta dinámica ha sido ampliamente estudiada por la literatura institucionalista en ciencia política y administración pública. Véase, por ejemplo, el clásico estudio de March y Olsen (1984).

<sup>65</sup> Por ejemplo, en Irlanda, Estados Unidos y México. Véase Ackerman, John M. y Sandoval, Irma E., “The Global Explosion of Freedom of Information Laws”, *Administrative Law Review*, American Bar Association-American University, vol. 58, núm. 1, marzo de 2006.

<sup>66</sup> El caso del Instituto Federal Electoral en México (IFE) es un caso clásico en este sentido. Véase Ackerman, John, *Organismos autónomos y democracia: el caso*

El momento definitorio para la sobrevivencia a largo plazo y el éxito de un organismo autónomo de rendición de cuentas parece ser precisamente cómo responde, y, en su caso, de qué manera logra vencer estas casi inevitables reacciones políticas. Si el organismo es capaz de emerger victorioso con su independencia y con sus poderes intactos, esto es un buen augurio para su consolidación a largo plazo como una institución de rendición de cuentas eficaz. Si falla en resistir los ataques, ese podría ser el inicio del fin de su habilidad para tener un impacto de largo plazo en la gobernabilidad.

#### IV. ESTRUCTURA Y MÉTODO

El presente libro consta de cuatro capítulos sustantivos:

- Primero, la presente introducción, que proporciona el marco teórico para el análisis y examina los estudios académicos existentes en la materia.
- Segundo, una comparación sistemática de normas jurídicas utilizando las herramientas del derecho comparado.<sup>67</sup> Aquí se explora la forma en que los diversos textos constitucionales en el mundo incluyen y regulan los organismos autónomos de rendición de cuentas. También exploramos los detalles de algunos casos claves, como son Taiwan, Venezuela y Ecuador.
- Tercero, un análisis comparado de casos claves<sup>68</sup> resueltos por tribunales constitucionales en América Latina,

---

*de México*, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

<sup>67</sup> Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

<sup>68</sup> Serna de la Garza, José María, “El método de casos: reflexiones sobre el cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México”, *ibidem*, pp. 153-172.

dónde se ha abordado la naturaleza y los alcances de la autonomía de los organismos de rendición de cuentas. En este apartado se busca ir más allá de un análisis de la norma incluida en el capítulo anterior, para entender la lógica de los jueces constitucionales a la hora de decidir casos relacionados con la autonomía de estos organismos.

- Cuarto, un análisis de la situación jurídica actual de los organismos autónomos en México a partir de una exploración tanto del marco legal como de los criterios de interpretación jurisdiccionales más importantes.

Con respecto al método comparativo, sería fácil caer en la tentación de definirlo en el sentido más amplio como la tradición que incluye cualquier estudio que yuxtaponga diseños normativos y patrones históricos a través de la comparación de dos o más casos u observaciones. Sin embargo, una definición tan general como ésta, que en un sentido estricto no carecería de validez, no sería muy útil para los propósitos de este proyecto de investigación.

En este libro seguimos al doctor Héctor Fix-Zamudio cuando plantea que

...no es incompatible la idea de disciplina científica con la de método jurídico, ya que si bien es verdad que el llamado derecho comparado es un instrumento de conocimiento del derecho y, por tanto, un *método jurídico*, también lo es la necesidad de elaborar los conceptos y principios que se derivan del uso de dicho instrumento, que no puede aplicarse de forma indiscriminada.<sup>69</sup>

El método comparativo puede ser tan “científico” incluso que los métodos más cuantitativos, pues el objetivo es buscar las “causas” sociales de los fenómenos y tratar de aislar las variables

---

<sup>69</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Tendencias actuales del derecho comparado”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *op. cit.*, pp. 23-68.

y elementos que son necesarios para entender el fenómeno bajo estudio. Para desarrollar el método comparativo de forma completa no es suficiente con simplemente comparar y contrastar de manera aleatoria dos casos cualesquiera. Los casos deben ser lo suficientemente similares para ser comparables y lo suficientemente diferentes para producir resultados analíticos significativos.

James Mahoney y Dietrich Rueschmeyer también han ofrecido una definición muy productiva del método comparativo:

Reservaremos el título de “análisis histórico comparativo” para aquel tipo de investigación definida por características relativamente específicas. A pesar de no estar unidos bajo una misma teoría o casados con un solo método, los trabajos agrupados en esta tradición metodológica comparten una misma preocupación con el análisis causal, el énfasis en procesos históricos cambiantes, y el uso de comparaciones sistemáticas y contextualizadas.<sup>70</sup>

Esta definición incluye tres elementos básicos:

- Primero, una clara preocupación por análisis causales. Esto es, el método comparativo estaría fundamentalmente orientado a la explicación e identificación de configuraciones causales tendientes a producir los principales resultados objeto del interés del investigador.
- Segundo, en el método comparativo existe un compromiso con el seguimiento de los procesos sociales y legales a través del tiempo. El análisis comparado debe incluir explícitamente un análisis histórico y de secuencias temporales que tomen en serio el devenir de las transformaciones ocurridas, con base en contextos históricos concretos.

---

<sup>70</sup> Mahoney, James y Rueschmeyer, Dietrich, “Comparative Historical Analysis”, en Mahoney, James y Rueschmeyer, Dietrich (eds.), *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 10.

- Tercero, el análisis comparativo debe nutrirse de comparaciones sistemáticas y *contextualizadas* de casos y eventos tanto similares como contrastantes que puedan ofrecer orientaciones sustentadas en la búsqueda última de las explicaciones causales que el método exige.

Una de las herramientas más útiles en el derecho comparado es el método funcional.<sup>71</sup> Este método se enfoca en una comparación de cómo diferentes órdenes jurídicos resuelven problemas comunes de forma diferente. Aquí el objetivo es construir una especie de “estandar internacional” en el tema, al encontrar los diseños legales más eficaces en la resolución del problema bajo estudio.<sup>72</sup>

Las estrategias típicas utilizadas para la selección de casos para su estudio son los clásicos “método de la diferencia” (*method of difference*) y “método del acuerdo” (*method of agreement*), ambos propuestos por John Stuart Mill. El método de la diferencia intenta comparar casos que son diferentes sólo en lo concerniente al factor causal de la hipótesis y el fenómeno resultante a ser explicado. La idea es encontrar dos casos idénticos con diferentes resultados, que varían sólo en lo que respecta a la presencia o ausencia del factor causal de la hipótesis. En este caso, el investigador debe buscar los “sistemas más similares”.<sup>73</sup> En contraste, el método “del acuerdo” intenta dar seguimiento a una variedad de casos que son similares sólo en lo referente a la presencia del factor causal y del fenómeno. En este caso, por el contrario, el investigador debe buscar los “sistemas más diferentes”<sup>74</sup> para

---

<sup>71</sup> Zweigert, Honrad y Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., traducción al inglés de Tony Weir, Oxford, Clarendon Press, 1998; Silveiro Salguero, Jorge, “El método funcional en la comparación constitucional”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *op. cit.*, pp. 405-419.

<sup>72</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología: docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 2003.

<sup>73</sup> Przeworski, Adam y Teune, Henry, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, Wiley-Interscience, 1970.

<sup>74</sup> *Idem.*

demostrar que a pesar de que todo lo demás cambia, la relación entre la causa y el efecto se mantiene estable.

La limitante de ambas estrategias es que no le permiten al investigador identificar procesos que pueden contar con causas múltiples o “efectos interactivos”.<sup>75</sup> Por lo tanto, habría que complementar este enfoque con un análisis “configuracional” tal y como la han propuesto Ira Katznelson<sup>76</sup> y Charles Ragin.<sup>77</sup> En palabras de Katznelson,

El enfoque configuracional se concentra menos en la importancia causal de esta o aquella variable, sino más bien en la manera en que las variables se engarzan en casos históricos específicos... [en otras palabras] los casos se entienden como combinaciones de elementos, en lugar de ser vistos como manifestaciones de uno u otro caso teóricamente derivado de una tipología.<sup>78</sup>

El teórico Oliver Brand coincide con esta perspectiva al argumentar a favor de ir más allá del método funcional en los estudios de derecho comparado.<sup>79</sup> Brand delinea tres grandes problemas con el método funcional: 1) no es siempre posible identificar “la función” de una norma jurídica, ya que muchas veces las normas tienen múltiples funciones o la función original que inspiró la creación de una norma ya no tiene validez en el contexto actual; 2) muchas veces los problemas que abordan las normas jurídicas en diferentes países son radicalmente diferentes debido a factores históricos, sociales o culturales; 3) soluciones legales que en la superficie se parezcan pueden ser radicalmente diferentes en los hechos debido al funcionamiento diferenciado de los sistemas legales respectivos.

---

<sup>75</sup> Mahoney, James y Rueschmeyer, Dietrich, *op. cit.*, p. 241.

<sup>76</sup> Katznelson, Ira, *op. cit.*

<sup>77</sup> Ragin, Charles, *The Comparative Method: Moving Beyond Qualitative and Quantitative Strategies*, University of California Press, 1987.

<sup>78</sup> Katznelson, Ira, *op. cit.*, p. 99.

<sup>79</sup> Brand, Oliver, “Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 405-466.

En consecuencia, si bien en el presente estudio partimos del método funcional para “fijar la litis” de la investigación, también buscaremos ir más allá de este enfoque para estudiar de manera detallada los contextos específicos en que se desarrollan los diversos marcos jurídicos. Esto nos lleva hacia una estrategia “configuracional”, en las palabras de Katznelson, o de “comparaciones conceptuales”, en los términos de Brand.

Para todas las etapas del estudio se plantea la realización de una investigación plenamente interdisciplinaria que permitirá el análisis de las normas jurídicas dentro de su contexto socio-político. El derecho es un fenómeno eminentemente social,<sup>80</sup> y su relevancia no reside únicamente en el contenido literal de las frases y palabras que constituyen las normas. Habría que evitar el “fetichismo”, que implica la extracción de algo fuera de su contexto y la consecuente exageración de sus poderes propios y autónomos.<sup>81</sup> No se debe estudiar el texto de la ley de manera desvinculada de los contextos de su creación, implementación, interpretación y cumplimiento. Es sumamente productivo explorar a fondo las interfases que se establecen entre el sistema jurídico, las instituciones gubernamentales, la dinámica política y los procesos sociológicos. Para este fin, es necesario traer a colación las herramientas de la administración pública, la ciencia política y la sociología, entre otras disciplinas.

---

<sup>80</sup> Guillermo O'Donnell, por ejemplo, recientemente se ha referido a la ley como un especie de “sistema nervioso” de la sociedad. Véase O'Donnell, Guillermo, “Democracia y Estado de derecho”, en Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso...*, cit.

<sup>81</sup> Augusto Comte hablaba del fetichismo que predominaba entre las religiones tradicionales que idolatran árboles, máscaras y tótems como entes mágicos. Véase Comte, Augusto, *Curso de filosofía positiva*, Madrid, Aguilar, 1973; Carlos Marx teorizaba sobre el fetichismo del capital, que hace que las mercancías cobren vida y valor independiente del trabajo humano incorporado en ellas. Véase Marx, Carlos, *El capital*, 7a. ed., México, Siglo XXI, 1984, t. I. Sigmund Freud escribió sobre los fetiches sexuales, encarnados en un objeto o en una parte del cuerpo humano que provocan un deseo sexual desproporcionado. Véase Freud, Sigmund, *Tres ensayos sobre teoría sexual*, Madrid, Alianza, 1991.



Con respecto a las ramas del derecho, este estudio se enmarca principalmente dentro de las áreas de derecho constitucional, derecho administrativo y sociología del derecho. Se abordarán tanto temas de diseño global de las Constituciones de los Estados democráticos como asuntos de interpretación de la ley por las instituciones jurisdiccionales en América Latina. Asimismo, exploraremos el papel que juegan diferentes diseños normativos en la vertebración de la sociedad.



## CAPÍTULO SEGUNDO

# RADIOGRAFÍA DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS EN AMÉRICA LATINA Y EL MUNDO

### I. UNA RADIOGRAFÍA GLOBAL

La creación de nuevos órganos autónomos no es una simple moda pasajera. Existe una clara redefinición de la división de poderes a escala internacional. Nuestra revisión de las Constituciones del mundo (véase anexo CD y tabla 1) revela que actualmente 81 países cuentan con un total de 248 organismos especializados con cierto grado de autonomía reconocida a nivel constitucional. Estas instituciones existen en todos los continentes, incluyendo América, Europa, África y Asia, aunque existe una tendencia particularmente fuerte en los países africanos. La siguiente tabla resume la distribución geográfica de los organismos encontrados:

Tabla 1  
DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA DE LOS ORGANISMOS  
AUTÓNOMOS

<i>Región</i>	<i>Número de agencias</i>
África	89
Europa	59
América	51
Asia	49
<i>Tótal</i>	<i>248</i>

En general, la constitucionalización de los organismos autónomos es un fenómeno reciente, y son las Constituciones nuevas

las que cuentan con una mayor cantidad de organismos autónomos. Por ejemplo, de acuerdo con los informes del *Comparative Constitutions Project* de las universidades de Chicago, Texas y Illinois,<sup>82</sup> en los últimos veinte años se ha triplicado la cantidad de organismos independientes en materia de combate a la corrupción, defensa de los derechos humanos y *Ombudsman* en general.<sup>83</sup>

El listado de los países que cuentan con la mayor cantidad de organismos autónomos mencionados en su Constitución revela la novedad del fenómeno. Con la relevante excepción de las Constituciones de Taiwan y Filipinas, todos los países incorporaron los organismos en su carta magna durante los últimos veinte años (véase tabla 2).

Tabla 2  
PAÍSES CON CUATRO O MÁS ORGANISMOS AUTÓNOMOS  
A NIVEL CONSTITUCIONAL

<i>País</i>	<i>Número de organismos</i>	<i>Año de aprobación de la Constitución</i>	<i>Año de incorporación de los respectivos organismos autónomos</i>
Sudáfrica	12	1996	2003
Somalia	12	2004	2004
Iraq	11	2005	2005
Venezuela	10	1999	1999
Ruanda	10	2003	2003
Nigeria	10	1999	1999
Perú	7	1993	1993
Ecuador	7	2008	2008
Taiwan	6	1946	1946
Suiza	6	2005	2005

<sup>82</sup> <http://www.comparativeconstitutionsproject.org/>.

<sup>83</sup> Informes específicos, [www.constitutionmaking.org](http://www.constitutionmaking.org).

<i>País</i>	<i>Número de organismos</i>	<i>Año de aprobación de la Constitución</i>	<i>Año de incorporación de los respectivos organismos autónomos</i>
Bhutan	6	2008	2008
Uganda	5	1995	2000
Serbia	5	2006	2006
Mozambique	5	2004	2004
México	5	1917	2008
Malawi	5	1994	1994
Hungría	5	1949	2003
Afganistán	5	2004	2004
Filipinas	4	1987	1987
Grecia	4	2003	2003
Chile	4	2005	2005

Llama la atención la amplia variedad en el contexto de surgimiento de las Constituciones de los países incluidos en la tabla. Por ejemplo, se encuentran tanto las Constituciones creadas a partir de la invasión de los Estados Unidos en Iraq y Afganistán como las nuevas Constituciones que han surgido de procesos políticos internos intensos y llenos de esperanza nacionalista, como las de Venezuela y Sudáfrica. En general, parece que la creación de nuevos organismos autónomos se ha convertido en una estrategia utilizada por reformadores gubernamentales de muy diverso signo para dar la impresión en principio del inicio de una nueva etapa nacional.

En cuanto al contexto político, podemos dividir estos veintidos países líderes en la materia en tres grandes categorías. Primero, encontramos aquellos países que han experimentado recientemente una transición democrática impulsada principalmente por fuerzas políticas nacionales. Algunos casos destacados incluyen Chile, México, Grecia, Filipinas, y Hungría. Segundo, otros países recientemente han pasado tiempos políticos muy difíciles y han desarrollado su nueva Constitución bajo la fuer-

te influencia de algún poder extranjero. Esto es el caso de Irak, Afganistán, Ruanda, Serbia y Somalia, por ejemplo. Tercero, existen democracias con una larga trayectoria histórica, que recientemente han experimentado un cambio político radical. Tal es el caso, por ejemplo, de Ecuador, Sudáfrica, Perú y Venezuela. Finalmente, tendríamos el caso de Taiwan, que no entraría en ninguna de estas tres categorías, ya que sus “organismos autónomos” datan de hace siglos desde los viejos imperios chinos.

Con respecto a la temática y a las funciones de los organismos autónomos, existen tres tipos dominantes: los órganos de fiscalización, de organización electoral y de tutela de los derechos humanos. Más allá de estos organismos, también existen una gran cantidad de instituciones independientes en los ámbitos de control constitucional, de procuración de justicia, de servicio civil de carrera, de consejos de la judicatura y de combate a la corrupción (véase tabla 3).

Tabla 3  
FUNCIONES/TEMÁTICAS MÁS COMUNES  
DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS CONSTITUIDOS

<i>Tipología</i>	
Fiscalización	43
Electoral	37
<i>Ombudsman</i>	34
Tribunal constitucional	21
Procuradores y fiscalías	19
Servicio civil	15
Banco central	12
Consejos de la judicatura	9
Regulación de medios de comunicación	7
Combate a la corrupción	6

También existen docenas de organismos que no caen dentro de ninguna de estas categorías. Por ejemplo, la Constitución de Somalia establece una especializada “Disarmament and Demobilization Commission” responsable de regular y controlar el proceso de desarme y pacificación de los diversos grupos armados en el país. En Tailandia existe un “National Economic and Social Advisory Council” integrado por líderes de los sectores económicos y sociales del país que asesora al Consejo de Ministros y debe aprobar los planes nacionales de desarrollo económico y social. En Bhutan hay una “Pay Commission”, que realiza propuestas de modificación en la estructura salarial y de beneficios para todos los servidores públicos del Estado. En México, la autonomía constitucional del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEG) también destaca como un caso excepcional en la materia.

Por lo visto, la dotación de autonomía constitucional a instituciones especializadas para que desarrollen mejor sus tareas se ha constituido como una especie de “buena práctica” a nivel internacional y se aplica a una amplia diversidad de temas y funciones gubernamentales.

El presente estudio se enfoca de manera particular en los órganos autónomos *de rendición de cuentas*. Podemos identificar cuatro categorías generales de este tipo de organismos: 1) regulación de mercado; 2) fiscalización presupuestal; 3) *Ombudsman*, y 4) combate a la corrupción/servicio civil. Por el momento dejaremos al margen de este estudio los otros tipos de órganos autónomos cuyas funciones no son principalmente de rendición de cuentas, como son los institutos electorales, las cortes constitucionales, los bancos centrales y las universidades públicas.

La primera categoría de organismos autónomos incluye las agencias reguladoras de mercado. Junto con la ola de privatizaciones que recorrió el mundo durante las décadas de los ochenta y noventa se esparció simultáneamente una ola de nuevas agencias reguladoras. El motivo por estas reformas era asegurar que las privatizaciones no implicaran una simple transferencia de

rentas desde el sector público al sector privado. La creación de agencias reguladoras fuertes e independientes aseguraría la rectoría del Estado y condiciones de libre competencia, y evitará el surgimiento de monopolios y comportamientos irresponsables que dañarían el interés público. La mayor parte de estas agencias reguladoras cuentan con niveles de autonomía importantes, ya que supuestamente tienen que ser manejados por tecnócratas independientes del juego político.

Las primeras agencias reguladoras de mercado surgieron en los Estados Unidos durante el siglo XIX. La Comisión Inter Estatal de Comercio (Interstate Commerce Commission), por ejemplo, fue una de las primeras dependencias estatales fuertes del gobierno federal en los Estados Unidos. Fue el pionero para la construcción del estado administrativo, que se consolidó a principios del siglo XX en el vecino país.<sup>84</sup> Asimismo, a lo largo del siglo XX, Estados Unidos fue de los innovadores más importantes en el área de creación de agencias reguladoras.<sup>85</sup>

Sin embargo, ahora el fenómeno de las agencias reguladoras ya no se limita a los Estados Unidos, pues en los últimos treinta años la cantidad de agencias reguladoras de mercado se ha multiplicado de manera fenomenal a escala global. Por ejemplo, David Levi-Faur y Jacint Jordana<sup>86</sup> han documentado que hasta 2002 se habían creado 174 agencias en Europa y América Latina, con 107 de ellas solamente durante la década de los noventa. La creación de bancos centrales independientes para regular el flujo del dinero es el ejemplo más común; no obstante, también se han creado numerosas agencias en áreas como la regulación

---

<sup>84</sup> Skowroneck, Stephen, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities*, Nueva York, Cambridge University Press, 1982.

<sup>85</sup> Martínez, María Salvador, *op. cit.*

<sup>86</sup> Levi-Faur, David y Jordana, Jacint, "Strengthening Regulatory Agencies: Institutional Designs for Autonomy, Accountability and Professionalism", en Sandoval Irma (coord.), *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre mercado, Estado y sociedad*, México, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2009.



de telecomunicaciones, la competencia, la energía, el medio ambiente, etcétera.

En México tenemos avances muy importantes en la materia. La Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), la Comisión Federal de Competencia (CFC), la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) fueron creadas a principios de los años noventa de manera paralela con las privatizaciones llevadas a cabo por el gobierno de Carlos Salinas. Pero, desafortunadamente no han consolidado su fuerza institucional y su presencia pública. Un problema recurrente con estas agencias, y en particular en el caso mexicano, es que su propia autonomía las sujeta a la posibilidad de ser capturadas por los mismos intereses que buscan regular.

La reciente conversión de la Cofetel en un órgano con plena autonomía constitucional, ahora llamado Ifetel, así como la dotación de plena autonomía constitucional a la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), constituyen pasos en el sentido correcto. Sin embargo, solamente el tiempo nos dirá si estas transformaciones legales implican a largo plazo una verdadera autonomía de gestión o si sólo servirán para recubrir con un manto de legitimidad a la misma subordinación de siempre de las políticas regulatorias a los dictados del Poder Ejecutivo.

La segunda categoría de organismos autónomos incluye los organismos de fiscalización superior. Estos organismos se dedican a auditar el gasto público y el desempeño de la administración pública, con el fin de asegurar el buen cumplimiento de las metas y de las partidas asentadas en el presupuesto anual, así como con la normatividad aplicable. Existen dos tipos diferentes de estos organismos. Por un lado, existen los organismos unipersonales (“auditores generales” o “contralores generales”), que dependen del Poder Legislativo, y normalmente se limitan a emitir recomendaciones técnicas al Congreso. Por otro lado, están los organismos colegiados (“tribunales de cuentas” o “consejos de auditoría”), por lo general independientes de los tres poderes,

que generalmente tienen capacidades vinculatorias y de sanción directa.

La figura de auditor o contralor general es la más común, sobre todo en América Latina, mientras los tribunales y los consejos prevalecen en Europa y en Asia. Un estudio realizado por la Auditoría Superior de la Federación<sup>87</sup> arroja los siguientes resultados:

<i>Continente</i>	<i>Número de países</i>	<i>Auditoría General</i>	<i>Contraloría General</i>	<i>Tribunal de Cuentas</i>	<i>Consejo de Auditoría</i>	<i>Otros</i>
África	51	19	0	21	0	11
América	37	11	12	7	0	7
Asia	40	23	0	6	4	7
Europa	42	18	0	18	0	6
Oceanía	15	13	0	0	0	2
<i>Total</i>	185	84	12	52	4	33
	%	45	7	28	2	18

FUENTE: ASF (2006).

En este contexto, la Auditoría Superior de la Federación resulta ser una figura única, visto desde una perspectiva comparada. Aquello depende formalmente de la Cámara de Diputados, y tiene un titular unipersonal. Sin embargo, desde la reforma constitucional de 1999 su autonomía de gestión es casi absoluta, ya que la Comisión de Vigilancia no tiene ninguna facultad para determinar directamente sus actividades. Asimismo, tiene facultades de sanción directa ya que puede “fincar directamente a los responsables las indemnizaciones y sanciones pecuniarias correspondientes”. Este nivel de autonomía y poder de sanción generalmente están reservados para los tribunales de cuentas.

<sup>87</sup> Auditoría Superior de la Federación, *La Auditoría Superior de la Federación frente a los distintos tipos de entidades fiscalizadoras superiores del mundo*, México, ASF, 2006.

La tercera categoría incluye los *Ombudsmen*. Estas instituciones son formas de encauzar y potencializar la voz ciudadana en la gestión gubernamental. Representan a la sociedad civil en su lucha por defenderse contra los abusos de los servidores públicos. Por medio de un *Ombudsman* la sociedad puede fiscalizar, evaluar y controlar al Estado.

Existen una amplia variedad de *Ombudsmen*: desde el modelo clásico de la protección de los derechos humanos individuales hasta otros, que incluyen en sus mandatos el combate a la corrupción, la defensa del acceso a la información, la protección al medio ambiente o la vigilancia de los medios de comunicación. Algunos tienen mandatos generales, incluyendo los derechos sociales y el acceso a la información pública (por ejemplo, Sudáfrica). Otros, como el mexicano, tienen mandatos más limitados, ya que no tiene competencia sobre asuntos laborales, judiciales o electorales.

La cuarta categoría son los organismos especializados de combate a la corrupción. Estos organismos tienen amplios poderes de investigación (por ejemplo acceso a cuentas bancarias, detención temporal sin mandato judicial, acceso a información gubernamental, capacidad de obligar comparecencias, etcétera) y algunas veces de sanción directa. Por lo general reciben quejas ciudadanas, pero su labor principal es investigar de oficio cualquier sospecha o evidencia de corrupción gubernamental.

Aquí el primer ejemplo histórico es el caso de Singapur.<sup>88</sup> Se fundó el Corrupt Practices Investigation Bureau (CPIB) en 1952 como un nuevo órgano centralizador y concentrador para el combate a la corrupción en esta ciudad-Estado. El CPIB es una institución pequeña, con únicamente 71 empleados, y la mayor parte de su trabajo es secreto. Como es evidente de su propio nombre, es principalmente una dependencia investigadora que busca detectar y castigar casos de corrupción de alto nivel.

---

<sup>88</sup> Aunque Meagher señala que durante el siglo XVIII se creó un organismo parecido en Nueva York. Véase Meagher, Patrick, "Anti-corruption Agencies: Rhetoric Versus Reality", *The Journal of Policy Reform*, vol. 8, núm. 1, marzo de 2005, pp. 69-103.

El modelo que se ha generalizado más a nivel mundial es el que se estableció en Hong Kong unos veinte años después, en 1974. El Independent Commission Against Corruption (ICAC) es una institución más grande que el CPIB en Singapur, con más de 1,300 empleados y un presupuesto anual de más de 91 mil millones de dólares.<sup>89</sup> El ICAC tiene una agenda amplia de actividades, incluyendo por supuesto la investigación de posibles delitos, pero también la prevención de la corrupción por medio de la reingeniería gubernamental y un programa integral de educación cívica. Asimismo, el ICAC cuenta con varios consejos ciudadanos especializados que vigilan y facilitan la operación de la institución.

En los últimos años se han creado organismos parecidos en Ecuador, Botswana, Malaysia, Uganda, Ghana, Tanzania y Polonia. El desempeño de estos organismos ha sido cuestionado por algunos observadores, pero dado el correcto contexto institucional resultan un aporte importante a la lucha contra la corrupción. Al contrario de lo que se piensa, estas instituciones generalmente no cuentan con autonomía plena, sino que dependen directamente de la oficina del primer ministro o el presidente.

Es también importante distinguir los órganos arriba mencionados, de los organismos autónomos de prestación de servicios públicos. Aquellos son organismos gubernamentales, o con una parte importante de participación gubernamental, que se dedican a atender demandas sociales básicas. En el contexto mexicano el ejemplo más conocido son las universidades autónomas, como la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y las similares al nivel estatal. Son instituciones estatales que prestan un servicio básico a la población de manera autónoma, independiente de los tres poderes clásicos. El Instituto Mexicano de Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Servicios y Seguridad Social para los Trabajadores del Estado (ISSSTE) también caerían dentro de esta categoría, ya que como organismos desconcentra-

---

<sup>89</sup> *Idem.*

dos tienen amplia autonomía técnica y de gestión en la prestación de la salud pública.

Internacionalmente ha habido una ola muy importante en la creación de organismos de este tipo. Siguiendo los dictados de la nueva gestión pública, se supone que la descentralización del poder público y la autonomía de gestión ayudan a la eficacia y a la eficiencia gubernamental. En muchos casos estos organismos autónomos cuentan con importantes financiamientos privados, o incluso son financiados totalmente por el sector privado. En los Estados Unidos, por ejemplo, hay ya una red de cárceles del Estado que son manejadas totalmente por empresas privadas.<sup>90</sup> En Inglaterra el fenómeno de los “quangos” (*quasi autonomous non governmental organisations*) tiene un carácter parecido.<sup>91</sup>

## II. CASOS EMBLEMÁTICOS

### 1. *Taiwán*

Los orígenes de la teoría y la práctica de la “rendición de cuentas” se encuentran no en la cultura occidental, sino en la civilización oriental, en concreto en el imperio chino.<sup>92</sup> La primera ley de acceso a la información, el Freedom-of-Press and the Right-of-Access to Public Records Act, aprobada en Suecia en 1766, fue impulsada por un ávido estudioso y conocedor de las prácticas contemporáneas en China, el sacerdote y diputado Anders Chydenius. De acuerdo con Chydenius, China fue “el país modelo para la libertad de prensa” y el ejemplo a seguir por otras

---

<sup>90</sup> Roberts, Alasdair, “Structural Pluralism and the Right to Information”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 51, 2001, p. 243.

<sup>91</sup> Salvador Martínez, María, *Autoridades independientes*, Madrid, Ariel, 2002.

<sup>92</sup> En palabras de Sun Yat-Sen, fundador de la primera República China, “What is New in Europe is already too old in China”. Véase Shihlien Hsü, Leonard (ed.), *Sun Yat-Sen, His Political and Social Ideals*, Los Ángeles, University of Southern California Press, 1933, p. 107.

naciones en esa materia.<sup>93</sup> Asimismo, este político y religioso admiraba profundamente la institución china del Buró de Censura Imperial. Ésta había sido “una institución basada en la filosofía humanista confuciana [cuyos] roles principales consistían en vigilar cuidadosamente al gobierno y a sus funcionarios y exhibir sus incompetencias, sus ineficiencias burocráticas y sus prácticas de corrupción”.<sup>94</sup> El político sueco estaba particularmente impresionado por el hecho de que los emperadores chinos se encontraran dispuestos a “admitir sus propias imperfecciones como una prueba de su amor por la verdad y de su rechazo a la ignorancia y la oscuridad”.<sup>95</sup>

El sistema de control gubernamental en China data de hace más de dos mil años, durante las dinastías Chin (246-206 a.C.) y Han (206 a.C.-220 d.C.). En aquella época se estableció el “yushih”, o “oficina de la verdad”, para vigilar y controlar todos los actos gubernamentales. Posteriormente, durante las dinastías Ming (1368-1644) y Ching (1644-1911) se estableció la institución de la “tu-cha-yuan” para supervisar la ética gubernamental. Este “Buró de Censura Imperial” fue la institución que tanto impresionó e influyó a Chydenius. El Buró tenía competencia para conducir investigaciones sobre una amplia diversidad de temas, y contaba con la responsabilidad de proponer casos de destitución al emperador, e incluso censurar al mismo emperador.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Lamble, Stephen, “United States FOI Laws are a Poor Model for Statutes in Other Nations”, *Freedom of Information Review*, núm. 106, 2003.

<sup>94</sup> *Idem*.

<sup>95</sup> Chydenius, Anders, *Berättelse Om Chinesiska Skrif-Friheten, Öfversatt af Danskan (a Report on the Freedom of the Press in China)*, 1766, resguardado por la Royal Library of Sweden, Estocolmo, citado en Lamble, Stephen, “United States FOI Laws are a Poor Model for Statutes in Other Nations”, *Freedom of Information Review*, núm. 106, 2003, pp. 51-55.

<sup>96</sup> Yuan-Chyuan, Chen, “Elements of an East-West Synthesis in Dr. Sun Yat-Sen’s Concept of the «Five-Power Constitution» and in the Chinese Constitution of 1946”, en Gottfried-Karl, Kinderman (ed.), *Sun Yat-Sen: Founder and Symbol of China’s Revolutionary Nation-Building*, vol. I, Munich, Gunter Olzog Verlag, 1982. De acuerdo con Chen, “The Censors Functioned as «the Cars and the Eyes of the Emperor» and Had to Report all Grievances to the Emperor”, p. 155.

También premiaba a los servidores públicos eficaces y tenía el mandato de asegurar una estricta disciplina del ejercicio del presupuesto público.

El moderno concepto de servicio civil de carrera, que incluye exámenes profesionales escritos para acceder a puestos en el gobierno, también tiene sus orígenes en el sistema de exámenes de China. Teng Ssu-yu ha demostrado que mientras este tipo de exámenes apenas iniciaron en 1702 en Europa y fueron instalados formalmente en Francia en 1791, en Alemania en 1800 y en Inglaterra en 1870, han existido desde 165 a.C. durante la dinastía Han, cuando el emperador quiso reclutar servidores públicos fuera de la aristocracia hereditaria.<sup>97</sup> Durante los siglos XVII y XVIII hubo numerosas publicaciones en Europa que proponían la implementación de exámenes de este tipo en el “viejo continente”, y el modelo chino fue la base para el desarrollo de los exámenes modernos.<sup>98</sup> Tuvo razón Sun cuando dijo en 1921 que “tenemos una buena razón para creer que el sistema chino de examinación fue el primero y el más elaborado en el mundo”.<sup>99</sup>

A partir de este legado histórico, el padre fundador de la República China, Sun Yat-Sen, proponía la elaboración de una Constitución de cinco poderes, cuando fundó la organización Tung Meng Hui en 1905 como punto de lanza para la revolución anti-monárquica e imperial en China. Sun reinterpreto el sistema occidental de pesos y contrapesos entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y lo complementó con dos funciones gubernamentales chinas tradicionales adicionales de “examen” y de “control”.<sup>100</sup> En palabras de Sun,

---

<sup>97</sup> Ssu-yu, Teng, “China’s Examination System and the West”, en H. H., MacNair (ed.), *China*, Los Ángeles, Berkeley-Los Ángeles University Press, 1951.

<sup>98</sup> Chen, *op. cit.*, p. 153.

<sup>99</sup> Shihlien Hsü, Leonard, *Sun Yat-Sen: his Political and Social Ideals*, cit., p. 112.

<sup>100</sup> Wells, Audrey, *The Political Thought of Sun Yat-Sen: Development and Impact*, Londres, Palgrave, 2001, pp. 81-90.

Es momento de combinar lo mejor que hay en China y en los países extranjeros. Necesitamos resguardarnos de todo tipo de inconveniencias. En adición a los poderes de investigación y de “censura” de China, queremos añadir los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de los países extranjeros. Sólo así, haremos una joya de gobierno con cinco poderes. Este gobierno será el mejor y más completo del mundo.<sup>101</sup>

Sun decidió que el poder de control y fiscalización de los actos gubernamentales sería mejor ejercido por un órgano autónomo, el Yuan Control, que por el Poder Legislativo. Asimismo, consideró que el servicio civil de carrera y el sistema de capacitación y evaluación de los servidores públicos también debería ser manejado por un organismo independiente, el Yuan Examen. De acuerdo con Sun, estas tareas eran demasiado importantes y vulnerables a la manipulación política para mantenerse dentro de uno de los otros tres poderes clásicos de la teoría política occidental. Con el fin de dignificar y fortalecer al Estado, habría que crear organismos plenamente autónomos para cumplir con las funciones de control y profesionalización de los servidores públicos.

El ideólogo chino buscaba simultáneamente eliminar la corrupción y favoritismo que había contaminado la burocracia federal durante la monarquía china y evitar la sobre-politicización de los asuntos públicos típica de los sistemas parlamentarios europeos o de dominación de los partidos políticos, como en los Estados Unidos. Por un lado, declaraba que su “Constitución de Cinco Poderes es la herramienta con la cual podemos destruir la clase política profesional en China. Esto es, en realidad, el método fundamental para consolidar la democracia”.<sup>102</sup> De acuerdo con Sun,

---

<sup>101</sup> Parte VI de la ponencia sobre “Principles of Democracy”, 27 de abril de 1924, citado en Chen, *op. cit.*, p. 156.

<sup>102</sup> Shihlien Hsü, Leonard (ed.), *Sun Yat-Sen, His Political and Social Ideals, cit.*, p. 103.



sin un sistema de exámenes, no teníamos forma de averiguar quiénes eran capacitados y talentosos; este tipo de situación ha resultado en que muchos buenos hombres no han sido contratados por parte del gobierno. Al mismo tiempo, una gran cantidad de personas ignorantes y débiles, ansiosas por convertirse en funcionarios, llegan a ocupar un puesto en los servicios gubernamentales a través de métodos corruptos. En consecuencia, el gobierno se llena de corrupción y las personas no están satisfechas con el mismo.<sup>103</sup>

Por otro lado, argumentaba que:

el actual gobierno de Inglaterra no es en realidad un gobierno basado en la división de poderes sino que es una dictadura parlamentaria. No es un gobierno de tres poderes, sino un gobierno con un solo poder. Es un ejemplo de democracia parlamentaria, o, más específicamente, de un gobierno controlado por la política partidista<sup>104</sup>

Asimismo, fue muy escéptico de la dominación de los partidos políticos en el sistema estadounidense. Tal y como lo relata Chen Yuan-Chyuan, “durante su estancia (de Sun) en Estados Unidos detectó, sin embargo, que la democracia basada en partidos políticos conlleva a una serie de peligros como la demagogia, el tráfico de influencias, la compra y coacción del voto y otras formas de corrupción”.<sup>105</sup> Por lo tanto, el revolucionario propuso el establecimiento de un sistema con una división de poderes más robusta para asegurar un real equilibrio entre las diferentes partes del Estado.

El sistema de cinco poderes fue establecido en China formalmente en 1928. Posteriormente fue incluido en la nueva Constitución de la República de China que entró en vigor el 25 de diciembre de 1946.<sup>106</sup> Sin embargo, al término de la guerra civil de

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>105</sup> Chen, *op. cit.*, p. 145.

<sup>106</sup> Aunque como bien señala Chen Yuan-Chyuan, la Constitución de 1947 no fue fiel a los planteamientos originales de Sun Yat-Sen con respecto a la

China en 1949, se instaló la República Popular China en Pekín dirigida por Mao Tse-Tung y los comunistas, que inmediatamente repudiaron este nuevo texto constitucional. El régimen de la República de China, dominado por el Partido Nacionalista Chino o Kuomintang (KMT), encontró refugio en la isla de Taiwán, única parte del territorio chino que no llegaría a caer bajo el control del nuevo régimen, y donde se ha mantenido la República de China hasta la actualidad. Hoy, la Constitución de Taiwán mantiene estas históricas instituciones responsables de la rendición de cuentas y de la vigilancia gubernamental. El Estado cuenta formalmente con cinco poderes, o “Yuan”,<sup>107</sup> a nivel federal: el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial, el Examen y el Control.

De acuerdo con la Constitución de la República de China (en Taiwán) y sus enmiendas, el Yuan Control “Será el órgano de control más importante del Estado y ejercerá los poderes de aprobación, destitución, censura y auditoría” (artículo 90). Tiene la facultad para destituir, censurar y auditar, así como para imponer medidas correctivas a las dependencias del gobierno. Los miembros del órgano reciben denuncias por parte de los ciudadanos, para inspeccionar el gobierno central o local, conducir investigaciones y supervisar exámenes aplicados por el Yuan Examen. Desde su creación fue un organismo encargado de supervisar actos de corrupción o de infracción a la ley cometidos por los organismos del gobierno o sus representantes. Los titulares del Control Yuan gozan de inmunidad, ya que el artículo 102 de la Constitución señala que “Ningún miembro del Control Yuan podrá, excepto en caso de crimen flagrante, ser arrestado o detenido sin el permiso del Control Yuan”.

En febrero de 1931 fue formado el primer Control Yuan como el más alto órgano supervisor con las facultades de audición y destitución. Sin embargo, en ese momento el organismo se encontraba subordinado al ministro de Auditoría, dependiente

---

naturaleza y organización interna del Estado. Yuan-Chyuan, Chen, *op. cit.*, pp. 164-168.

<sup>107</sup> Equivalente a “rama” en español o *branch* en inglés.

del Poder Ejecutivo, y no fue hasta la promulgación de la primera Constitución definitiva de la República China, el 25 de diciembre de 1946, cuando el Yuan Control fue dotado de autonomía y considerado como uno de los cinco poderes que conformaban a la República de China. Este primer “Control Yuan” con respaldo constitucional fue integrado por miembros elegidos por los consejos locales a lo largo y ancho de China.

Debido al sistema autoritario y a la ley marcial impuesta en Taiwán entre 1949 y 1987, gran parte de la Constitución no se aplicó durante este periodo. Tras el fin de la ley marcial, Taiwán experimentó un rápido proceso de reformas y democratización, eliminando muchos elementos legislativos del régimen autoritario. La vida política moderna de Taiwán comenzó desde 1987, ya que a partir de ese año fue cuando comenzó a regirse bajo el régimen democrático.

La Constitución que regía a Taiwán en 1987 al término de la ley marcial era exactamente la misma que había sido creada el 25 de diciembre de 1946, por lo que la Asamblea Nacional decidió reformar la Constitución mediante enmiendas, algunas de las cuales afectaron la naturaleza del Yuan Control. Originalmente el Yuan Control estaba conformado por aproximadamente cincuenta miembros, los cuales eran elegidos por los consejeros provinciales y municipales, dependiendo del territorio donde se encontraban. En cambio, la segunda enmienda a la Constitución promulgada el 28 de mayo de 1992 estableció que los miembros del Yuan Control serían nominados por el presidente de la República de China con el consentimiento y aprobación de la Asamblea Nacional. También se limitó el periodo de los titulares a seis años, con posibilidad de reelección. En la cuarta enmienda a la Constitución promulgada el 21 de julio de 1997 se le quitó la facultad de destituir al presidente y vicepresidente de Taiwán al Yuan Control, y tal facultad se transfirió al Poder Legislativo, y únicamente puede ser iniciada por alta traición o rebelión. Por último, la séptima enmienda a la Constitución promulgada el 10 de junio de 2005 contempló que el Yuan Control se conforma-

ría de 29 miembros, los cuales serán propuestos por el presidente y aprobados por el Legislativo. Además, se estableció que el Yuan Control podrá iniciar procedimientos de destitución en contra de los funcionarios públicos del gobierno central y local, así como al personal del Yuan Judicial, Yuan Examen y el mismo Yuan Control.<sup>108</sup>

De 1987 a 2003 el Yuan Control gozaba de una importante legitimidad pública. Incluso, en octubre de 1995 el candidato presidencial independiente, Chen Li-an, nombró a Wang Ching-feng, miembro del Yuan Control, como su compañera en la competencia electoral.<sup>109</sup> De acuerdo con el Índice de Percepciones de la Corrupción publicado por la organización Transparency International en su edición 2003, en aquel momento Taiwán se encontraba en la posición 30 de los países menos corruptos.<sup>110</sup>

A partir de 2003 la legitimidad del Yuan Control empezó a decaer, ya que desde ese año el órgano dejó de ejercer su facultad de destitución a funcionarios públicos. En consecuencia, con el paso de los años la corrupción fue empeorando. De acuerdo con el Índice de Percepciones de la Corrupción publicado en su edición 2004, Taiwán bajó cuatro posiciones hasta el número 34. El 2005 fue histórico en la vida política de Taiwán, ya que fue en ese año cuando los legisladores del principal partido de la oposición, el Demócrata Progresista, se opusieron a la lista de miembros del Yuan Control propuesta por el presidente Chen.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> [http://www.president.gov.tw/en/prog/news\\_release/print.php?id=1105496082](http://www.president.gov.tw/en/prog/news_release/print.php?id=1105496082).

<sup>109</sup> <http://www.gio.gov.tw/info/nation/sp/fcr/1997/no.5/frame.htm>.

<sup>110</sup> [www.casaasia.es/pdf/1011041358331100091513537.pdf](http://www.casaasia.es/pdf/1011041358331100091513537.pdf).

<sup>111</sup> El mejor resumen del contexto político en aquel momento lo proporciona el mismo Tribunal Constitucional de Taiwán en su resumen de hechos para el juicio constitucional que presentaron un grupo de legisladores en contra de la inacción del Poder Legislativo: “La reelección del Presidente Chen Shui-Bien para la Fiscalía del Estado el 20 de marzo del 2004, por un nuevo mandato de cuatro años, fue muy controvertida debido a un evento dramático que ocurrió 24 horas antes de que el día de las votaciones comenzara. Ambos, el señor Chen y su compañero de planilla, el entonces Vicepresidente Annete S. Lu, recibieron un disparo mientras viajaban juntos en un jeep abierto durante su gira de cam-

El propósito era desequilibrar el sistema de gobierno de los cinco poderes, por lo que en ese año los legisladores tam-

---

paña. Los defensores (la mayoría partidarios del “Pan Green”) creen que se trató de un intento de asesinato flagrante, mientras que los opositores (la mayoría partidarios del “Pan Blue”) denominaron al accidente como cuestionable y creen que fue orquestado para alterar el resultado electoral. El resultado final dio la victoria con un margen estrecho al candidato Chen-Lu (50.11% sobre 49.89%, o 29, 518 votos sobre un total de 12, 914, 422 votos válidos) y su legitimidad fue rápidamente puesta en cuestionamiento. La coalición “Pan Blue” aún conservaba la mayoría en el Yuan Legislativo, el escenario estaba listo para una batalla por el poder entre estos dos campos políticos por los próximos cuatro años.

En este contexto, cuando el Presidente Chen presentó su lista de candidatos para el Yuan de Control sólo seis meses después de su segunda toma de posesión, fue lo mismo que echar más leña al fuego. Ejerciendo sus habilidades de maniobrar parlamentariamente, la coalición liderada por el KMT “Pan Blue” en el Yuan Legislativo logró retirar la lista de candidatos de la mesa y se votó por su aplazamiento indefinido en varias reuniones de la Comisión de Reglamento. Ofrecieron al menos cuatro motivos por sus objeciones a la candidatura:

1) El Comité de Revisión y Recomendación creado por el presidente Chen fue conformado por personajes cuestionables, algunos de los cuales tenían una fuerte inclinación partidista. La lista de nominaciones se consideró altamente sesgada y, por tanto, no reflejaba la sociedad.

2) Por si fuera poco, dos miembros polémicos de ese Comité fueron incluidos en la lista final de nominados, con el respaldo del presidente, para servir como Presidente y Vicepresidente de la Comisión respectivamente. Asimismo, Cheng Bong Chang, quien era el candidato para el puesto de Presidente de la Comisión, había sido miembro del KMT y había estado implicado en investigaciones penales mientras se desempeñaba como Ministro de Transporte, además de tener otros antecedentes políticos. Por esto, se le consideró no apto para el puesto y su nombramiento no satisfacía a la Coalición “Pan Blue”; incluso, algunos consideraron este nombramiento como una traición a su partido político y un insulto a la honorabilidad requerida para el puesto.

3) Otro candidato controversial fue la Presidenta de la Compañía de Ferrocarriles de Alta Velocidad (THSRC por sus siglas en inglés) y de otras empresas de alto perfil de la construcción, Nita C. Ing (殷琪), quien era percibida como una persona estrechamente involucrada en las campañas políticas y financieras de Chen así como de cabildear el rescate financiero de THSRC con el conocimiento de los costos graves en incidentes por pagos moratorios e investigaciones criminales. Su nombramiento fue visto como un abierto conflicto de interés debido a que esto le iba a permitir obtener un poder de enjuiciamiento político sobre los funcionarios públicos que supervisarían las operaciones de sus empresas.

bién intentaron abolir tanto al Yuan Control como al Yuan Examen.

El Yuan Examen se opuso ante la Corte y siguió en sus funciones, mientras que el Yuan Control se encontraba inactivo, ya que en febrero de 2005 debían tomar posesión los nuevos miembros del Yuan Control, pero no fue posible debido a la oposición del Partido Demócrata Progresista en la legislatura.<sup>112</sup>

El Yuan Control estuvo sin funcionar por casi cuatro años. Mientras tanto, las peticiones, los asuntos y los casos se fueron acumulando. Para mediados de 2008 el Yuan Control contaba con más de 10,000 asuntos rezagados sin resolver o tramitar. No fue hasta agosto de 2008 cuando nuevamente el Yuan Control reanudó sus labores e inició la difícil tarea de recuperación de la legitimidad.

El 16 de noviembre de 2008, el Yuan Control ordenó la detención del expresidente Chen Shui, en virtud de que se le acusaba de lavado de dinero y actos de corrupción durante su gobier-

---

4) Otros candidatos no poseían perfiles relevantes más allá de ser los protegidos del Presidente y del Vicepresidente, además, se les percibió con una postura sumamente politizada y partidista incapaz de brindar un juicio imparcial y objetivo.

Como resultado de este punto muerto en el Yuang Legislativo, todos los miembros de la coalición “Pan Green” presentaron conjuntamente una petición al Yuang Judicial en la cual impugnaban la constitucionalidad de las acciones de la coalición “Pan Blue”. A pesar de la resolución de esta interpretación, todos los más altos puestos de toma de decisiones en el Yuan de Control permanecieron vacantes durante el segundo mandato de Chen. Mientras tanto, supuestamente más de 22, 000 peticiones quedaron pendientes. El 22 de marzo de 2008, el Dr. Yin-Jeou Ma fue elegido con el 58% para suceder a Chen como el 12º Presidente de la Republica de China. Él, junto con la coalición “Pan Blue”, controlaría casi el 75% del Séptimo Yuan Legislativo. Por lo tanto, se cree que finalmente el Yuan de Control puede reanudar todas sus funciones y que el proceso electoral, en esta ocasión, se cumpla con menos resistencia. (Criterio Judicial, Yuan Judicial, No.632, 08/15/2007, Disponible en: [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03\\_01\\_printpage.asp?xpno=632](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03_01_printpage.asp?xpno=632)).

<sup>112</sup> <http://nccuir.lib.nccu.edu.tw/simple-search?query=%28%28title%3Acontrol+yuan%29%29&subclassType=&itemsPerPage=25>.

no. Chen Shui se convirtió en el primer expresidente detenido por órdenes del Yuan Control.<sup>113</sup> El 16 de julio de 2009 el Yuan Control votó por que se investigara al exministro de Transporte, Lin, quien durante su encargo realizó transacciones altas de dinero, por lo que estimaron los miembros del Yuan Control que hubo anomalías durante su periodo de ministro de Transporte.<sup>114</sup> El 17 de julio de 2009 el Yuan Control ordenó la investigación en un proyecto de construcción de una vía de transporte, coordinado por el presidente de Taiwán, debido a ciertas anomalías que surgieron con motivo de la construcción de la vía.<sup>115</sup> El 22 de julio de 2009, el Yuan Control destituyó a Kuo, representante de la oficina de información del gobierno de Taiwán en Toronto, Canadá, por haber dañado la reputación del gobierno de la República de China.<sup>116</sup> Por lo tanto, el actual Yuan Control parece haber recuperado su funcionamiento y eficacia. Véase la siguiente tabla para un resumen de algunos de los indicadores de gestión más importantes en años recientes:

CONTROL YUAN: TABULATION OF EXERCISE OF CONTROL  
POWERS FROM FEBRUARY 1993 TO DECEMBER 2008

<i>Year</i>	<i>Petitions received</i>	<i>Cases investigated</i>	<i>Corrective measures proposed</i>	<i>Impeachment cases initiated</i>	<i>Censure cases initiated</i>	<i>Efficiency</i>
1993 Feb-dic	12,335	569	41	8	-	5%
1994	12,944	499	55	22	-	4.4%
1995	14,823	622	111	40	-	5.2%

<sup>113</sup> <http://www.gio.gov.tw/info/noticia97/2008/31/p1.htm#4>.

<sup>114</sup> [http://www.taiwannews.com.tw/etn/news\\_content.php?id=1004395&lang=eng\\_news&cate\\_img=83.jpg&cate\\_rss=news\\_Politics\\_TAIWAN](http://www.taiwannews.com.tw/etn/news_content.php?id=1004395&lang=eng_news&cate_img=83.jpg&cate_rss=news_Politics_TAIWAN).

<sup>115</sup> [http://www.etaiwannews.com/etn/news\\_content.php?id=1005498&lang=eng\\_news](http://www.etaiwannews.com/etn/news_content.php?id=1005498&lang=eng_news).

<sup>116</sup> [http://www.etaiwannews.com/etn/news\\_content.php?id=1009671&lang=eng\\_news&cate\\_img=logo\\_taiwan&cate\\_rss=TAIWAN\\_eng](http://www.etaiwannews.com/etn/news_content.php?id=1009671&lang=eng_news&cate_img=logo_taiwan&cate_rss=TAIWAN_eng).

<i>Year</i>	<i>Petitions received</i>	<i>Cases investigated</i>	<i>Corrective measures proposed</i>	<i>Impeachment cases initiated</i>	<i>Censure cases initiated</i>	<i>Efficiency</i>
1996	15,235	449	93	28	1	3.7%
1997	17,912	561	143	32	1	4.11%
1998	17,744	611	213	54	1	4.9%
1999	17,073	758	185	14	2	5.6%
2000	15,877	674	195	31	3	5.6%
2001	16,670	514	154	15	1	4.1%
2002	17,697	558	157	15	-	4.1% 59.8%
2003	17,734	585	154	24	3	4.3% 67.7%
2004	15,570	464	165	18	1	4.1%
2005	8,560	7	36	3	-	0.5%
2006	5,785	-	-	-	-	0%
2007	5,412	-	-	-	-	0%
2008	15,865	291	50	16	-	2.2%

Ahora bien, el innovador diseño institucional de Taiwán a veces complica las relaciones de este país con otras naciones. Por ejemplo, inicialmente no quedaba claro cuál institución del Estado debería establecer relaciones formales con los “Congresos” de otros países. Esto es porque la Constitución cuenta con tres cuerpos formalmente electos por la población: la Asamblea Nacional, el Yuan Legislativo y el Yuan Control. En su momento, el Yuan Judicial decidió que los tres órganos tendrían que mantener relaciones con los “congresos” extranjeros. Sin embargo, desde la eliminación de la elección directa de los integrantes del Yuan Control, este órgano ya no participa en estas reuniones.<sup>117</sup>

El Yuan Examen es uno de los cinco poderes que constituyen el gobierno federal de Taiwán. De acuerdo con el artículo 83 de

<sup>117</sup> Criterio Judicial, Control Yuan, núm. 325, 23 de julio de 1993, [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03\\_01\\_printpage.asp?expno=325](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03_01_printpage.asp?expno=325).



la Constitución, es “el mayor órgano de inspección del Estado. Será responsable de los asuntos relacionados con la examinación, el empleo, la evaluación de funcionarios, la evaluación de los servicios, la escala salarial, la promoción y transferencia, la seguridad en el empleo, la recomendación, la pensión para familias por motivo de defunción, la jubilación y la pensión por vejez”. En suma, tiene la responsabilidad de examinar, contratar, ascender, premiar, despedir y pagar las pensiones para todos los funcionarios de la administración pública. Está integrado por un presidente, un vicepresidente y diecinueve miembros, los cuales son nombrados por el presidente de la República de China, con la aprobación del Yuan Legislativo, para un mandato de seis años.

El Yuan Examen fue creado originalmente en 1925. Posteriormente, a partir de 1948, durante el “Periodo de Movilización Nacional para la Supresión de la Rebelión Comunista”, bajo Chiang Kai-Shek, se creó una oficina especializada en recursos humanos (Central Personnel Administration, CPA) dentro del Yuan Ejecutivo con el fin de limitar y mermar las facultades del Yuan Examen. El CPA se encarga de asuntos de recursos humanos dentro del Yuan Ejecutivo, y frecuentemente entra en conflicto y redundancias con el Ministry of Personnel del Yuan Control.

Recientemente se matizó este conflicto institucional a partir de una enmienda constitucional que limita el papel del Yuan Examen exclusivamente a la evaluación de aspirantes y el acompañamiento de los servidores públicos en activo. La contratación administrativa de personal se mantiene como una función exclusiva del CPA.<sup>118</sup>

Cada año aproximadamente 100,000 personas toman las exámenes nacionales.<sup>119</sup> De éstas, menos del 3% las aprueban. En Taiwán, es muy difícil que alguien pueda entrar a ser funcionario público por medio de contactos personales o fami-

---

<sup>118</sup> Kao, Yuang-kuang, *Imbalance of Five-powered Government*, <http://nccuir.lib.nccu.edu.tw/simple-search?query=%28%28title%3Acontrol+yuan%29%29&subclassType=&itemsPerPage=25>.

<sup>119</sup> <http://taiwanhoy.nat.gov.tw/jfp.asp?xItem=43279&ctNode=1655>.

liares. Sin embargo, de acuerdo con Hwang Yea-baang, actual titular del Yuan de Exámenes, uno de los problemas con el sistema es que “carece de flexibilidad y de espíritu de innovación”.<sup>120</sup>

El artículo 88 de la Constitución plasma más claramente la autonomía de este poder:

Los miembros del Yuan de Examinación deberán ser imparciales y ejercerán sus funciones con independencia, de conformidad con la ley... La función de examinación, ejercida solamente por el Yuan de Examinación a nivel del gobierno central, está separada del poder ejecutivo y libre de influencia partidista.

Este artículo también detalla más específicamente las funciones de la institución: “El sistema de inspección es aplicable a todos los funcionarios chinos, de alto o bajo rango, designados o elegidos; también es aplicable a los técnicos y profesionales, tanto chinos como extranjeros”. Aquí llama la atención la amplia competencia de la institución al incluir personas que ocupan cargos de elección popular, así como cualquier persona que ostenta una profesión o un conocimiento técnico especializado. La institución es responsable no solamente de garantizar la profesionalización del aparato gubernamental, sino también de la certificación de los profesionales en la sociedad.

Por ejemplo, el artículo 2º de la Ley de Inspección de Técnicos y Profesionales afirma:

Profesionales y Técnicos, aquí se refiere a aquellas personas que pueden practicar una determinada profesión solamente después de acreditar las pruebas. Los certificados se otorgan de conformidad con las leyes y reglamentos. La clasificación de las pruebas debe ser determinada por el Yuan de Examinación.

Por ejemplo, en un caso reciente, el Tribunal Constitucional decidió que esto incluye también todos los contadores públicos y privados del país..

---

<sup>120</sup> *Idem.*

En un caso reciente, el Tribunal Constitucional decidió que esto incluye también todos los contadores públicos y privados del país.<sup>121</sup>

El artículo 7, apartados 1 y 2 de la Enmienda de la Constitución de la República de China (de aquí en adelante Enmiendas Constitucionales) establece que “habrá un Yuan de Control que será la más alta autoridad para la ejecución de los juicios políticos, la censura y las auditorías” y que “El Yuan de Control estará compuesto por 29 comisionados de los cuales uno será designado como Presidente y otro como Vicepresidente de la Comisión por un periodo de seis años con el consentimiento del Yuan Legislativo. Como tal, el Yuan de Control “es un órgano público nacional, integral e indispensable para el funcionamiento del sistema constitucional con su poder específico otorgado por la Constitución... El propósito de la Constitución en la creación de varios organos nacionales tiene la finalidad de ratificar sus respectivas y necesarias funciones dentro del gobierno constitucional, el cual no puede verse interrumpido ni por un solo día debido al cambio de personal.” (Criterio Judicial, Judicial Yuan, No. 632, 2007/8/15).<sup>122</sup>

## 2. Ecuador

En 1921, frente a las dificultades para convencer a sus colegas políticos para incluir el “Five-Power Constitution” en la nueva Constitución de China, Sun Yat-Sen proclamaba “A pesar de que nadie lo comprende ahora, estoy de todas formas convencido que con el paso del tiempo, aunque pasen décadas, cientos o hasta miles de años, esta Constitución será adoptada.<sup>123</sup> Resulta que no ha sido en China, sino en América Latina, donde mejor se ha cumplido con este sueño histórico de Sun. Esta zona re-

---

<sup>121</sup> Criterio Judicial, Judicial Yuan, núm. 655, 20 de febrero de 2009, [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03\\_01\\_printpage.asp?expno=655](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03_01_printpage.asp?expno=655).

<sup>122</sup> [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03\\_01\\_printpage.asp?expno=632](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03_01_printpage.asp?expno=632).

<sup>123</sup> Citado en Chen, *op. cit.*, p. 169.

cientemente se ha convertido en una región ejemplar respecto al rediseño institucional para la rendición de cuentas a través de la creación y reingeniería de organismos autónomos y nuevos poderes del Estado.

Un ejemplo particularmente llamativo es el caso de Ecuador, por representar un esfuerzo sumamente ambicioso para dotar de autonomía e independencia a los organismos de rendición de cuentas y control del poder. La nueva Constitución de Ecuador, promulgada en 2008,<sup>124</sup> crea un cuarto poder estatal responsable exclusivamente de la rendición de cuentas y la vigilancia ciudadana.<sup>125</sup> El título IV, capítulo quinto, de la carta magna establece una “función de transparencia y control social”, que formalmente cuenta con el mismo “estatus” que las “funciones” ejecutiva, legislativa y “judicial”.<sup>126</sup> La Constitución también incluye un quinto poder, la “Función Electoral” (título IV, capítulo sexto), que se encarga de los procesos tanto de elección popular como de participación ciudadana. Así que formalmente hablando, la Constitución de Ecuador, como la de Taiwán, también cuenta con cinco poderes.

El artículo 204 de la Constitución de Ecuador indica que la función de Transparencia y Control Social

...promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

---

<sup>124</sup> Constitución del Ecuador, [http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf).

<sup>125</sup> Sotomayor, Juana, “Comisión de Control Cívico de la Corrupción de Ecuador”, en Zalaquett D., José y Muñoz W., Alex (eds.), *Transparencia y probidad pública*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos, 2008, p. 32.

<sup>126</sup> De acuerdo con la nueva Constitución, el Poder Judicial más bien se llama “Función Judicial y de Justicia Indígena”.

Llama la atención la amplitud de este mandato constitucional. Este nuevo poder del Estado se convierte en defensor de lo “público” de manera general, incluyendo para aquellos servicios y actividades desarrolladas por el sector privado que sean de “interés público”. Se erige como garante de la “responsabilidad”, “transparencia” y “equidad” de todos los servicios públicos, y debe fomentar la participación ciudadana, proteger los derechos ciudadanos y combatir la corrupción. En suma, este nuevo poder nace para atender los tres males que aquejan a los sistemas democráticos modernos que identificamos en el primer capítulo, a saber: la asimetría de información entre los ciudadanos y el gobierno, la burocratización de los procesos de fiscalización y la subordinación política de las entidades a cargo de la vigilancia gubernamental.

La función de Transparencia y Control Social cumple plenamente con los cuatro criterios que García-Pelayo exige de los órganos constitucionales autónomos: rango constitucional, participación en la dirección política del Estado, presencia constitutiva, y relaciones de coordinación con otros poderes.<sup>127</sup> En suma, la Constitución de Ecuador establece un nuevo poder ciudadano plenamente independiente de los poderes tradicionales del Estado, cuya responsabilidad principal es fiscalizar y controlar la gestión pública gubernamental.

Esta rama del Estado ecuatoriano está conformada por cuatro organismos específicos: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las “superintendencias”. Estas últimas se pueden establecer para vigilar cualquier entidad pública e incluso privada con el fin de asegurar que sus “actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general”. Todas estas entidades cuentan con “personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa”, de acuerdo con el artículo 204 de la Constitución.

---

<sup>127</sup> García-Pelayo, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. I, núm. 1, 1981.

Los titulares de estos cuatro organismos conforman una “instancia de coordinación”, que es responsable de coordinar sus esfuerzos, así como elaborar un plan nacional único de combate a la corrupción, informar de manera conjunta al Poder Legislativo, así como presentar propuestas de reformas legales. Esta instancia no constituye una autoridad independiente o superior que pueda realizar funciones propias o emitir órdenes a los otros organismos. Es únicamente una vía formal para asegurar mayor eficacia, presencia y eficiencia en el desempeño de cada uno de las instituciones.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) merece una mención especial, ya que es un organismo único en la materia. Tiene la responsabilidad de implementar mecanismos de participación ciudadana en todas las áreas del gobierno, investigar y litigar casos de corrupción, proteger denunciantes, así como coordinar el proceso de selección, y, finalmente, designar los titulares de una gran cantidad de organismos especializados del Estado ecuatoriano, incluyendo la Procuraduría General del Estado, todas las superintendencias, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública, la Fiscalía General del Estado, la Contraloría del Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Tribunal Contencioso Electoral y el Consejo de la Judicatura. El artículo 208 de la Constitución enlista todas las responsabilidades del CPCCS:

Artículo 208. Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los previstos en la ley:

1. Promover la participación ciudadana, estimular procesos de deliberación pública y propiciar la formación en ciudadanía, valores, transparencia y lucha contra la corrupción.

2. Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social.

3. Instar a las demás entidades de la Función para que actúen de forma obligatoria sobre los asuntos que ameriten intervención a criterio del Consejo.

4. Investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten a la participación ciudadana o generen corrupción.

5. Emitir informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad, formular las recomendaciones necesarias e impulsar las acciones legales que correspondan.

6. Actuar como parte procesal en las causas que se instauren como consecuencia de sus investigaciones. Cuando en sentencia se determine que en la comisión del delito existió apropiación indebida de recursos, la autoridad competente procederá al decomiso de los bienes del patrimonio personal del sentenciado.

7. Coadyuvar a la protección de las personas que denuncien actos de corrupción.

8. Solicitar a cualquier entidad o funcionario de las instituciones del Estado la información que considere necesaria para sus investigaciones o procesos. Las personas e instituciones colaboren con el Consejo y quienes se nieguen a hacerlo serán sancionados de acuerdo con la ley.

9. Organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales.

10. Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente.

11. Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.

12. Designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.

Los siete integrantes del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social son elegidos de entre las personas postuladas por la sociedad por medio de un “concurso público de oposición y mérito”, que incluye “veeduría y derecho a impugnación ciudadana” y está organizada por el Consejo Nacional Electoral. Para

la selección por el Consejo de los titulares de los otros órganos, el Consejo conforma comisiones *ad hoc* integradas en partes iguales por funcionarios públicos y ciudadanos independientes (estos últimos elegidos por sorteo de entre los candidatos que cumplan con los requisitos de ley) para evaluar y examinar las candidaturas. Todos los procesos de selección están “sometidos a escrutinio público e impugnación ciudadana”.

La Constitución de 2008 es la culminación de un proceso de transformación constitucional que inicia con la crisis política de 1997-1998, cuando el recién electo presidente Abdala Bucaram fue destituido por el Congreso Nacional apenas cinco meses después de tomar posesión.<sup>128</sup> La breve gestión de Bucaram fue marcada por una serie de escándalos de corrupción de alto nivel, y finalmente su destitución se justificó en la supuesta “incapacidad mental” del presidente recién electo. En esta coyuntura, y ante el desprestigio generalizado que vivía la clase política del país, el presidente interino Fabián Alarcón se vio ante la necesidad de convocar a un Congreso Constituyente en 1998 para elaborar una nueva carta magna para el país.

La nueva Constitución de 1998<sup>129</sup> destacó por una diversidad de razones, incluyendo el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la incorporación formal del derecho internacional en la norma nacional. Pero una de las reformas más importantes, sobre todo tomando en cuenta el desprestigio de la función pública que se vivía en el país, fue el fortalecimiento de los mecanismos de control gubernamental.<sup>130</sup> Específica-

---

<sup>128</sup> Véanse los capítulos de Pérez Loose, Hernán, “Ecuador y su metamorfosis constituyente” y Salgado Pesantes, Hernán, “El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina: tendencias y perspectivas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

<sup>129</sup> Véase <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html#mozTocId495548>.

<sup>130</sup> Aun antes de la Constitución de 1998, Alarcón ya había declarado la creación (decreto presidencial 107-A) de una nueva “Comisión Anticorrupción” desde el momento en que llegó a ocupar la presidencia en marzo de 1997.



mente, se creó un nuevo título X de la Constitución para abarcar todos los “organismos de control” del Estado ecuatoriano. Dentro de este título se incluyeron las siguientes instituciones públicas: la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (CCCC) y las superintendencias.

La CCCC es el antecedente del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) en cuanto se creó con el fin de fomentar la participación ciudadana en la vigilancia y la rendición de cuentas del gobierno. Sin embargo, no contaba con las mismas facultades ni autonomía que el CPCCS. Por ejemplo, la CCCC no tenía poder o autoridad sobre los nombramientos de funcionarios de alto nivel del Estado ecuatoriano, como sí lo tiene la CPCCS. La CCCC tampoco contaba con plena autonomía financiera, ya que su presupuesto era determinado por el Ministerio de Finanzas del Poder Ejecutivo. La CPCCS también incorpora la figura de las “veedurías ciudadanas” que no existían en la institución antigua.

Asimismo, si bien la CPCCS todavía no cuenta con facultad de sanción directa, a partir de la Constitución de 2008 sí se amplió su participación en los juicios administrativos y penales que se deriven de su labor. Cuando antes la ley señalaba que la Comisión de 1998 únicamente podía “solicitar a las autoridades administrativas correspondientes, en mérito a las investigaciones, las correspondientes sanciones”, a partir de 2008 el Consejo puede “actuar como parte procesal en las causas que se instauran como consecuencia de sus investigaciones”. Su competencia ya no se limita únicamente a los juicios administrativos, y el Consejo puede interceder directamente como “parte procesal” cuando antes solamente podía realizar la “solicitud” correspondiente.

Finalmente, la forma de nombramiento de los integrantes de la anterior “Comisión” y del actual “Consejo” también se modificó. Antes, el proceso era mucho más burocrático y clientelar, ya que los únicos que podían presentar candidatos eran los “colegios designadores” conformados por sectores de la sociedad,

como las universidades y los colegios profesionales. Estos mismos colegios también designaban a los integrantes de la Comisión que seleccionaría a los integrantes de la Comisión.

Hoy, en contraste, el proceso es mucho más abierto, ya que las postulaciones las pueden realizar de manera libre cualquier organización “social” o “ciudadana”, e incluso “ciudadanos a título personal”. Para el actual Consejo también es obligatorio que los postulantes realicen una “prueba de aptitudes” elaborada por investigadores universitarios. La selección de los integrantes del Consejo es realizada por una comisión mixta entre funcionarios públicos y ciudadanos independientes que son seleccionados por medio de una lotería entre los candidatos que cumplen con los requisitos de ley.

En su conjunto, los cinco “organismos de control” de la antigua Constitución de 1998 de ninguna manera constituían un nuevo poder o “función” del Estado ecuatoriano. Cada uno contaba con un nivel de autonomía distinto de los tres poderes formales y cumplía con una función específica. Sin embargo, la Constitución de 1998 todavía no establecía un mandato constitucional unificador para todas las instituciones en su conjunto ni un mecanismo de coordinación entre ellas. Estos organismos eran más bien organismos “satélite” de “relevancia constitucional” que no contaban con el “estatus” de ser ramas formales del Estado.

Es demasiado temprano para evaluar el funcionamiento de la Constitución de 2008. No obstante, los diez años de trabajo de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (CCCC) sí nos pueden ofrecer algunas lecciones sobre el funcionamiento de un órgano estatal especializado de participación ciudadana responsable de combatir la corrupción. Entre 1998 y 2008 la CCCC tuvo cuatro diferentes integraciones, lo cual nos permite dividir su historia en cuatro fases o periodos.

La primera Comisión estuvo integrada por Miryam Garcés, Marcelo Merlo J., Ramiro Larrea S., Roberto Aspiazú E., Medardo Mora, Enrique Galarza A., Ec. Pedro Votruba S. (director

ejecutivo), Xavier Zavala E. y Simón Espinosa C.<sup>131</sup> Esta Comisión llevó los casos del expresidente Abdalá Bucaram, relativos a los malos manejos que de hecho propiciaron la creación de la Comisión; los desvíos de fondos de los municipios y algunos conflictos por malos manejos en el Congreso.<sup>132</sup> En total 700 denuncias, de las cuales se archivaron 652; 73 fueron al Poder Judicial, 56 al Ministerio Público, 420 fueron solicitudes hechas y 103 se enviaron a la Contraloría General.

La segunda Comisión trabajó de septiembre de 1998 y terminó el 23 de febrero de 2000. Estaba integrada por Cornelio Marchán Carrasco, Pedro Votruba Schweida (director ejecutivo), Nicolás Espinosa Maldonado (presidente), Patricio Johnson López, Luisa Molina de Fabre, Diego Araujo Sánchez, Jorge Vivanco Mendieta y Claudio Malo González C.<sup>133</sup> Enfrentó casos como el fraude del banco Filabanco, y malos manejos de las petroleras. Llevó 512 denuncias; 79 de ellas fueron enviadas a diversos miembros del Poder Judicial, como la Contraloría y el Ministerio Público; 38 no tuvieron consecuencia; 85 fueron directamente archivadas; 61 quedaron en espera de respuesta; 39 quedaron en calificación, evaluación e investigación; 28 en calificación y evaluación; 3 calificadas, evaluadas y con informes de investigación; 17 calificadas con informes de análisis y evaluación; 25 en análisis y evaluación y, finalmente, 137 en calificación.

La tercera Comisión funcionó del 23 de febrero de 2000 al 23 de febrero de 2004. Estuvo integrada por Manuel García-Jaén, comisionado; Reinaldo Valarezo García, comisionado; Alejandra Cantos Molina, vicepresidenta; Ramiro Larrea Santos, presidente; Ramiro Borja y Borja, comisionado; Pedro Votruba Schweida, director ejecutivo; Jorge Rodríguez Torres, comisionado; Hermuy Calle Verzozzi, comisionado. Llevó casos como la continuación del Filabanco, iniciado por la segunda Comisión del Banco Progreso entre otros. Conoció 601 denuncias, de las

<sup>131</sup> Véase <http://www.unl.edu.ec/anticorrupcion/comision/comision.html>.

<sup>132</sup> Véase <http://www.unl.edu.ec/anticorrupcion/comision/comision.html>.

<sup>133</sup> Véase [http://www.unl.edu.ec/anticorrupcion/comision/comision\\_2.html](http://www.unl.edu.ec/anticorrupcion/comision/comision_2.html).

cuales se admitieron 270, y se no se admitieron 331; de las no admitidas, 203 fueron desechadas por falta de competencia, 115 por idoneidad y 13 por falta de oportunidad de investigación. Del total de denuncias no admitidas se derivaron 95. La Comisión resolvió 99 casos, de los que 82 tuvieron una investigación completa y 17 de ellos parcial.<sup>134</sup>

Si bien desde el momento de su creación hasta su reciente modificación con la instauración del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social la Comisión ha sido blanco de diversas críticas. A partir del nombramiento de lo que sería la cuarta Comisión, que no se lograra sino hasta el 12 de noviembre de 2004, siendo que su antecesora, la tercera Comisión, terminara funciones el 23 de febrero del mismo año; hasta la caída de su caso más importante, la imagen de la Comisión se fue deteriorando.

La cuarta Comisión inició su periodo el 11 de noviembre de 2004, y estuvo integrada por Hermuy Calle, comisionado; Ramiro Larrea Santos, presidente; Piedad Galvez C. de Varea, comisionada; Ramiro Borja y Borja, comisionado; Manuel García-Jaén, vicepresidente; Carlos Ortiz, comisionado. Entre los casos más importantes de que conoció estuvieron los malos manejos dentro del Congreso por parte de algunos diputados, el mal manejo de las visas por parte de los encargados del fútbol ecuatoriano y el supuesto peculado en los petróleos, entre otros. Desafortunadamente, no se tiene aún un informe de la cuarta Comisión, pero he de resaltar que esto se debe a las constantes críticas, principalmente por considerarlo exageradamente politizada, que culminaron con su fusión con el Consejo.

Si bien la Comisión fue capaz de llevar hasta 700 casos por Comisión, su nivel de eficiencia se vio nublado con el alto índice de denuncias que eran enviadas a archivo, sumado a esto su bajo nivel de actuación de oficio, a pesar de que su propia ley lo facultaba, y finalmente al no tener capacidad alguna de sanción muchos de los indicios entregados tanto al Ministerio Público

---

<sup>134</sup> Véase [http://www.unl.edu.ec/anticorrupcion/comision/comision\\_3.html](http://www.unl.edu.ec/anticorrupcion/comision/comision_3.html).

como a otros organismos no quedaron más que en eso, en simples indicios. Desde 2000 hasta 2008 recibieron 5,400 denuncias, de las cuales se emitieron 1,034 informes con indicios de responsabilidades civiles, administrativas y penales. En el área penal sólo terminaron en sentencia diez procesos, de 270 informes que la Comisión remitió al Ministerio Público, por encontrar en ellos indicios de infracción penal, y solamente en cinco, el sistema judicial dio razón a la investigación realizada por la Comisión, como señala Claudio Mena Villamar, periodista del diario Hoy, de Ecuador.<sup>135</sup>

Como muestran los datos anteriores, la falta de poder de sanción de la Comisión termina por ser un obstáculo dentro de su funcionamiento, ya que si bien hace toda una investigación dentro del ámbito penal, también señala posibles delitos, como peculado y fraude, no tiene la capacidad de acción penal, y mucho menos de sanción, por lo que todo su trabajo se ve pendiente de la voluntad de los órganos jurisdiccionales, y además, con esto su eficiencia se ve una vez más disminuida o sublevada a la voluntad de otros.

Hemos de resaltar, por otro lado, que fue el único órgano de toda Latinoamérica en hacer crítica a la estadística de los países más corruptos emitida el pasado 2008, donde hiciera una severa afirmación “los resultados de ese estudio son producto de encuestas internacionales aplicadas a «sujetos que desconocen la realidad de los países analizados»”, además de asegurar que “el estudio se lo realiza a través de indicadores de percepción a personas que pasan a ser copartícipes de este fenómeno social, pues se someten o indirectamente lo promueven”.<sup>136</sup> Desafortunadamente, las afirmaciones no fueron secundadas por ningún otro órgano del gobierno en turno, quien sólo guardó silencio. Si bien la Comisión fue capaz de llevar casos de suma importancia contra las telefónicas en Ecuador, contra funcionarios del Estado y lograr

---

<sup>135</sup> Véase <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/contra-la-corrupcion-313842.html>.

<sup>136</sup> Para más referencias véase <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-entre-los-mas-corruptos-307414.html>.

incluso la destitución de varios de ellos, también llevó casos como el del expresidente Abdala Bucaram y el fraude financiero más importante del Banco Filabanco, los cuales mantuvieron como estandarte del poder de la Comisión.

El caso del fraude financiero del Banco Filabanco<sup>137</sup> y todos sus implicados se convirtió en la base de investigación de la Comisión, ya que este caso fue iniciado desde la segunda Comisión gracias al trabajo de la primera, y ha llegado hasta fechas actuales; aunque actualmente parece que el caso está más factible a perderse y dejar libres a todos los implicados, lo cual termina por dar un gran golpe a la Comisión, acabando así su trabajo más importante.

Otro aspecto que vale la pena mencionar son los constantes ataques que recibía la Comisión por supuestos tratos con personajes de la política. Recientemente afirmaron los medios que la Comisión era una solapadora del actual presidente Correa; desde la segunda y tercera Comisión fueron constantes las referencias de problemas de corrupción dentro de la misma Comisión, y finalmente se llegó a la especulación de diversos casos, donde se señalaba la influencia de los partidos políticos y más del expresidente Abdalá Bucaram por quien surgiera la Comisión. Debido a esto, se comenzaron a dar diversas manifestaciones en los distintos órganos de gobierno sobre la necesidad de libertad de actuación y política que debieran tener los órganos de control dentro de Estado ecuatoriano,<sup>138</sup> por lo que a partir de agosto de 2007 comenzó la elaboración del borrador de lo que sería su nueva Constitución, que finalmente creara el Consejo y traspasara así en su artículo tercero transitorio a los miembros de la Comisión al Consejo.

Como ha sucedido en diversos países del mundo donde se realizan esfuerzos por llevar cabo una lucha frente a la corrupción, no basta con crear organismos en contra de la corrupción,

---

<sup>137</sup> Para más información véanse informes de la primera Comisión.

<sup>138</sup> Para más referencias consúltese <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/la-despolitizacion-de-organos-de-control-es-la-principal-propuesta-273751-273751.html>.

como es el caso de esta Comisión, sino que se tiene que buscar una limpieza general en aquellos órganos a los que más aqueja este mal. En este caso una fuerte traba y un punto de conflicto de la CCCC, es el que se da con los diversos organismos y servidores de la función judicial y el Ministerio Público (desaparecido en la nueva Constitución por la aparición de la fiscalía general del estado). De los casos en que se establecieron indicios de responsabilidades, y que se enviaron a las instituciones penales hasta 2006, apenas el 10% ha sido resuelto positivamente, lo que contribuye a la impunidad. Hasta 2006 se remitieron al Ministerio Público 890 informes de investigación.

El caso Mariana Yépez es el ejemplo de un caso emblemático, que muestra cómo otros órganos al interior del Estado ecuatoriano tratan de trabar o impedir la función que ejerció esta comisión de control cívico de la corrupción, mermando la capacidad de actuación y resultados de dicho órgano.

El caso inició el 27 de abril de 2000, cuando esta Comisión solicitó a la fiscal Mariana Yépez la formulación de una excitativa fiscal para que la Corte Suprema iniciara un proceso penal contra el expresidente ecuatoriano Jamil Mahuad y algunos secretarios de su gobierno, así como el doctor Jorge Egas, ex superintendente de bancos y los integrantes del frente económico, por su participación en el denominado “congelamiento monetario”.<sup>139</sup>

Por ello, el 5 de mayo de 2000 la fiscal dio su negativa para ejercer la acción penal, por lo cual la CCCC pidió al Congreso nacional el inicio de un juicio político en contra de esta fiscal por favorecer la impunidad (artículos 21 y 24, Código Penal) y violentar la ley.

---

<sup>139</sup> En este caso, en marzo de 1999 el entonces presidente Mahuad, mediante un decreto ejecutivo 685, congeló depósitos y cuentas bancarias en todo Ecuador, estableciendo un supuesto estado de emergencia, perjudicando a miles de ahorradores que en algunos casos hasta la fecha no recuperan el dinero de sus depósitos. Todo esto extralimitando facultades legales y afectando directamente garantías constitucionales, ya que aunque dio por terminado el estado de emergencia, las medidas de congelamiento continuaron.

Posteriormente, esta misma fiscal retardaría al parecer de manera premeditada el ejercicio de la acción penal en contra de los señores Roberto y William Isaías, ya que el informe de la CCCC fue entregado a la fiscalía desde el 31 de marzo de 1999, para lo cual la fiscalía lo analizó por más de un año a pesar de la ya fuerte investigación llevada a cabo por la Comisión, y en octubre de 2000 la Comisión pidió al presidente de la Corte Suprema, doctor Galo Pico Mantilla, que iniciara el proceso penal en contra de la fiscal por el delito de prevaricato, al retardar el ejercicio de la acción penal y permitir la huida de los implicados en el caso Fila Banco.

El presidente conoció de la denuncia, pero se inhibió de tramitarla. No conforme con lo anterior, la fiscal, al ejercer la acción tardíamente, cambió el tipo penal que había establecido la Comisión, por uno de menor penalidad, y dejó todos estos crímenes en contra de Ecuador en delitos menores.

Para 2005, el Consejo Nacional de la Judicatura contrató un servicio de verificación del servicio de administración de justicia, para lo cual, al emitirse el informe, recibió 197 vídeos, donde se evidenciaban indicios de cohecho al interior de la administración de justicia, con lo que el Consejo hizo caso omiso a estos vídeos y dejó pasar la situación, por lo tanto la CCCC tomó cartas en el asunto y emitió un informe. Este informe evidenciaba prácticas de cohecho a través de cobros indebidos por la agilidad y eficiencia de los servicios al público, así como reconocimientos bastante generosos para juzgados de diversas materias.

Por otro lado, en el informe se establecieron indicios de adjudicación ilícita por parte del doctor Silvio Toscazo, jefe de la delegación distrital de Pichincha del Consejo Nacional de la Judicatura, ya que suscribió dos contratos con el mismo objeto (servicio de verificación), dejando sin efectos el primero, a pesar de lo avanzado de los trabajos de la primera compañía.

Este informe fue enviado al Ministerio Público para que ejerciera la acción penal en contra de 35 funcionarios judiciales identificados en la investigación, así como para que iniciara la



instrucción fiscal en contra del doctor Silvio Toscano. En cuanto a las sanciones, éstas llegaron a ser absurdas o demasiado tibias, ya que a los indiciados por cohecho se les sancionó con un mes de suspensión con derecho a sueldo, y en el caso de los implicados en la adjudicación ilícita, la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura abrió un expediente por los indicios.

El empresario y exbanquero Fernando Aspiazu, a través de los medios de comunicación, realizó una acusación en contra de Ramón Yulee por un supuesto mal manejo o desvío de los recursos (3.1 millones de dólares) dados por el primero para la candidatura presidencial del doctor, Jamil Mahuad. Por tal hecho, la Comisión Anticorrupción solicitó a Aspiazu que mandara su denuncia a esa Comisión para su análisis y seguimiento, pero el empresario acogido al derecho al silencio no rindió declaración alguna a la Comisión.

Por lo anterior, el 22 de octubre de 1999 la Comisión envió al presidente Nacional de la Democracia Popular, doctor Ramiro Rivera, el detalle sobre las contribuciones para la campaña electoral. El secretario general del Tribunal Electoral señaló que por carecer de las normas necesarias no se pudo efectuar una auditoría que permitiera esclarecer el origen y fin de los recursos manejados por los partidos políticos, dado que no fueron reportados al tribunal, y se quedó en una parcial incertidumbre.

Un punto fuertemente cuestionado por la Comisión fue el hecho de que el donante de recursos fuera propietario de uno de los bancos más grandes del país, y que aparte había comprado una empresa que mantenía un litigio con el Estado, creando implícitamente la sensación de un compromiso cuando este político llegara al gobierno.

También fue duramente criticada la impunidad con que se conducen los diversos partidos políticos al manejar sus recursos y la aparente imposibilidad por parte del Tribunal Electoral, ya no digamos para sancionar, sino por lo menos para investigar. En cuanto a las evidencias a través de diversas fotocopias de cuentas

corrientes, se establece el traslado de este monto a una cuenta a nombre de Eduardo Mahud, así como otros dos cheques por 200,000 sucres, que se piensa tienen el mismo origen.

Ahora bien, desde el momento de su creación hasta su reciente modificación con la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Comisión ha sido blanco de diversas críticas. A partir del nombramiento de lo que sería la cuarta Comisión, que no se lograra sino hasta el 12 de noviembre de 2004 siendo que su antecesora, la tercera Comisión, terminara funciones el 23 de febrero del mismo año; hasta la inevitable caída de su caso más importante.

### 3. *Venezuela*

Tal y como fue el caso en Ecuador, la creación de un nuevo poder del Estado responsable para la rendición de cuentas surge en Venezuela a raíz de una fuerte crisis política, que minó de manera significativa la confianza ciudadana en las instituciones públicas. Fue necesaria una reforma institucional radical para convencer a la población de que había una verdadera voluntad política para modificar la situación.

La Constitución de Venezuela de 1999 va más allá de la Constitución de 2008 de Ecuador con respecto a la rearticulación de la división de poderes y la consolidación de un poder autónomo responsable de la rendición de cuentas del Estado. En Venezuela, el poder a cargo de la función de la rendición de cuentas se llama “Poder Ciudadano”, e incluye tres organismos: la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (capítulo IV de la Constitución).<sup>140</sup> El ordenamiento venezolano va más allá del ecuatoriano en el sentido de que en lugar de una simple “instancia de coordinación” a la cabeza de este poder se establece formalmente un “Consejo

---

<sup>140</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, <http://www.constitucion.ve/constitucion.pdf>.

Moral Republicano”<sup>141</sup> como órgano único de dirección unificada del cuarto poder. En Venezuela, también se establece como un “quinto poder” a un “Poder Electoral” responsable de organizar las elecciones, plebiscitos y consultas populares.

El Consejo Moral Republicano está integrado por los titulares de los tres órganos, y cuenta con una variedad de funciones. Por ejemplo, participa en el proceso de selección de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, así como de los titulares del mismo Poder Ciudadano, califica las “faltas graves” en que podrían haber incurrido los ministros del Tribunal Superior y podrían justificar su destitución, y cuenta con la facultad para sancionar directamente a funcionarios públicos por medio de una amonestación o censura pública. La Ley Orgánica del Poder Ciudadano determina en su artículo 10 las siguientes competencias del Consejo Moral:

1. Prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa.
2. Velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público.
3. Velar por el cumplimiento de los principios constitucionales del debido proceso y de la legalidad, en toda la actividad administrativa del Estado.
4. Promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como las actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al amor a la patria, a las virtudes cívicas y democráticas, a los valores trascendentales de la República, y a la observancia y respeto de los derechos humanos.
5. Promover la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.
6. Presentar ante la Asamblea Nacional los Proyectos de leyes relativos a los órganos que lo integran.
7. Participar y hacer uso del derecho de palabra ante la Asamblea Nacional en la discusión de las leyes que le sean afines o que sean de su competencia.

---

<sup>141</sup> Inspirado en la propuesta original de Simón Bolívar de 1819 de establecer un “Poder Moral”, *infra*.

8. Efectuar la segunda preselección de los candidatos o candidatas a magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, la cual será presentada a la Asamblea Nacional.

9. Postular ante la Asamblea Nacional a un miembro principal del Consejo Nacional Electoral y a sus dos suplentes.

10. Calificar las faltas graves que hubieren cometido los magistrados o las magistradas del Tribunal Supremo de Justicia.

11. Intentar por órgano del Ministerio Público las acciones a que haya lugar, para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos o funcionarias públicas que hayan sido objeto, en ejecución del control parlamentario, de declaración de responsabilidad política por la Asamblea Nacional.

12. Solicitar de los funcionarios públicos o funcionarias públicas la colaboración que requiera para el desempeño de sus funciones, los cuales estarán obligados a prestarla con carácter preferente y urgente, y a suministrar los documentos e informaciones que le sean requeridos, incluidos aquellos que hayan sido clasificados como confidenciales o secretos de acuerdo con la ley.

13. Formular a las autoridades y funcionarios o funcionarias de la Administración Pública las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones.

14. Imponer a las autoridades y funcionarios o funcionarias de la Administración Pública las sanciones establecidas en la presente Ley.

15. Remitir a los órganos competentes del Estado las denuncias, solicitudes y actuaciones cuyo conocimiento les corresponda, sin perjuicio de la actuación que pudiera tener el Consejo Moral Republicano.

16. Convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Capítulo II del Título II de esta Ley.

17. Elegir a su Presidente o Presidenta dentro de los diez (10) días siguientes a la instalación del Consejo. Para los siguientes períodos, dicha elección se realizará al finalizar cada año de gestión.

18. Designar al Secretario Ejecutivo o Secretaria Ejecutiva, demás funcionarios o funcionarias y empleados o empleadas de la Secretaría del Consejo Moral Republicano, así como a los asesores

res y asesoras ad honores que requiera para el mejor desempeño de sus funciones.

19. Dictar las decisiones con ocasión de los procedimientos sancionatorios previstos en esta Ley.

20. Dictar el ordenamiento jurídico interno del Consejo Moral Republicano que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.

21. Aprobar los planes y programas de prevención y promoción educativa elaborados por la Secretaría Permanente del Consejo Moral Republicano.

22. Las demás que le sean atribuidas por las leyes.

El artículo 16 delinea las atribuciones y deberes del presidente del Consejo Moral Republicano, que incluyen, entre otras, la de ejercer la representación oficial del Consejo Moral Republicano y del Poder Ciudadano; coordinar, convocar y presidir las reuniones del Consejo Moral Republicano; presentar a la asamblea nacional un informe anual del Consejo Moral Republicano y todos los demás que les sean solicitados por ese órgano legislativo; efectuar intercambios con instituciones públicas y privadas, educativas y de investigación, nacionales, internacionales o extranjeras, para la mejor divulgación y promoción de los valores, y principios y de derecho previstos en la Constitución y en las leyes, así como el amor a la patria, las virtudes cívicas y democráticas y los valores trascendentes de la República.

Para la selección de los titulares de las instituciones integrantes del Poder Ciudadano, el mismo Consejo Moral Republicano establece Comités de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano integrados por “representantes de diversos sectores de la sociedad”. A partir de las recomendaciones de estos comités *ad hoc*, el Consejo posteriormente somete una terna para cada puesto vacante a la Asamblea Nacional para que los legisladores escojan uno con una votación de dos terceras partes. Si la Asamblea Nacional no logra seleccionar ninguno de los integrantes, la terna entonces se somete a votación popular.<sup>142</sup>

<sup>142</sup> *Ibidem*, artículos 23-27.

Una cosa que llama la atención es que a diferencia del caso de Ecuador, en Venezuela el Ministerio Público forma parte del Poder Ciudadano. En Ecuador, el “Fiscal General del Estado” también cuenta con autonomía técnica y de gestión, pero forma parte del Poder Judicial. La inclusión del Ministerio Público en Venezuela en principio implica mayor presencia legal y capacidad coercitiva del Poder Ciudadano de Venezuela que la Función de Transparencia y Control Social de Ecuador.

La Ley Orgánica del Ministerio Público de Venezuela, en su artículo 4, señala que “el Ministerio Público es independiente de todos los Poderes Públicos, y goza de autonomía funcional, organizativa, presupuestaria, financiera y administrativa. En consecuencia, no podrá ser impedido ni coartado en el ejercicio de sus atribuciones por ninguna autoridad”. El artículo 5 también prevé que “el Ministerio Público sin menoscabo de su autonomía e independencia, colaborará en el ejercicio de la facultad de investigación que corresponde a los Cuerpos Legislativos Nacionales o sus Comisiones, en relación con los derechos y garantías constitucionales”. Esa labor de colaboración entre los poderes públicos está prevista en el artículo 118 de la Constitución de la República.

La Constitución de Venezuela constituye otro ejemplo de la creación de una rama independiente y especializada del Estado para garantizar la rendición de cuentas gubernamental. En lugar de esperar que la acción de las elecciones populares y los pesos y contrapesos entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial resulten en la rendición de cuentas de los gobernantes, tanto Venezuela como Ecuador decidieron establecer un nuevo poder del Estado, que podría intervenir de manera directa y permanente en la materia desde un punto de vista social.

Este modelo emergente de diseño institucional para la rendición de cuentas atiende a varios problemas estructurales que aquejan a las democracias latinoamericanas. Al integrar un poder permanente con financiamiento propio y dedicación exclusiva al tema de la rendición de cuentas, se garantiza un acceso y

utilización más plena de la información sobre las actividades de los funcionarios públicos. Al asegurar una activa participación ciudadana tanto en el proceso de selección de los titulares como en la acción misma de los organismos, se atiende el problema de la burocratización de los procesos de fiscalización. Finalmente, al crear un espacio autónomo para la realización de estas tareas se busca blindar las tareas de vigilancia estatal del juego de la política y la “partidocracia”.

El actual “Poder Moral Republicano” encuentra su inspiración histórica en los planteamientos constitucionales de Simón Bolívar a principios del siglo XIX. Cien años antes de que Sun Yat-Sen propuso el establecimiento de una Constitución de cinco poderes, el libertador y padre de las primeras repúblicas de Sudamérica, Simón Bolívar, ya había propuesto un rediseño constitucional similar. El 15 de febrero de 1819, Bolívar presentó al Congreso de Angostura su propuesta de una nueva Constitución para la Gran Colombia,<sup>143</sup> que incluía un cuarto poder, llamado “El Poder Moral”.

En su discurso ante el Congreso, el libertador pronunció su reconocida frase sobre la “moral” y las “luces”: “moral y luces son los polos de una República, moral y luces son nuestras primeras necesidades”. Las “luces” referían al papel central que tendrían que jugar la cultura y la educación para que el pueblo venezolano pudiera liberarse de los resagos del yugo colonial y construir su independencia y fortaleza como nueva nación. La “moral” se refería a la importancia de guardar la moral pública para evitar la corrupción y la traición del mandato popular.

Para este último fin, Bolívar propuso la creación de un “Poder Moral” que se encargaría de asegurar lo que hoy llamamos la “rendición de cuentas” de las autoridades públicas. Este poder tendría el mandato, entre otros, de “proclamar con aplausos... los nombres de los Ciudadanos Virtuosos y las obras Maestras de Moral y Educación. Pregonar con oprobio e ignominia los de

---

<sup>143</sup> En ese momento “Venezuela” incluía también lo que ahora es Colombia, Bolivia, Perú y Panamá.

los viciosos y las obras de corrupción y de indecencia; y designar a la Veneración Pública los Institutores e Institutrices que hayan hecho mayores adelantamientos en sus colegios”.<sup>144</sup> En su discurso de presentación del proyecto de nueva Constitución, Bolívar explicó los orígenes y el sentido de la propuesta:

Tomemos de Atenas su areópago, y los guardianes de las costumbres y de las leyes; tomemos de Roma sus censores y sus tribunales domésticos; y haciendo una santa alianza de estas instituciones morales, renovemos en el mundo la idea de un pueblo que no se contenta con ser libre y fuerte, sino que quiere ser virtuoso. Tomemos de Esparta sus austeros establecimientos, y formando de estos tres manantiales una fuente de virtud, demos a nuestra República una cuarta potestad cuyo dominio sea la infancia y el corazón de los hombres, el espíritu público, las buenas costumbres y la moral republicana. Constituyamos este areópago para que vele sobre la educación de los niños, sobre la instrucción nacional; para que purifique lo que se haya corrompido en la República; que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos; que juzgue de los principios de corrupción, de los ejemplos perniciosos.<sup>145</sup>

El mandato para este Poder Moral evidentemente se estrecha mucho más allá de únicamente las instituciones públicas, al incluir también, por ejemplo, “la infancia y el corazón de los hombres” y “la negligencia de los ciudadanos”. Sin embargo, lo que nos interesa no es el elemento sobre la regulación de la vida privada de los ciudadanos, responsabilidad principal de la “Cámara de Educación” del Poder Moral, sino el aspecto de defensa estricta de la moral pública y la rendición de cuentas del gobierno, que le corresponde a la “Cámara de Moral”.

---

<sup>144</sup> Sección primera, artículo 7o., anexo sobre El Poder Moral, en *El libertador y la Constitución de Angostura de 1819*, transcripción, notas y advertencia editorial de Pedro Grases, Caracas, Publicaciones del Congreso de la República, 1969, pp. 197-207.

<sup>145</sup> Discurso al Congreso de la Angostura (de 15 de febrero de 1819).



Bolívar, como todos, era un hombre de sus tiempos. La confusión entre lo “público” y lo “privado” evidente en su pensamiento refleja la falta de desarrollo de esta distinción y de la teoría política del liberalismo. En consecuencia, su propuesta tiene fuertes características “preliberales”, y hasta aspectos totalitarios y paternalistas, al proponer que el Estado se involucre y regule de manera activa hasta los “corazones” de los ciudadanos.<sup>146</sup> Este tipo de enfoque ha sido abusado por múltiples dictadores en la historia para justificar actos de “limpieza moral” y hasta de “limpieza étnica”.<sup>147</sup>

Sin embargo, hoy nos encontramos en el extremo opuesto de estas lógicas, ya que el desarrollo del “liberalismo” a su forma actual de “neoliberalismo” ha llevado a un desentendimiento total de los temas de la “ética” y la “moral” tanto en la esfera pública como en la privada. Hoy, no solamente se le permite una libertad saludable al individuo para desarrollarse sin una intervención exagerada del Estado, sino que también las responsabilidades gubernamentales se entregan a manos privadas. Asimismo, los funcionarios públicos normalmente trabajan sin responsabilidad ética, y los sistemas de control se encuentran débiles y políticamente subordinados.<sup>148</sup>

Si bien un retorno a una visión “totalitaria” de la moral no sería recomendable, existen muchos elementos que haríamos

---

<sup>146</sup> Por ejemplo, el artículo 1o., de la sección segunda del anexo sobre el Poder Moral indica que “la Cámara de Moral dirige la opinión de toda la República, castiga los vicios con el oprobio y la infamia y premia las virtudes públicas con los honores y la gloria. La imprenta es el órgano de sus decisiones.” El artículo 9o., señala que “la ingratitud, el desacato a los padres, a los maridos, a los ancianos, a los institutos, a los magistrados, y a los ciudadanos reconocidos y declarados virtuosos, la falta de palabra en cualquier materia, la insensibilidad en las desgracias públicas, o de los amigos y parientes inmediatos, se recomiendan especialmente a la vigilancia de la Cámara que podrá castigarlos hasta por un solo acto”.

<sup>147</sup> Ackerman, John M., “Totalitarismo a la mexicana”, *La Jornada*, 14 de junio de 2010.

<sup>148</sup> Ackerman, John M., *Estructura institucional para la rendición de cuentas: lecciones internacionales y reformas futuras*, México, Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados, 2006.

bien en rescatar del firme compromiso de un líder como Bolívar con la ética y el control sobre los actos gubernamentales. En el “Anexo” que Bolívar propuso a la Constitución que delinea las funciones y las competencias del Poder Moral se incluyen algunos artículos particularmente rescatables. Por ejemplo, el artículo 4o. de la segunda sección señala que “el Gobierno mismo le está sujeto [a la Cámara de Moral] y ella pondrá sobre él una marca de infamia, y lo declarará indigno de la República, si quebranta los tratados o los tergiversa, si viola alguna capitulación o falta a algún empeño o promesa”.

La Cámara Moral tendría la responsabilidad de “delatar” y poner “una marca de infamia” al gobernante que viole la ley (“los tratados” o “alguna capitulación”) o, en su caso, no cumpliera satisfactoriamente con sus responsabilidades administrativas (“falta a algún empeño”) o violentara las promesas que hubiera ofrecido durante su campaña política. Aquí tenemos ante nosotros un claro compromiso con un estricto sistema de rendición de cuentas gubernamental. En otros artículos del “Anexo”, los controles sobre la administración pública son aún más explícitos. Por ejemplo, el artículo octavo de la segunda sección señala que “la gratitud pública, la deuda nacional, los tratados, las capitulaciones, la fe del comercio, no sólo en sus relaciones, sino en cuanto a la calidad y legitimidad de las mercancías son objetos especiales sobre los que la Cámara debe ejercer la más activa y escrupulosa vigilancia. En estos ramos cualquiera falta u omisión debe castigarse con un rigor inexorable”. Así que para los asuntos económicos y de comercio existe una exigencia particularmente fuerte tanto para los servidores públicos como para el sector privado.

La propuesta de Bolívar también incluye un mandato específico para la elaboración de una base de datos nacional sobre servidores públicos y ciudadanos deshonestos para evitar su contratación por el gobierno:

Sección Segunda, Art. 11. Cada año publicará la Cámara tablas estadísticas de las virtudes y de los vicios, para lo cual todos los

tribunales superiores e inferiores le presentarán cuentas exactas y prolijas de todos los pleitos y causas criminales. También publicará cada año listas comparativas de los hombres que se distinguen en el ejercicio de las virtudes públicas o en la práctica de los vicios públicos.

Sección Segunda, Art. 12. El pueblo, los colegios electorales, las municipalidades, los gobiernos de provincia, el Presidente de la República y el Congreso, consultarán estas listas para hacer sus elecciones y nombramientos, y para decretar los honores y recompensas. El ciudadano cuyo nombre se halla inscrito en la lista de los viciosos, no podrá ser empleado en ningún ramo del servicio público, ni de ningún modo; y no podrá obtener ninguna recompensa nacional, ningún honor especial, y ni aun una decoración, aquel cuyo nombre no se halle inserto en las listas de los virtuosos, aunque sí podrá ser empleado por el gobierno.

Un registro nacional de servidores públicos sancionados sería sumamente útil hoy en un país como México, en que se ha vuelto práctica común que una persona sancionada en una jurisdicción se cambie de entidad federativa o de nivel de gobierno para nuevamente trabajar en el “servicio público”. Funcionaría como un importante bastión en contra de la impunidad rampante que tanto daño le hace al servicio público en México y a toda América Latina. Como dice Bolívar, “...los principios morales y las acciones de los ciudadanos, serán los libros de la virtud y del vicio. Libros que consultará el pueblo para sus elecciones, los magistrados para sus resoluciones, y los jueces para sus juicios”. Un sistema que reconociera a los que tuvieran un buen desempeño, que mostraran sobresalientes “virtudes públicas”, también podría servir de incentivo para mejorar la gestión gubernamental. Es importante señalar que la Cámara Moral propuesta por Bolívar no tendría ninguna facultad de sanción directa en materia administrativa o penal. Al contrario, sus sanciones serían únicamente públicas y “morales”. Sin embargo, tendría un amplio margen de acción, ya que la censura moral no sería únicamente para aquellas acciones que “chocan” directamente contra las

buenas costumbres, sino también las que “las burla; no solamente lo que las ataca, sino lo que las debilita; no solamente lo que viola la Constitución, sino lo que viola el respeto público”. Aquí tenemos una formulación incipiente del concepto de “ilícitos atípicos” o “fraude a la ley”, que hoy se encuentra desarrollada con más sofisticación.<sup>149</sup>

#### 4. *Bolivia, Argentina, Colombia, Chile y Brasil*

Si bien Ecuador y Venezuela son los casos que presentan mayor desarrollo con respecto al rediseño institucional para la rendición de cuentas en la región latinoamericana, no son de ninguna manera los únicos. En años recientes Bolivia, Argentina, Colombia, Chile y Brasil, entre otros países, también han experimentado avances importantes en la materia.

En Bolivia, por ejemplo, la nueva Constitución Política del Estado aprobada en octubre de 2008 incluye un apartado específico para las “funciones de control, de defensa de la sociedad y de defensa del Estado” (título V de la Constitución de Bolivia).<sup>150</sup> Este apartado incluye secciones sobre la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, la Procuraduría General del Estado, los servidores públicos, y “la participación y control social”.

Si bien estos elementos están agrupados en una sola parte de la Constitución, no constituyen un cuarto poder equivalente al Poder Ciudadano en Venezuela o la Función de Transparencia y Control Social de Ecuador. No existe ningún mecanismo de coordinación o liderazgo centralizado entre los varios elementos de este apartado de la Constitución de Bolivia. Asimismo, en este apartado se mezclan *organismos*, como la Defensoría del Pueblo,

---

<sup>149</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Barcelona, Trotta, 2000.

<sup>150</sup> Constitución Política de Bolivia, disponible en: <http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>.

con *procesos*, como el servicio civil de carrera, y mecanismos de consulta y decisión ciudadana. Finalmente, no todos los organismos cuentan con autonomía plena. Por ejemplo, el procurador general del Estado de Bolivia es nombrado directamente por el presidente de la República.

La Constitución de Colombia<sup>151</sup> constituye un ejemplo de otra manera de incluir a los organismos autónomos explícitamente dentro de la división de poderes. El artículo 113 de la carta magna de aquel país dice a la letra que “son ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Aquí se busca encontrar un camino intermedio entre la creación de un poder nuevo, como en los casos de Ecuador y Venezuela, y la limitación dogmática de la división de poderes a únicamente tres ramas, como es el caso, por lo menos a primera vista, para el texto constitucional mexicano.

El título X de la Constitución de Colombia aborda el tema de los “Organismos de control”, incluyendo la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo. La Contraloría está constituida como “una entidad de carácter técnica con autonomía administrativa y presupuestal” (artículo 267), y es el organismo responsable del control fiscal y de la evaluación al desempeño de todo el gasto público. El Ministerio Público es el organismo responsable de investigar y llevar la acción penal en contra de servidores públicos. La Constitución no le dota de “autonomía” explícita al Ministerio Público. Sin embargo, su independencia es implícita por los requisitos y la forma de nombramiento del procurador general, la máxima autoridad de la institución (artículos 275 y 276). El Defensor del

---

<sup>151</sup> Constitución Política de Colombia, <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>.

Pueblo es el equivalente al *Ombudsman*, y forma parte del Ministerio Público, aunque su titular es nombrado directamente por el Poder Legislativo (artículo 281). El otro organismo que cuenta con autonomía constitucional en Colombia es la Fiscalía General de la Nación. Este organismo es responsable de la investigación y acción penal en contra de los delitos cometidos por los ciudadanos. Forma parte del Poder Judicial pero cuenta con “autonomía administrativa y presupuestal” (artículo 249).

Otros países que cuentan con organismos constitucionales autónomos con fuerza relevante son Chile, Argentina y Brasil. En Chile, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público (este último con competencia plena sobre delitos cometidos tanto por servidores públicos como por ciudadanos) son organismos plenamente autónomos por mandato constitucional. La Constitución también crea un Consejo Nacional de Televisión responsable de regular esta rama de las telecomunicaciones. En Argentina, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público (con competencia plena) cuentan con autonomía plena. La Auditoría General de la Nación es un órgano de “asistencia técnica al Congreso”, pero cuenta con “autonomía funcional”.

En Brasil, el Ministerio Público cuenta con “independencia funcional y administrativa” (artículo 127).<sup>152</sup> Esta institución es particularmente relevante, ya que tiene una amplia diversidad de funciones de defensa social, incluyendo la facultad de defender intereses difusos y colectivos por medio de la “acción civil pública”, promover acciones de inconstitucionalidad, y “ejercer el control externo sobre los policías” (artículo 129). También está facultado para elaborar su propio presupuesto para su aprobación por el Poder Legislativo (artículo 127). Su titular es nombrado por el presidente de la República, pero únicamente entre los abogados con mayor experiencia dentro del mismo Ministerio Público.

---

<sup>152</sup> Constitución de la República Federativa del Brasil: <http://www.constitucion.org/cons/brazil.htm>.

### III. REFLEXIONES FINALES

Siempre existe un amplio trecho entre el diseño legal y el desempeño práctico de las instituciones públicas. Si los investigadores queremos ser útiles para el desarrollo democrático en la región, deberíamos ayudar a entender exactamente bajo qué circunstancias y a partir de qué factores específicos se logra consolidar, o en su caso desarticular la fuerza de un organismo autónomo de control estatal.

La situación actual en el mundo en materia de rendición de cuentas es sumamente contradictoria. Las nuevas democracias simultáneamente son ejemplos de niveles insultantes de abuso de autoridad y de reformas institucionales que de manera decidida buscan redefinir las coordenadas del Estado democrático moderno en la materia. La gran pregunta, entonces, es cuál de las dos tendencias se impondría en el largo plazo. La batalla entre las prácticas históricas de corrupción e ilegalidad y las nuevas instituciones será larga, y de ninguna manera lineal u homogénea. Un reto clave para los estudiosos de la materia sería el desarrollo de investigaciones empíricas detalladas del funcionamiento práctico de estas instituciones para entender mejor sus procesos de desarrollo institucional y de impacto social.





## 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.<sup>153</sup> 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

---

<sup>153</sup> 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 Venezuela<sup>154</sup> 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

---

<sup>154</sup> 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”.<sup>155</sup> 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-

---

<sup>155</sup> 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”.<sup>156</sup>

## 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,

---

<sup>156</sup> 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.<sup>157</sup>

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-

---

<sup>157</sup> 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.*<sup>158</sup>

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”.

---

<sup>158</sup> 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”.<sup>159</sup>

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.<sup>160</sup>

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

<sup>159</sup> Jurisprudencia 2.

<sup>160</sup> 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).<sup>161</sup>

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

---

<sup>161</sup> Jurisprudencia 2.

Nacional) y de la imparcialidad de quien tiene la función de decidir”.<sup>162</sup>

La magistrada Carmen M. Argibay<sup>163</sup> 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

---

<sup>162</sup> *Idem.*

<sup>163</sup> *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:

18º) Por otra parte, debe pensarse qué ocurriría si trasladásemos el argumento de control que se brinda como justificación del artículo 348, 2º 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.*<sup>164</sup>

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).*<sup>165</sup>

<sup>164</sup> Jurisprudencia 4.

<sup>165</sup> *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 aquélla, 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 158<sup>166</sup> y 159,<sup>167</sup> 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.

---

<sup>166</sup> 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.

<sup>167</sup> “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.<sup>168</sup> 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).<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> “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...”.

<sup>169</sup> “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 aquélla 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.<sup>170</sup>

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”.

<sup>170</sup> 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;<sup>171</sup> 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,

---

<sup>171</sup> “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, 2ª 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*”.<sup>172</sup>

## 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,

---

<sup>172</sup> “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.





## CAPÍTULO CUARTO

### EL CASO MEXICANO

#### I. INTRODUCCIÓN

México es un ejemplo internacional tanto con respecto a la creación de nuevos organismos autónomos o “semiautónomos” de control y rendición de cuentas como con respecto al desorden constitucional que existe en la materia. Por un lado, la reforma del Estado en México se ha ejercido en gran medida por medio de la creación de nuevos organismos independientes. Durante las últimas dos décadas se otorgó autonomía constitucional al IFE (ahora INE), a la CNDH, al Banco de México y más recientemente al INEG, al IFAI, al IFETEL y al COFECE. Asimismo, se han creado organismos semiautónomos, como el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH). También se ha incrementado significativamente la autonomía tanto de la Auditoría Superior de la Federación (ASF) como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

También se establecieron nuevas procuradurías y organismos reguladores de mercado. La Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal de Defensa del Trabajo (Profedet), la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), y la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed), así como la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) todos son ejemplos de la nueva fragmentación del poder público en México.

Sin embargo, los legisladores mexicanos no se han atrevido a agrupar estos organismos bajo un solo título o capítulo en la Constitución o a darles una regulación común. Cada organismo está constituido por un artículo diferente de la carta magna, mu-

chas veces a una gran distancia los unos de los otros. Asimismo, han surgido cuestionamientos respecto a la constitucionalidad de estos organismos, ya que estrictamente hablando, todos ellos violan el orden constitucional.

De acuerdo con una lectura estricta del primer párrafo del artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), los organismos constitucionales autónomos no tienen cabida en el orden jurídico mexicano: “El supremo poder de la federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial”. Al no formar parte de los poderes tradicionales del Estado, estos organismos no comparten el “supremo poder de la federación”, y por lo tanto no podrían ejercer autoridad pública alguna.

Pero cuando la Constitución no agrupa de manera explícita u otorga suficiente importancia o estatus jurídico a los organismos autónomos en existencia, el tribunal constitucional correspondiente puede intervenir para construir el espacio jurídico necesario para el funcionamiento de estas instituciones. Tal acción es recomendable, porque de otra forma se podría generar una crisis constitucional que obstaculizaría el funcionamiento del Estado en su conjunto.

Afortunadamente, en años recientes ha surgido una corriente de pensamiento jurídico, así como de interpretación jurisprudencial, que ha abierto un espacio para la reflexión, análisis e integración legal de los organismos autónomos en México. Sin embargo, todavía existen muchas contradicciones legales y de interpretación jurídica por resolver. El presente capítulo analiza algunos casos claves en la materia.

## II. LAS CATEGORÍAS DE GARCÍA-PELAYO EN MÉXICO (JURISPRUDENCIA 20/2007)

En 2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desarrolló una jurisprudencia que finalmente aclaró el rol de estos organismos dentro del orden jurídico mexicano. A partir de la

resolución de una controversia constitucional presentada por el Tribunal Electoral del Distrito Federal en contra de una cláusula del decreto de egresos emitido por la Asamblea Legislativa de la ciudad de México, los ministros de la Corte pronunciaron lo siguiente:

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2. Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado. 3. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal; b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, tesis de jurisprudencia P./J. 20/2007, *Semanario Judicial de*

En esta tesis de jurisprudencia, la Corte sostiene una interpretación novedosa del artículo 49 constitucional, al argumentar que la división de poderes allí desarrollada “debe considerarse como una distribución de funciones o competencias”. De acuerdo con los ministros, el artículo establece una división *funcional* de poderes, sin determinar de manera limitativa cuáles serían específicamente los *órganos* de Estado responsables de su ejercicio. La Corte entonces determina que la creación de organismos autónomos “no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes”. Al contrario, al auxiliar a los órganos tradicionales, los nuevos organismos hacen “más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado”.

Un análisis específico de la sentencia “fuente” que resuelve la Controversia Constitucional 31/2006 nos ayuda a entender mejor los argumentos de la Corte. El caso tiene que ver con un conflicto de competencias entre el Tribunal Electoral del Distrito Federal y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF). Específicamente, en el primer párrafo del artículo 35 del Decreto del Presupuesto de Egresos la ALDF faculta a la Secretaría de Finanzas del Distrito Federal a efectuar “los ajustes que correspondan a los presupuestos autorizados” entre otros “a los órganos autónomos del Gobierno del Distrito Federal”, en caso de que se presente “una disminución de los ingresos previstos en la Ley de Ingresos”. Asimismo, el artículo quinto del Decreto de Egresos también estableció una limitación absoluta a la autorización de bonos o percepciones extraordinarias al salario de los servidores públicos de mandos medios y superiores de los órganos a que se refiere el artículo 448 del Código Financiero del Distrito Federal, entre los que se encuentra el TEDEF.

*la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1647, registro No. 172456. Surgido de la controversia constitucional 31/2006. Tribunal Electoral del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

En su escrito, el TEDF alegaba que estos textos legales

...pudiera[n] constituir un instrumento de presión en contra del Tribunal Electoral (órgano autónomo), en el supuesto de que se le pudiera conminar a resolver algún asunto de trascendencia en determinado sentido, bajo la amenaza de que pudiera operarse una reducción a su presupuesto en caso de no acceder a tal presión, con lo que, con el simple hecho de la expedición de normas como las que combaten, se pone en riesgo en grado extremo la autonomía y la independencia de que constitucionalmente está investido dicho órgano jurisdiccional.

El TEDF también argumentaba que los textos legales combatidos implican una intromisión del Poder Legislativo en otro poder que le es ajeno, específicamente de un órgano autónomo. Aquí cita a las jurisprudencias “DIVISIÓN DE PODERES. INTERPRETACIÓN CAUSAL Y TELEOLÓGICA DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO”, “DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER FLEXIBLE” Y “PODERES DE LA FEDERACIÓN. LAS ATRIBUCIONES DE UNO RESPECTO DE LOS OTROS SE ENCUENTRAN LIMITATIVAMENTE PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES QUE A ELLA SE AJUSTAN”. El argumento central en este aspecto es que

...para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los Poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder, es indispensable, en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Constitución Federal o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de aplicación estricta.

La primera parte interesante de la sentencia es la argumentación de la Corte a favor de dar trámite y resolver la controversia, ya que estrictamente hablando, de acuerdo con el artículo 105, fracción I, de la Constitución, la figura de “controversia constitucional” está reservada para conflictos entre poderes formalmente constituidos; por ejemplo, entre el Poder Ejecutivo y el Congreso a nivel federal, entre “poderes” a nivel estatal, entre “la federación” y estados o municipios, o entre los mismos estados o municipios. Sin embargo, en el caso de la letra K) de esta fracción, para el Distrito Federal no se habla formalmente de conflictos entre “poderes”, sino entre “órganos de gobierno”. De allí que la Corte determinó aceptar y resolver el caso.

Sin embargo, no se limita a una lectura estricta de la letra K), sino que ofrece un argumento más general y abierto para justificar dar trámite al caso.

En el caso de la controversia constitucional, se trata propiamente de un mecanismo de control cuya finalidad es reparar las violaciones que pudieran presentarse por actos que invaden las respectivas esferas competenciales, dado el contenido de la presente demanda, que la única vía de que dispone el Tribunal Electoral del Distrito Federal para impugnar los actos que se señalan es la presente controversia.

También argumenta que

...el catálogo establecido en la fracción I del artículo 105 constitucional no debe entenderse como limitativo, sino meramente enunciativo, de tal manera que su aplicación no se realice en forma estrictamente literal, sino que deben favorecerse hipótesis de procedencia que, aunque no estén previstas expresamente en el texto de ese numeral, sean acordes con la finalidad manifiesta de este medio de control constitucional, que es precisamente salvaguardar las esferas de competencia de los órganos y poderes cuya existencia se prevé en la Constitución Federal.

Ya en el estudio de fondo de la controversia constitucional, la Corte decide ir más allá de únicamente reconocer al TEDF como un “órgano de gobierno” del Distrito Federal para considerarlo como un pleno “poder” propio, si bien no del mismo rango que los otros poderes tradicionales del Estado. Específicamente, señala que los organismos constitucionales autónomos “se han venido generando en el orden jurídico nacional, otorgándoseles expresamente funciones específicas, quedando así atrás la tradicional división tripartita de poderes”. También indica que

...la autonomía de la que goza el Tribunal Electoral del Distrito Federal, derivada de su naturaleza de órgano autónomo, implica la facultad de decidir y actuar sin más limitaciones que las previstas en las leyes relativas, y sin estar subordinado a otros órganos o poderes públicos; por tanto, tal independencia y autonomía opera tanto de forma externa (aspecto jurisdiccional) como interna (actos administrativos que le permitan funcionar y cumplir con las atribuciones que la ley le confiere).

A partir de este análisis, la Corte aplica una jurisprudencia clave sobre la forma en que debe funcionar la “división de poderes” en todos los niveles de gobierno. Específicamente, señala que hay tres formas diferentes en que un poder del Estado pueda entrometerse de manera indebida en el funcionamiento de otro poder: la *intromisión*, la *dependencia* y la *subordinación*:

DIVISIÓN DE PODERES. PARA EVITAR LA VULNERACIÓN A ESTE PRINCIPIO EXISTEN PROHIBICIONES IMPLÍCITAS REFERIDAS A LA NO INTROMISIÓN, A LA NO DEPENDENCIA Y A LA NO SUBORDINACIÓN ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS<sup>174</sup>. El artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe implícitamente tres mandatos prohibitivos dirigidos a los poderes públicos de las entidades federativas, para que respeten el principio de división de poderes,

---

<sup>174</sup> Tesis de jurisprudencia P./J. 80/2004 del Tribunal Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004, p. 122.

a saber: a) a la no intromisión, b) a la no dependencia y c) a la no subordinación de cualquiera de los poderes con respecto a los otros. La intromisión es el grado más leve de violación al principio de división de poderes, pues se actualiza cuando uno de los poderes se inmiscuye o interfiere en una cuestión propia de otro, sin que de ello resulte una afectación determinante en la toma de decisiones o que genere sumisión. La dependencia conforma el siguiente nivel de violación al citado principio, y representa un grado mayor de vulneración, puesto que implica que un poder impida a otro, de forma antijurídica, que tome decisiones o actúe de manera autónoma. La subordinación se traduce en el más grave nivel de violación al principio de división de poderes, ya que no sólo implica que un poder no pueda tomar autónomamente sus decisiones, sino que además debe someterse a la voluntad del poder subordinante; la diferencia con la dependencia es que mientras en ésta el poder dependiente puede optar por evitar la imposición por parte de otro poder, en la subordinación el poder subordinante no permite al subordinado un curso de acción distinto al que le prescribe. En ese sentido, estos conceptos son grados de la misma violación, por lo que la más grave lleva implícita la anterior.

En la resolución de la controversia constitucional 31/2006, la Corte explícitamente aplica esta tesis de jurisprudencia al ámbito de los organismos constitucionales autónomos. La Corte explicó que:

*Intromisión* proviene del latín *intromissus*, y significa acción y efecto de entremeter o entremeterse. Se trata, pues, de la acción de inmiscuirse en una cuestión ajena. En el tema que nos ocupa, puede decirse que la intromisión es el grado más elemental de la violación al principio de división funcional de competencias, pues para actualizarse, basta con que uno de los órganos o autoridades se inmiscuya o se entremeta en una cuestión que, por ser propia de otro, le sea ajena. La intromisión, empero, no implica que el órgano o autoridad que se entremete en los asuntos de otro, pueda incidir de manera determinante en la toma de decisiones o que genere algún tipo de sumisión o relación jerárquica. Este



primer límite del principio de división funcional de competencias, podría decirse tenue, pues marca la frontera entre la violación y la no violación de tal principio. Debido a ese carácter, el juzgador constitucional debe analizar cuidadosamente, en cada caso concreto, el modo en que se lleva a cabo la relación normativa entre diversos órganos o autoridades, ello con el fin de no confundir la intromisión con la colaboración en la realización de ciertas funciones normativas.

La *dependencia* (del latín *dependēre: colgar, pender*) es un estado de cosas causado indirectamente por un agente que toma la decisión de producirlo, pero que es llevado a cabo por otro agente que sólo aparentemente es el protagonista del acto. Quien está sujeto a una relación de dependencia no realiza sus acciones de manera autónoma, sino que se ve en la necesidad de atender a la voluntad del agente dominante. En la materia que nos ocupa, la dependencia conforma un segundo nivel de violación del principio de división funcional de competencias, la cual representa un grado mayor de intromisión, puesto que implica la posibilidad de que el órgano o autoridad dominante impida al órgano dependiente que tome decisiones o actúe autónomamente. La dependencia es, sin embargo, una situación contingente, pues, el órgano dependiente puede verse obligado a cumplir las condiciones que el otro le imponga, pero tiene la opción de no tomar la decisión a fin de evitar la imposición. En este sentido no necesariamente está compelido a hacer lo que el otro le imponga, puesto que existen otros cursos de acción que puede tomar distintos a la imposición.

El término *subordinación* proviene del latín *subordinatio, subordinatiōnis*, y significa sujeción a la orden, mando o dominio de alguien. En este contexto, se traduce en el tercer y más grave nivel de violación al principio de división funcional de competencias. La subordinación no sólo implica que el órgano subordinado no pueda tomar autónomamente sus decisiones (como en la dependencia), sino que además *debe* someterse a la voluntad del órgano subordinante. La diferencia con la dependencia es que mientras en ésta el órgano dependiente puede optar por no tomar la decisión a fin de evitar la imposición por parte de otro órgano, en la subordinación el órgano o autoridad subordinante no permite al subordinado ningún curso de acción distinto al que le prescribe.

Como puede verse, estos tres conceptos (la intromisión, la dependencia y la subordinación) son en realidad grados de uno mismo. Son conceptos concéntricos porque cada uno forma parte del siguiente, sólo que con algunas características que aumentan su grado. No obstante, estos términos no son sinónimos porque son incluyentes hacia el grado inferior, y excluyentes hacia el grado superior. En otras palabras, toda subordinación (grado superior) implica dependencia (grado intermedio) y ésta, a su vez, implica intromisión (grado inferior); en cambio, la intromisión excluye a la dependencia, dado que esta última es más rica en características que la primera, y la dependencia excluye a la subordinación por la misma razón.

En el caso específico, los ministros de la mayoría deciden que se actualizan los tres tipos de intervención indebida en la esfera del TEDE, ya que las disposiciones implicarían una relación de subordinación financiera y política tanto al ALDF como al GDF, al no contar con mecanismo alguno para defender su presupuesto y su administración interna ante los dictados de estos poderes ajenos. Específicamente, con las reformas aprobadas, “el jefe de Gobierno está facultado para inmiscuirse en el presupuesto de egresos autorizado para el Tribunal Electoral, pudiendo disminuirlo, con lo cual incidiría de manera determinante en la toma de decisiones del órgano autónomo, con lo que se podría generar algún tipo de sumisión o relación jerárquica”. Asimismo, con las reformas respecto a los bonos y prestaciones, “el órgano legislativo local se inmiscuye en el ejercicio y manejo del presupuesto de egresos autorizado para el Tribunal Electoral”. De acuerdo con la Corte, si bien

...la Asamblea Legislativa está facultada para examinar, discutir y aprobar anualmente el presupuesto de egresos del Distrito Federal, tal facultad no puede ni debe entenderse al grado de permitir la injerencia de ese órgano legislativo en cuestiones que atañen a la organización y funcionamiento del Tribunal Electoral, como lo es la administración, manejo y ejercicio autónomo

de su presupuesto, cuestión que es competencia exclusiva de este órgano jurisdiccional, en razón de su carácter de órgano autónomo.

Sin embargo, los ministros también distinguen muy claramente entre la autonomía y la “arbitrariedad” o la autarquía.

Lo anterior no significa, como ya lo precisamos con anterioridad, que el Tribunal Electoral del Distrito Federal pueda ejercer de manera arbitraria y sin ningún tipo de control su presupuesto aprobado, pues este órgano jurisdiccional autónomo es sujeto de fiscalización en lo relativo al ejercicio y aplicación de su presupuesto, fiscalización que llevará a cabo la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

El hecho de que el TEDF tenga autonomía para decidir cómo ejerce su presupuesto, de ninguna manera lo exime del requisito de cumplir con la legalidad y sujetarse a la fiscalización, que es requisito para todo gasto público.

En esta resolución también hubo dos votos particulares, uno del ministro Juan Silva Meza y otro del ministro Genaro Góngora. Si bien el ministro Silva Meza estuvo de acuerdo en general con la argumentación de la mayoría, expresó su desacuerdo específicamente con respecto a la declaración de invalidez del artículo transitorio del decreto de presupuesto, que prohíbe el otorgamiento de “bonos o percepciones extraordinarias a su salario” para mandos medios y superiores. Aquí indica que por mandato legal es responsabilidad de la Asamblea Legislativa fijar los tabuladores y los salarios para todos los órganos de gobierno del Distrito Federal, incluyendo los órganos autónomos. En suma, “los sueldos de los servidores públicos, incluidos los del Distrito Federal, no pueden ser determinados por cada órgano de gobierno o autoridad a la que correspondan, ya que deben precisarse en los presupuestos de egresos correspondientes”. Además, Silva Meza sostiene que este principio legal es particularmente importante cuando se trata de los organismos jurisdiccionales y de los organismos autónomos, ya que la au-

sencia de la posibilidad de modificaciones discrecionales en los emolumentos de los servidores públicos protegería su autonomía e independencia de acción:

...si tomamos en cuenta que la imparcialidad es un principio inherente a sus funciones, de ahí que si los salarios de los trabajadores están precisados en los presupuestos de egresos, eliminando la discrecionalidad en su integración, se puede garantizar con un mayor grado la imparcialidad de los integrantes de dicho órgano, en tanto no podrán ser tocados por promesas de índole económico por parte de los integrantes del propio órgano o de algunos externos.

En su voto particular correspondiente, el ministro Góngora Pimentel critica de manera más integral la argumentación de la mayoría. Específicamente, dice que “el hecho de que se reconozca la legitimación en la controversia constitucional a otros órganos, de ninguna manera implica darles el mismo grado de autonomía que a los poderes u órganos constitucionales”. Aclara que “en la Norma Fundamental existen diferentes grados de autonomía: el máximo grado es la de los poderes y, en segundo plano, la de los órganos constitucionales autónomos en sentido estricto. Otros órganos con autonomía reconocida en la Constitución tendrán un grado menor y así sucesivamente”. Aquí el ministro cita, por ejemplo, las disposiciones incluidas en el artículo 2o., de la Ley Federal de Presupuesto y Autonomía Hacendaria. El ministro también señala que la autonomía del TEDF no está plasmada en la Constitución federal, y, que en general, “no tiene garantías orgánicas específicas tuteladas en una norma de carácter superior, a diferencia de los órganos constitucionales autónomos”. Para Góngora, el TEDF más bien tiene el mismo “estatus” jurídico que los tribunales administrativos que cuentan con una autonomía de gestión presupuestaria más limitada que los órganos autónomos.

El ministro expresa su acuerdo con la argumentación de Silva Meza con respecto a la facultad de la Asamblea Legislativa

de no solamente asignar “cantidades globales”, sino también de especificar a “detalle” exactamente cómo se utilizaría el presupuesto.

Estimo que aprobar un presupuesto no es repartir cantidades globales, sino dar líneas esenciales de la política económica del Estado y ello implica la facultad de alterar las partidas específicas, por ello, el artículo quinto transitorio debe interpretarse como parte de un sistema normativo integral y no como una alteración posterior a una asignación previa.

Góngora Pimentel incluso va más allá al señalar los “peligros” de la decisión mayoritaria en este tema:

La sentencia socava de manera peligrosa las facultades de los órganos legislativos, al reducir la facultad presupuestaria a la mera aprobación de cantidades globales y, en una mal entendida autonomía, al permitir a quien ejerce el presupuesto realizar de manera abusiva cualquier asignación presupuestaria desplazando de esta manera a la representación popular.

### III. DESCENTRALIZACIÓN, DESCONCENTRACIÓN Y AUTONOMÍA (JURISPRUDENCIA 97/2004)

Ahora bien, habría que reconocer que dentro del orden jurídico mexicano existen una amplia diversidad de autonomías. Por ejemplo, el primer paso hacia la autonomía para un órgano desconcentrado sería convertirse en un organismo descentralizado. De acuerdo con la jurisprudencia en la materia, la diferencia entre un organismo desconcentrado y uno descentralizado es que

...aún cuando aquellos organismos [descentralizados] son autónomos, continúan subordinados a la administración pública federal de una manera indirecta, aspecto que marca la diferencia entre la administración centralizada y la paraestatal, pues mientras que en la primera la relación jerárquica con el titular del Ejecu-

tivo Federal es directa e inmediata, en la segunda, especialmente entre los organismos descentralizados, es indirecta y mediata.<sup>175</sup>

Esta jurisprudencia surge de un caso donde se analizó el estatus jurídico del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas (ISSFA). Los demandantes argumentaban que el ISSFA “no forma parte del Poder Ejecutivo Federal, ya que como entidad paraestatal que es, no tiene como finalidad la realización de las funciones que corresponden al área de atribuciones del titular del Ejecutivo Federal”. En contraste, la Cámara de Diputados alegaba que con el fin de “conservar la unidad del poder” los órganos descentralizados tendrían que ser considerados como “parte de la administración pública federal, la cual es parte integrante del Poder Ejecutivo Federal, que se encuentra a cargo del presidente de la República”.

En su sentencia, los ministros optan por una decisión *salomónica*, y trazan una línea intermedia entre las dos posiciones. Por un lado, establecen una distinción sumamente importante entre la “administración pública federal” y el “Poder Ejecutivo Federal”, y argumentan que si bien los órganos desconcentrados desde luego forman parte de la primera, no pertenecen a la segunda:

Los órganos que conforman la administración pública centralizada dependen directamente del Poder Ejecutivo Federal, mientras que los entidades paraestatales, entre éstas los órganos descentralizados, se rigen por sus propias leyes, cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios, gozan de autonomía jurídica con respecto del Estado y está sujetos a diversos controles establecidos en los ordenamientos legales en cita, esto es no forman parte del Poder Ejecutivo Federal. Así es, del régimen constitucional y legal se deriva que jurídicamente no es posible considerar que la ad-

---

<sup>175</sup> “ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS. AUN CUANDO SON AUTÓNOMOS, ESTÁN SUBORDINADOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL DE MANERA INDIRECTA”. Resolución de Acción de Inconstitucionalidad 16/2003, Jurisprudencia 97/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 21 septiembre de 2004.

ministración pública paraestatal forme parte del Poder Ejecutivo Federal, toda vez que el ejercicio de dicho poder corresponde al presidente de los Estados Unidos Mexicanos, cuyas atribuciones lleva a cabo directamente o por conducto de las dependencias de la administración pública centralizada.

Así, la Corte determina que sería incorrecto considerar a los organismos descentralizados como parte del Poder Ejecutivo Federal, ya que esto implicaría estar directamente al servicio del presidente de la República.

Estos órganos cuentan con una autonomía importante, al tener sus propias funciones y mandatos legales, independientes de la función y del mando del presidente de la República. Con lo cual, pareciera que la Corte estuviera preparando el terreno para proponer el establecimiento de un nuevo cuarto poder autónomo, que incorporaría las funciones diversas de los órganos descentralizados. De otra forma, estaríamos ante una situación en la que estos órganos no pertenecieran a ningún “poder”, ya que si no se integran al Poder Ejecutivo Federal tampoco podrían pertenecer al Poder Judicial o al Poder Legislativo. Estaríamos, entonces, ante una franca violación al artículo 49 constitucional.

Para arreglar este problema, la Corte una vez más quita con una mano lo que acababa de dar con la otra. Afirma que si bien los organismos descentralizados no pertenecen al Poder Ejecutivo sí “integran junto con la administración centralizada el concepto total e íntegro de administración pública”. Asimismo, señala que

La circunstancia de que un organismo descentralizado cuente con personalidad jurídica propia no significa que su actuación sea libre y esté exenta de control, toda vez que el funcionamiento de los organismos descentralizados, y especialmente las facultades de autoridad por desdoblamiento estatal éstos desempeñan, están garantizadas y controladas a favor de los gobernados y de la administración pública, dado que la toma de decisiones de esa clase de entidades se identifica con las finalidades de la administración

central y del Poder Ejecutivo, al establecer en ley que su control se ejerce por el propio Ejecutivo y que sus órganos directivos deben integrarse con personas ligadas a la administración central, con la finalidad de lograr una “orientación de Estado” en el rumbo del organismo.

De nuevo tenemos una situación en que aparentemente la Corte quiere “chiflar y comer pinole” a la vez. Al hablar de “el concepto total e íntegro de administración pública”, “desdoblamiento estatal” y una “identificación con las finalidades” del Poder Ejecutivo, la Corte busca argumentar que si bien *orgánicamente* los órganos descentralizados no son parte del Poder Ejecutivo, *funcionalmente* sí lo son. Específicamente, los descentralizados son “auxiliares” del Poder Ejecutivo: “dichas entidades no tienen por objeto el despacho de los negocios del orden administrativo relacionados con las atribuciones del titular del Ejecutivo Federal, sino que únicamente son auxiliares de dicho poder en la ejecución de los programas de desarrollo”.

De allí la conclusión definitiva de esta sentencia, que posteriormente se elevaría a la jurisprudencia que surge de este caso:

Aun cuando los organismos descentralizados son autónomos, continúan subordinados a la administración centralizada de una manera indirecta, existiendo reemplazo de la “relación de jerarquía” por un “control administrativo” y, por ende, atento al texto de la ley es evidente que la única diferencia entre los organismos descentralizados y la administración central es la existencia de una relación diversa de la jerarquía entre ellos.

Aquí la distinción central es la que la Corte establece entre las “relaciones de jerarquía” y el “control administrativo”. Por medio de esta demarcación, la Corte busca liberar a los organismos desconcentrados sin permitir que se independicen completamente. Sin embargo, resulta algo cuestionable y contradictoria esta distinción, porque terminamos con una situación en que los órganos están simultáneamente subordinados y totalmente independientes de la administración pública centralizada.



Ahora bien, también existe una diferenciación importante entre los diferentes tipos de órganos descentralizados. Por ejemplo, los que tienen menos autonomía serían los “sectorizados”, que estarían sujetos a la estricta observancia de la Ley Federal de Entidades Paraestatales y del título tercero de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que incluyen, por ejemplo, su adscripción a un sector específico de la administración pública federal, así como la participación de la Secretaría de Hacienda en sus órganos de gobierno.

Los organismos descentralizados o paraestatales, con más autonomía serían los no sectorizados. Aquí la misma Ley Federal de Entidades Paraestatales (LFEP), en sus artículos 3 a 5, señala una serie de organismos que si bien son formalmente entidades paraestatales de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, no tienen la obligación de sujetarse a todas las disposiciones de la LFEP. Este es el caso, por ejemplo, de la Procuraduría Agraria, de la Procuraduría Federal del Consumidor y de la Agencia de Noticias del Estado Mexicano (artículo 3). También es el caso de “el Banco de México, las sociedades nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas, los fondos y fideicomisos públicos de fomento así como las entidades paraestatales que formen parte del sistema financiero” (artículo 4). Asimismo, existen otros órganos descentralizados no sectorizados, como el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), que aún sin ser mencionados explícitamente también en los hechos están libres de las disposiciones de la LFEP.

Bajo este escenario, se supone que no habría ningún problema con respecto a la participación del Senado en el nombramiento y vigilancia de los integrantes de los órganos de gobierno respectivos. Por ejemplo, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública indica que los comisionados del IFAI pueden ser objetados por el Senado de la República. De igual manera, la Ley de Protección al Ahorro Bancario marca que cuatro de los siete integrantes de la Junta de Gobierno del

IPAB serán “designados por el Ejecutivo Federal y aprobados por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores y en sus recesos, por la misma proporción de la Comisión Permanente”. Entre 1992 y 1999 también hubo plena participación del Senado de la República en el proceso de nombramiento de los titulares de la Comisión Nacional de Derechos Humanos cuando todavía era órgano descentralizado.

#### IV. ÓRGANOS REGULADORES Y AUTONOMÍA (ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006)

Otro ámbito importante en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido que desarrollar nuevos criterios con respecto a la autonomía de los organismos del Estado es en el de los órganos reguladores. El Estado mexicano cuenta con numerosos órganos reguladores, incluyendo la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), la Comisión Federal de Competencia (CFC), la Comisión Reguladora de Energía (CRE), la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos, entre otros. Actualmente todos estos órganos son organismos desconcentrados de la administración pública federal. No cuentan con personalidad jurídica o patrimonio propios, están adscritos a la Secretaría de Estado correspondiente y son totalmente dependientes del titular del Poder Ejecutivo Federal.

Con respecto al nombramiento de los titulares de estos órganos, habría que señalar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de Nación en su resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, promovida por senadores de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión, resolvió expulsar del orden jurídico mexicano el último párrafo del artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que permitía al Senado de la República objetar los nombramientos que hiciera el presidente de la República de los comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), y que decía a la letra:

La Cámara de Senadores podrá objetar dichos nombramientos o la renovación respectiva por mayoría, y cuando ésta se encuentre en receso, la objeción podrá realizarla la Comisión Permanente, con la misma votación. En todo caso, la instancia legislativa tendrá treinta días para resolver a partir de la fecha en que sea notificada de los nombramientos; vencido este plazo sin que se emita resolución al respecto, se entenderán como no objetados los nombramientos del Ejecutivo Federal. Los comisionados asumirán el cargo una vez que su nombramiento no sea objetado conforme al procedimiento descrito.

La Corte argumentó que si bien los órganos desconcentrados tienen cierto grado de autonomía técnica y financiera, existe al final de cuentas un “nexo de jerarquía, poder de nombramiento y mando disciplinario frente al órgano central”. Por lo tanto, en honor a la división de poderes y a las jurisprudencias en la materia, que indican que las relaciones entre los poderes tendrán que ser explícitamente y limitativamente señaladas en la Constitución,<sup>176</sup> los ministros resolvieron que la inclusión del párrafo arriba mencionado, implicaba una intromisión indebida del Poder Legislativo en un ámbito de competencia exclusivo del Poder Ejecutivo.

Específicamente, la mayoría argumentó que “si no lo prevé la Constitución, no se puede llegar al extremo de facultar a las Cámaras del Congreso de la Unión a intervenir directamente en el nombramiento de empleados de la administración pública federal”. Es decir, que no se puede permitir que un poder

...interfiera de manera preponderante o decisiva en el funcionamiento o decisión del poder con el cual colabora, es decir, la decisión de los poderes colaboradores no puede imperar sobre la del

---

<sup>176</sup> “PODERES DE LA FEDERACIÓN. LAS ATRIBUCIONES DE UNO RESPECTO DE LOS OTROS SE ENCUENTRAN LIMITATIVAMENTE PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES QUE A ELLA SE AJUSTAN”, tesis 191089. P. CL-VIII/2000, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, septiembre de 2000, p. 33.

poder con el cual colaboran, ya que, de ser así, se violentaría el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Federal.

Aquí, los ministros inclusive citan los debates del Constituyente de 1917 para demostrar que en ese momento fue rechazada de manera contundente la propuesta de establecer un sistema parlamentario o por lo menos un sistema semiparlamentario, donde el Congreso de la Unión pudiera intervenir en los nombramientos del Poder Ejecutivo. De manera destacada, traen a colación las palabras de Martínez Escobar, cuando señala: “no nos embriaguemos con sueños; pues si nosotros disponemos que los ministros sean designados por el Congreso, entonces, señores constituyentes, ¿sabéis lo que determinamos? Que no haya gobierno estable, sino una constante sucesión de gobiernos en México”.

La sentencia también señala que de acuerdo con la fracción II del artículo 89 constitucional existirían tres tipos de nombramientos del titular del Poder Ejecutivo: 1) nombramientos absolutamente libres, incluyendo, por ejemplo, los secretarios de despacho; 2) nombramientos sujetos a ratificación aquellos expresamente señalados en la Constitución, como por ejemplo, el procurador, oficiales superiores del Ejército y empleados superiores de Hacienda; 3) nombramientos que deben hacerse con sujeción a lo dispuesto en una ley específica. El caso de los órganos reguladores desconcentrados entran en la primera categoría, ya que aunque “tienen cierta autonomía técnica que implica otorgarles facultades de decisión y cierta autonomía financiera, pero existe dependencia, nexo de jerarquía, poder de nombramiento y mando disciplinario frente al órgano central, ya que participan de su personalidad jurídica e incluso de su patrimonio”. En conclusión,

...la participación del órgano legislativo en el procedimiento de designación de este tipo de funcionarios resulta violatoria de la facultad de nombramiento que el artículo 89, fracción II, consti-

tucional establece en favor del Presidente de la República, pues se trata de empleados de la Administración Pública Federal que auxilian al Ejecutivo en el desempeño de sus funciones y cuyo nombramiento a él corresponde, sin encontrarse condicionado al móvil de actuación de otro de los poderes públicos, salvo en los casos expresamente previstos en el texto constitucional.

Sin embargo, aunque la Corte declara inconstitucional la intervención directa del Senado en la ratificación de los comisionados de los órganos reguladores descentralizados, sí permite que el Congreso de la Unión tenga facultades para regular los tipos de nombramientos y las causales de remoción de los comisionados correspondientes. Específicamente, la Corte declara constitucional el artículo 9-D de la ley, que señala que los comisionados “serán designados para desempeñar sus cargos por periodos de ocho años, renovables por un solo periodo, y sólo podrán ser removidos por causa grave debidamente justificada”.

Aunque también habría que señalar que si bien la Suprema Corte ha declarado inconstitucional el último párrafo del artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones, los ministros no han hecho lo mismo con respecto al artículo 26 de la Ley Federal de Competencia Económica, que contiene disposiciones similares con respecto al nombramiento de los comisionados de la Comisión Federal de Competencia, igualmente un órgano des-concentrado de la administración pública federal:

Artículo 26. Los Comisionados serán designados por el titular del Ejecutivo Federal. La Cámara de Senadores podrá objetar dichas designaciones por mayoría, y cuando se encuentre en receso por la Comisión Permanente, con la misma votación. En todo caso, la instancia legislativa tendrá treinta días para resolver; vencido este plazo sin que se emita resolución al respecto, se entenderá como no objetado el nombramiento.

Este texto legal sigue vigente, porque no ha sido impugnado por ningún actor político. Redacciones similares se podrían introducir para los otros órganos reguladores desconcentrados

siempre y cuando se establezca el acuerdo político necesario para no impugnarlas ante la Suprema Corte.

En su exposición durante la sesión pública para debatir la acción de inconstitucionalidad 26/2006, el ministro Góngora Pimentel va aún más allá, al afirmar que desde su punto de vista es inconstitucional el hecho de que la Cofetel sea un órgano desconcentrado dependiente de la administración pública federal: “la creación de la Cofetel como un órgano desconcentrado resulta inconstitucional, porque sus facultades en materia de radio y televisión no pueden ser ejercidas por un órgano que guarde una relación de jerarquía con el presidente de la República”. Aquí, el ministro sostiene que “los derechos de expresión, información y prensa, contenidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución federal, exigen que el órgano técnico regulador de la radiodifusión, encargado de otorgar concesiones en la materia, esté aislado de todo control político o económico”.

## V. OTROS CASOS CLAVES

El pleno de la SCJN, refiriéndose a la independencia de los poderes judiciales, estableció en la controversia constitucional 35/2000 lo siguiente: “...es importante considerar que la *autonomía de la gestión presupuestal* viene a ser una condición necesaria para que los poderes judiciales locales puedan ejercer sus funciones jurisdiccionales con plena independencia”.

Asimismo, en la tesis aislada I.3o.T.157 L,<sup>177</sup> el Poder Judicial, al abordar la revisión de un amparo interpuesto en contra de actos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que acoataban el ejercicio presupuestal en lo tocante a bonos y remuneraciones extraordinarias del Tribunal Electoral del Distrito Federal, enuncia la importancia para la preservación de principios

---

<sup>177</sup> Tesis aislada I.3o.T.157 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 1797.

rectores como los de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia:<sup>178</sup>

...la Asamblea Legislativa tampoco debe delimitar su soberanía e independencia restringiendo las prestaciones de sus trabajadores de mandos medios y superiores, ni los montos de las remuneraciones que les corresponden a los servidores públicos por trabajos extraordinarios derivados de las elecciones efectuadas en el año dos mil seis.

La autonomía presupuestaria es garante de que a través de la administración de sus recursos se evite la coacción política al órgano fiscalizador y éste pueda estar en condiciones de ejercer su presupuesto con base en las estrategias y prioridades que él mismo establezca.

La Suprema Corte también ha establecido que para dar cumplimiento a los principios de independencia (en el caso de los tribunales) se requiere necesariamente garantizar la autonomía presupuestal, tal como se desprende de la tesis de jurisprudencia “PODERES JUDICIALES LOCALES. LA LIMITACIÓN DE SU AUTONOMÍA EN LA GESTIÓN PRESUPUESTAL IMPLICA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES”.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> “SERVIDORES PÚBLICOS DE MANDOS MEDIOS Y SUPERIORES DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA CITADA ENTIDAD AL DISPONER EN EL ARTÍCULO QUINTO TRANSITORIO DEL DECRETO DE PRESUPUESTO DE EGRESOS PARA EL EJERCICIO FISCAL 2006, QUE NO SE LES AUTORIZARÁN BONOS O PERCEPCIONES EXTRAORDINARIAS A SU SALARIO DURANTE EL CITADO EJERCICIO FISCAL, VIOLA EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS AL INVADIR LA AUTONOMÍA Y COMPETENCIA DEL ALUDIDO TRIBUNAL”, tesis aislada I.3o.T.157 L, *Semanario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXV, marzo de 2007, p. 1797.

<sup>179</sup> Tesis 1a./J. 83/2004, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 170; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 171.

La autonomía de la gestión presupuestal constituye una condición necesaria para que los Poderes Judiciales Locales ejerzan sus funciones con plena independencia, pues sin ella se dificultaría el logro de la inmutabilidad salarial (entendida como remuneración adecuada y no disminuable), el adecuado funcionamiento de la carrera judicial y la inamovilidad de los juzgadores, además, dicho principio tiene su fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que estatuye la garantía de expeditez en la administración de justicia, su gratuidad y la obligación del legislador federal y local de garantizar la independencia de los tribunales, cuestiones que difícilmente pueden cumplirse sin la referida autonomía presupuestal. Así, si se tiene en cuenta que la mencionada autonomía tiene el carácter de principio fundamental de independencia de los Poderes Judiciales Locales, es evidente que no puede quedar sujeta a las limitaciones de otros poderes, pues ello implicaría violación al principio de división de poderes que establece el artículo 116 constitucional.

En relación con lo anterior, en la tesis de jurisprudencia P/J. 39/2003 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>180</sup> se establece, al referirse a la división de poderes en una entidad federativa, que:<sup>181</sup>

...por otra parte, la autonomía e independencia de los poderes públicos en los Estados, implica la no intromisión, dependencia o subordinación de uno a otro, que permita que cada uno realice las funciones que tiene encomendadas con plena libertad de decisión, sin más restricciones que las que la propia Constitución o las leyes les impongan.

De manera similar, la tesis de jurisprudencia P/J. 81/2004 indica que la autonomía en la gestión presupuestal de los pode-

---

<sup>180</sup> Tesis P/J. 39/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, p. 1377.

<sup>181</sup> “PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS. EL HECHO DE QUE LA CONSTITUCIÓN LOCAL NO PREVEA QUE ÓRGANO SERÁ SU REPRESENTANTE, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES, NI VULNERA LA AUTONOMÍA DE AQUÉL”.



res judiciales locales es fundamental para asegurar la autonomía técnica de éstos.

PODERES JUDICIALES LOCALES. CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE SE ACTUALICE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN PERJUICIO DE AQUÉLLOS. El principio de división de poderes, con especial referencia a los Poderes Judiciales de las entidades federativas, se viola cuando se incurre en las siguientes conductas: a) que en cumplimiento de una norma jurídica o voluntariamente se actualice una actuación antijurídica imputable a alguno de los Poderes Legislativo o Ejecutivo; b) que dicha conducta implique la intromisión de uno de esos poderes en la esfera de competencia del Poder Judicial, o bien, que uno de aquéllos realice actos que coloquen a éste en un estado de dependencia o de subordinación con respecto a él; y c) que la intromisión, dependencia o subordinación de otro poder verse sobre el nombramiento, promoción o indebida remoción de los miembros del Poder Judicial; la inmutabilidad salarial; la carrera judicial o la autonomía en la gestión presupuestal.

La autonomía técnica también ha sido tratada con respecto a otro órgano que goza de autonomía constitucional; el Instituto Federal Electoral, a saber:

AUTORIDADES ELECTORALES. LA INDEPENDENCIA EN SUS DECISIONES ES UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL.<sup>182</sup>

Conforme a las disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuales prevén que las autoridades en materia electoral deben gozar de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, este último concepto implica una garantía constitucional en favor de los ciudadanos y los propios partidos políticos, y se refiere a aquella situación institucional que permite a las autoridades de la materia, *emitir sus decisiones con plena imparcialidad y en estricto apego a la nor-*

---

<sup>182</sup> Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-009/2001, *Revista Justicia Electoral* 2002, Tercera Época, suplemento 5, pp. 37 y 38, Sala Superior, tesis S3EL 118/2001.

*matividad aplicable al caso, sin tener que acatar o someterse a indicaciones, instrucciones, sugerencias o insinuaciones, provenientes ya sea de superiores jerárquicos, de otros poderes del Estado o incluso, de personas con las que guardan alguna relación afectiva ya sea política, social o cultural.*

También habría que tomar en cuenta las consideraciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado con respecto a las labores de fiscalización de la ASF. En los resolutivos de la controversia constitucional 36/2003, la Corte atinadamente distingue entre la Contaduría Mayor de Hacienda y la EFSF, tanto en sus características como en sus alcances. Para la Corte, con la creación de la EFSF quedó atrás la etapa en que la Contaduría Mayor de Hacienda era un órgano “dependiente y subordinado de la Cámara de Diputados”, y que

...la revisión de la cuenta pública era prácticamente un ejercicio contable en el que se verificaban entradas y salidas y cumplimiento de programas, pero no comprendía un ejercicio valorativo respecto de la eficacia con que se utilizaron los recursos, de si se habían utilizado racionalmente y otros elementos que resultaban exorbitantes a una mera revisión contable legalista.<sup>183</sup>

La Corte considera que la ASF “tiene marcadas diferencias” con respecto a la Contaduría Mayor de Hacienda, “tanto en su denominación, *en su ámbito de facultades de que goza y destacadamente en su relación de coordinación respecto de la Cámara de Diputados, consecuencia de su autonomía técnica y de gestión*”.<sup>184</sup>

La SCJN refuerza las consideraciones anteriores en la resolución de la controversia constitucional 61/2004, al abundar sobre las facultades de fiscalización de la Auditoría Superior de la Federación. Reconoce la legitimación pasiva que tiene el auditor

---

<sup>183</sup> Controversia constitucional 36/2003, promovida por el Poder Ejecutivo Federal en contra de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y de la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación o Auditoría Superior de la Federación.

<sup>184</sup> *Idem.*

como responsable de actos en ejercicio de la autonomía técnica y de gestión que constitucionalmente se le otorga. La Corte expresa textualmente: “como se advierte, la entidad de fiscalización demandada goza de autonomía de gestión, por lo que si los actos que se le impugnan fueron emitidos por dicha autoridad en ejercicio de su autonomía técnica, resulta evidente que sí goza de legitimación pasiva en el presente juicio”.<sup>185</sup>

Asimismo, la Corte toma en cuenta la exposición de motivos de la reforma constitucional que dio origen a la ASEF, y considera:

...en el proceso legislativo de creación de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, se concibió al ente auditor como un órgano rector de la auditoría gubernamental en materia de gestión financiera. Para colmar lagunas y evitar ambigüedades se considera necesario conceptualizar las nociones de Cuenta Pública y gestión financiera recogiendo con ello los principios establecidos en el texto constitucional. Se consideró como gestión financiera, la actividad de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales, respecto de la administración, manejo, custodia y aplicación de los ingresos, egresos, fondos y en general, de los recursos públicos que éstos utilicen para la ejecución de los objetivos contenidos en los programas federales aprobados y la Cuenta Pública se consideró como el informe que los Poderes de la Unión y los entes públicos federales rinden de manera consolidada a través del Ejecutivo Federal, a la Cámara sobre su gestión financiera y se constituirá por los estados contables, financieros, presupuestarios, económicos y programáticos, y demás información que muestre el registro de las operaciones derivadas de la aplicación de la Ley de Ingresos y del Ejercicio del Presupuestos de Egresos de la Federación, la incidencia de las mismas operaciones y de otras cuentas en el activo y pasivo totales de la Hacienda Pública Federal, y del patrimonio neto, incluyendo el origen y aplicación de los recursos, así como el

---

<sup>185</sup> Controversia constitucional 61/2004, promovida por el Ejecutivo Federal en contra de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión; el mismo argumento acerca de la legitimación pasiva se usó en la controversia constitucional 84/2004.

resultado de las operaciones de los Poderes de la Unión y entes públicos federales, además de los estados detallados de la deuda pública federal.<sup>186</sup>

También es relevante para establecer las facultades y límites que tiene la EFSF la resolución sobre la controversia constitucional 87/2003 entablada por el ayuntamiento de Guadalajara en contra del Congreso y del Ejecutivo estatales. En ella se refiere a la Entidad de Fiscalización Superior del Estado de Jalisco, que de acuerdo con la Constitución estatal tiene un “carácter técnico e imparcial”. En los conceptos de invalidez que expresó el ayuntamiento de Guadalajara se destaca el siguiente:

...que las reformas a su constitución local son contrarias a la autonomía municipal que consagra el artículo 115 constitucional, particularmente a partir de la reforma municipal publicada en mil novecientos noventa y nueve. En resumidas cuentas, aduce que estas reformas, al autorizar al ente de fiscalización a revisar el cumplimiento de los planes y programas del municipio, lo autoriza a realizar una “revisión política” y que “...pretende establecer conjuntamente con la facultad de revisión de las cuentas públicas una facultad *política* de revisar ‘el cumplimiento de los objetivos en los programas’ o ‘planes propuestos’...” siendo que fijar, modificar y evaluar dichos planes y programas es una facultad que corresponde al propio municipio en ejercicio de la facultad de autogobierno y autonomía de que está dotada la entidad municipal y que la reforma le desconoce estas características que la reforma municipal de mil novecientos noventa y nueve consagró.<sup>187</sup>

Contra este argumento la SCJN sostuvo que el concepto de invalidez era infundado por las siguientes consideraciones:

...este Tribunal considera que el precepto impugnado no vulnera la autonomía municipal que tutela el artículo 115 de la Constitu-

---

<sup>186</sup> *Idem.*

<sup>187</sup> Controversia constitucional 87/2004, promovida por el ayuntamiento de Guadalajara en contra del Congreso del Estado de Jalisco y otros.

ción federal, pues, se reitera, en ningún momento faculta al ente fiscalizador a interferir en la confección de los planes y programas municipales, como tampoco a opinar acerca de su contenido, sino que se concreta a indicar cuáles son las bases sobre las que determinará si la aplicación de los recursos que refleja la cuenta pública municipal fue conforme o no con lo que el propio municipio dispuso en su presupuesto, en los planes o programas que consignó en él. La revisión que debe realizar es, como lo indica la propia normatividad, acerca del cumplimiento de los programas, función que es, per se, estrictamente fiscalizadora.<sup>188</sup>

El ayuntamiento de Guadalajara también consideró como inconstitucional la facultad del órgano de fiscalización local para establecer procedimientos, pues lo consideró contrario al principio de legalidad y seguridad jurídica que debe privar en los procedimientos de revisión al ser de orden público. Al respecto, la SCJN señaló lo siguiente:

...puede advertirse que se trata simplemente de dotar a la Auditoría Superior del Estado de facultades, al igual que a los órganos de control interno de las entidades auditadas, para que cada uno señale las criterios de operación o técnicos bajo los cuales, dentro de sus respectivos ámbitos, realizarán sus tareas relativas al control o evaluación del ejercicio del gasto público. No se trata de reglas que aspiren a una calidad material o formalmente legislativa, ni que tengan por objetivo regular el alcance, contenido u objeto de la revisión, pues eso lo disponen ya la propia Constitución estatal y las leyes aplicables, sino de que los órganos que habrán de involucrarse en estas responsabilidades puedan fijar por sí mismos cuál es la mecánica de trabajo conforme a la cual operarán, de manera que resulta infundado el dicho del actor.<sup>189</sup>

La situación ambigua en que se encuentran los organismos autónomos en el orden jurídico mexicano se percibe con particular claridad en el caso del diseño legal del Instituto Nacional

---

<sup>188</sup> *Idem.*

<sup>189</sup> *Idem.*

de Estadística y Geografía (INEG). Si bien la Constitución formalmente le da el carácter de ser un organismo constitucional autónomo, la ley secundaria le da el trato más bien de un órgano descentralizado.

La adición de un nuevo apartado B al artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de abril de 2006, creó un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica para garantizar la objetividad y la confiabilidad de la información sobre el país. Los datos manejados por este Sistema serán considerados oficiales y de uso obligatorio para todas las autoridades del país. El Sistema será normado y coordinado por un nuevo organismo constitucional autónomo que cuenta con autonomía técnica y de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propios. Los principios rectores del Sistema serán de accesibilidad, transparencia, objetividad e independencia.

Se transcribe el nuevo texto del apartado B del artículo 26 de la Constitución:

Artículo 26.

A. ...

...

...

...

B. El Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica cuyos datos serán considerados oficiales. Para la Federación, estados, Distrito Federal y municipios, los datos contenidos en el Sistema serán de uso obligatorio en los términos que establezca la ley.

La responsabilidad de normar y coordinar dicho Sistema estará a cargo de un organismo con autonomía técnica y de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propios, con las facultades necesarias para regular la captación, procesamiento y publicación de la información que se genere y proveer a su observancia.

El organismo tendrá una Junta de Gobierno integrada por cinco miembros, uno de los cuales fungirá como Presidente de ésta y del propio organismo; serán designados por el Presidente de la

República con la aprobación de la Cámara de Senadores o en sus recesos por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

La ley establecerá las bases de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, de acuerdo con los principios de accesibilidad a la información, transparencia, objetividad e independencia; los requisitos que deberán cumplir los miembros de la Junta de Gobierno, la duración y escalonamiento de su encargo.

Los miembros de la Junta de Gobierno sólo podrán ser removidos por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de los no remunerados en instituciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia; y estarán sujetos a lo dispuesto por el título cuarto de esta Constitución.

El artículo 26, apartado B, de la carta magna convierte al INEG en el cuarto organismo constitucional autónomo del Estado mexicano. De manera paralela a las reformas al artículo 28 constitucional promulgado en 1993, que otorgaron autonomía constitucional al Banco de México, al artículo 41 constitucional promulgado en 1996, que dotó de autonomía al Instituto Federal Electoral, y al artículo 102, apartado B, constitucional, aprobado en 1999, que otorgó autonomía a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el constituyente permanente se ha visto en la necesidad de otorgar autonomía constitucional a otro organismo fundamental para la efectividad y la rendición de cuentas del Estado mexicano. Tal y como se buscó en su momento blindar a la política financiera, a la organización de las elecciones y a la defensa y protección de los derechos humanos de la influencia indebida de parte de los partidos políticos y del Poder Ejecutivo, ahora los legisladores han decidido que la mejor forma de asegurar datos estadísticos y geográficos objetivos y confiables también sería por medio de la creación de un organismo constitucional autónomo.

La exposición de motivos del decreto de la reforma constitucional del Senado de la República del 24 de noviembre de 2005 ratifica este análisis:

En el [apartado] B se propuso agregar los supuestos normativos por los cuales se dote de autonomía constitucional al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. De esta manera, se proponía fortalecer al INEGI, dotándolo de una naturaleza jurídica con base en: a) autonomía de gestión y presupuestaria; b) personalidad jurídica y c) patrimonio propios para que pueda garantizar al Estado y a los ciudadanos, el acceso oportuno y responsable a la información estadística y geográfica del país (p. 2).

Asimismo, en el debate del Senado de la República no queda duda con respecto a la intención de los legisladores de dotar de autonomía constitucional al INEGI. La reforma fue aprobada en el Senado por unanimidad el 24 de noviembre de 2005. A favor del proyecto de decreto hablaron representantes de una diversidad de partidos políticos. El senador Adrián Alanís Quiñones dejó el proyecto de decreto bajo discusión

...se refiere a la transformación del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática en un organismo de autonomía constitucional, para otorgarle independencia de los poderes, el cual gozará de personalidad jurídica y patrimonio propios, y será el responsable de la política nacional y de los sistemas estadísticos y geográficos en el marco de la nueva cultura de la transparencia y acceso universal a la información que fortalece a la planeación democrática nacional.

Por su parte, la senadora Dulce María Sauri Riancho manifestó que “a partir de hoy, cuando concluya el proceso jurídico del Constituyente Permanente, el INEGI dejará de ubicarse en la esfera del Poder Ejecutivo, dejará de ser un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y será autónomo. Nace así un nuevo órgano constitucional”.

De igual forma, el senador Miguel Ángel Navarro Quintero señaló que

...los cambios aquí referidos muestran el final de una larga lucha de legisladores de todas las políticas representadas en el Congreso



de la Unión, así como de investigadores, miembros de la academia, y de los propios trabajadores del INEGI para otorgarle la autonomía constitucional a dicho organismo... Contará con una junta de gobierno que no tendrá actitudes cortesanías ante el Poder Ejecutivo, y si de una información veraz ante el pueblo de México.

Finalmente, el senador Alfredo Martín Reyes Velásquez sostuvo que “en el grupo parlamentario del Partido de Acción Nacional hemos buscado desde hace 15 años que instituciones como la que hoy nos ocupa, tengan un marco normativo que les permita actuar con independencia y objetividad para que, de esa forma, su función técnica no se vea opacada por intereses particulares”.

La redacción del nuevo apartado B del artículo 26 constitucional no deja lugar a dudas. No estamos ante un nuevo organismo descentralizado o desconcentrado, para lo cual no hubiera hecho falta una reforma constitucional, sino ante un organismo con autonomía plena de los tres poderes de la Unión equivalente al Banxico, al IFE y a la CNDH.

Sin embargo, la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica aprobada en 2008 desconoce esta situación y le da un trato de órgano descentralizado al INEG. Específicamente, existen varios artículos de la ley que violan la autonomía constitucional del INEG.

Primero, la facultad del jefe del Ejecutivo Federal de designar al presidente de la Junta de Gobierno del INEG plasmada en el artículo 67 implica subordinación al Poder Ejecutivo:

Artículo 67. La Junta de Gobierno es el órgano superior de dirección del Instituto, y estará integrada por cinco miembros designados por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o, en los recesos de esta última, de la Comisión Permanente.

De entre los miembros de la Junta de Gobierno, *el Ejecutivo Federal nombrará al Presidente del Instituto, quien presidirá el citado órgano colegiado*. El resto de los miembros de la Junta de Gobierno actuarán como vicepresidentes de la misma.

La designación del presidente de la Junta de Gobierno del Instituto por el presidente de la República violenta la independencia del Instituto, porque entre las atribuciones que el artículo 80 de la ley de referencia asigna al presidente de la Junta de Gobierno figura la de tener a su cargo la administración del Instituto, la representación legal de éste, y el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las atribuciones que la ley confiere a la Junta de Gobierno.

Segundo, la intromisión del Ejecutivo Federal en la remoción de un miembro de la Junta de Gobierno plasmada en el artículo 74 implica subordinación al Poder Ejecutivo. El artículo 74 de la ley en comento señala que

Compete a la Junta de Gobierno dictaminar sobre la existencia de las causas de remoción señaladas en el artículo inmediato anterior, *debiendo hacerlo a solicitud del Presidente de la República* o de cuando menos dos de sus miembros. El dictamen se formulará según resolución de la mayoría de los miembros de la Junta de Gobierno, después de conceder el derecho de audiencia al afectado y sin que éste participe en la votación.

El dictamen, con la documentación que lo sustente, incluida la argumentación por escrito que, en su caso, el afectado hubiere presentado, *será enviado al Ejecutivo Federal para su resolución definitiva.*

La redacción de este artículo es a todas luces inconstitucional, ya que erige al presidente de la República como una autoridad superior por encima tanto de la Junta de Gobierno del INEG como del Congreso de la Unión, lo cual implica intromisión, subordinación y dependencia del INEG al Ejecutivo Federal. En apoyo a este análisis podemos citar una serie de tesis con respecto a la necesidad de proteger la autonomía de los órganos constitucionales autónomos.<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup> Tesis de jurisprudencia P./J. 20/2007, Registro No. 172456, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1647; tesis de jurisprudencia P./J. 80/2004, Pleno, Registro No. 174822, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004,

Tercero, el texto del artículo 83 implica una abierta violación a la autonomía presupuestal del INEG. El artículo 83 de la ley señala:

Artículo 83. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, para su tratamiento presupuestario el Instituto se sujetará a lo siguiente:

I. Aprobará su proyecto de presupuesto y deberá enviarlo a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para su integración al proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación, observando los criterios generales de política económica *y los techos globales de gasto establecidos por el Ejecutivo Federal;*

II. Ejercerá su presupuesto observando lo dispuesto en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, sin sujetarse a las disposiciones generales emitidas por las secretarías de Hacienda y Crédito Público y de la Función Pública. Dicho ejercicio deberá realizarse con base en los principios de eficiencia, eficacia y transparencia y estará sujeto a la evaluación y control de los órganos correspondientes;

III. Autorizará las adecuaciones a su presupuesto sin requerir la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *siempre y cuando no rebasen el techo global de su presupuesto aprobado;*

IV. Realizará sus pagos a través de su tesorería;

V. Determinará los ajustes que correspondan en su presupuesto en caso de disminución de ingresos, observando en lo conducente lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, y

VI. Llevará la contabilidad y elaborará sus informes conforme a lo previsto en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, y deberá enviarlos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para su integración a los informes trimestrales y a la Cuenta Pública;

El Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio fiscal en que deban realizarse los censos nacionales, las cuentas nacio-

p. 122; tesis de jurisprudencia P./J. 82/2006; juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-009/2001; tesis de jurisprudencia P./J. 9/2006.

nales y los índices nacionales de precios, a que se refiere el artículo 59 de esta Ley, deberá contemplar los recursos suficientes para que el Instituto los lleve a cabo.

Las Actividades Estadísticas y Geográficas que, en adición a las señaladas en el párrafo anterior, el Instituto determine llevar a cabo en los términos de esta Ley, *estarán sujetas a la disponibilidad presupuestaria que, en su caso, se apruebe para tales efectos en el Presupuesto de Egresos de la Federación.*

Dada la naturaleza de organismo autónomo de rango constitucional, el INEG no debería ser sometido a las disposiciones y a los techos globales de gasto en la aprobación de su proyecto de presupuesto y en el ejercicio del mismo, establecidos por el Ejecutivo Federal, o por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Esto implicaría una subordinación inaceptable para un organismo que tendrá entre sus funciones la de regular la información que permitirá evaluar el desempeño del gobierno federal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la autonomía presupuestal o financiera es un requisito esencial para que los organismos constitucionales autónomos estén en condiciones de cumplir con sus funciones.<sup>191</sup> Sirva para ilustrar lo anterior la transcripción de los argumentos de la Corte al decidir a favor del Tribunal Electoral del Distrito Federal en su controversia con la Asamblea Legislativa del Distrito Federal:

...En cuanto a la intromisión, consideramos que el hecho de que la Asamblea Legislativa haya previsto que la Secretaría de Finanzas del Distrito Federal está facultada para interpretar para efectos administrativos, las disposiciones del Decreto de Presupuesto de Egresos, y establecer con la participación de la Contraloría General del Distrito Federal, en el ámbito de su competencia, las medidas conducentes para su correcta aplicación, con la finalidad de mejorar la eficiencia, eficacia, transparencia y disciplina en el ejercicio de recursos públicos, sí constituye una intromisión

---

<sup>191</sup> Tesis de Jurisprudencia P./J. 20/2007, Registro 172456, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1647.

en el ámbito de competencias de este órgano jurisdiccional, ya que a través de este precepto se permite que las dependencias del Ejecutivo Local citadas, se inmiscuyan en la forma en que el Tribunal Electoral ejercerá y manejará su presupuesto, ya que éstas establecerán las “medidas conducentes para su correcta aplicación”, lo cual evidentemente podría incidir de manera determinante en la toma de decisiones del órgano autónomo, pudiendo generarse algún tipo de sumisión o relación jerárquica.

En cuanto a la dependencia, consideramos que también se actualiza este grado ya que, con lo establecido por el artículo 3º impugnado, se faculta a dos dependencias del Ejecutivo Local para que “interpreten las disposiciones del presupuesto y establezcan las medidas conducentes para su correcta aplicación”, lo cual puede tener como consecuencia que se impida al Tribunal Electoral del Distrito Federal tomar decisiones o actuar en forma autónoma respecto de su presupuesto autorizado.

Es decir, con lo previsto por este precepto, el órgano jurisdiccional autónomo ya no podrá llevar a cabo el manejo y ejercicio autónomo de su presupuesto, pues se verá obligado a seguir las medidas establecidas, con lo cual estimamos que se genera un ámbito de dependencia, ya que el Tribunal Electoral estará sujeto a las interpretaciones y medidas que respecto de su presupuesto establezcan dos órganos del Ejecutivo Local.

En cuanto a la subordinación, consideramos que también se actualiza este grado ya que, con lo dispuesto por el artículo 3º impugnado, el Tribunal Electoral del Distrito Federal no tiene otra opción más que aceptar la interpretación y establecimiento de medidas conducentes que sobre su presupuesto autorizado establezcan dos órganos del Ejecutivo Local, sometiéndose así a la voluntad de ellos, lo cual atenta contra la autonomía e independencia del órgano jurisdiccional electoral.

La Suprema Corte también ha sostenido que el proyecto de presupuesto de egresos de un organismo autónomo debe ser incluido sin modificaciones por parte del Poder Ejecutivo en el presupuesto de egresos, siendo únicamente posible su modificación por parte del Poder Legislativo.

Finalmente, en una resolución histórica tomada en mayo de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), de manera contradictoria, concluyó que la Auditoría Superior de la Federación (ASF), órgano técnico de la Cámara de Diputados, no cuenta con facultades plenas para solicitar información a los órganos del Poder Judicial.

De acuerdo con la SCJN, el Poder Legislativo únicamente tiene derecho de acceder a información que a juicio de los mismos jueces sea “pertinente” y “razonable”. La Corte sostiene que de permitir a la ASF acceso libre a todos los documentos en su poder, el auditor se convertiría en una especie de superpoder, ya que podría “interferir” y “entrometerse” en las funciones propias del Poder Judicial.

Con esta resolución, los ministros violan el texto del artículo 6o. constitucional, que consagra el principio de máxima publicidad para solicitudes de acceso a la información. Asimismo, sostienen el falaz argumento de que el acto de informar es equivalente a un acto de subordinación al solicitante de la información. En suma, tuercen la ley con tal de extender un cheque en blanco al Poder Judicial para escabullirse de la transparencia a su antojo.

Todo empezó cuando Roberto Salcedo, miembro de la ASF, intentó hacer uso pleno de sus facultades para auditar el desempeño del sistema de carrera judicial. En 2007 solicitó al ministro Ortiz Mayagoitia, presidente tanto del Consejo de la Judicatura como de la Suprema Corte, toda la información existente sobre la evaluación, promoción y calificación de los jueces y magistrados federales. En el caso, la Corte decidió que el Consejo no debe proporcionar todos los documentos solicitados, sino únicamente aquellos que a juicio del propio Consejo estén vinculados con su “gestión financiera”.

Existe, desde luego, un debate importante con respecto al alcance de las atribuciones de la ASF. En años recientes, la misma SCJN ha dictado jurisprudencias claves que concluyen que las revisiones de la Auditoría siempre deben enfocarse a la “gestión financiera” del ente fiscalizado.

Sin embargo, este concepto es sumamente amplio, y el auditor tiene la facultad legal de “solicitar y obtener toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones”. La ASF incluso tiene derecho de acceder a información reservada, siempre y cuando mantenga la documentación en secreto. En todo caso, debe ser el mismo auditor, no el ente fiscalizado, quien decida qué información es “pertinente” y “necesaria” para la realización de sus funciones. El intento de la SCJN de censurar la información que se proporciona al auditor implica una franca intromisión en las facultades propias del Poder Legislativo.

En su resolución, los ministros de la Corte se erigen como defensores de la “autonomía judicial” en contra de los intentos de intromisión de la ASF. En palabras del ministro Gudiño Pelayo, “consentir que la Auditoría pueda supervisar, fiscalizar y emitir recomendaciones sobre políticas, procedimientos, métodos y parámetros aplicados para la selección de jueces y magistrados significaría también la vulneración de la garantía orgánica de independencia de la Judicatura”. Pero en realidad no es el auditor quien se entromete en las funciones del Poder Judicial al solicitar información, sino la Corte, quien se inmiscuye en las facultades del Poder Legislativo en materia de fiscalización, al querer determinar qué información se encuentra o no relacionada con la revisión de la gestión financiera del consejo.

Esta decisión hubiera dado lugar a que la Cámara de Diputados presentara una controversia constitucional en contra de esta resolución. Asimismo, sería recomendable realizar reformas legales para fortalecer las capacidades de investigación tanto de la ASF como del Poder Legislativo, así como abrir el Poder Judicial a mayor escrutinio público.





## CONCLUSIONES

El argumento central del presente libro es que no se puede diseñar a los organismos autónomos como un fenómeno pasajero, como una moda o como algo utilizado exclusivamente por regímenes autoritarios para simular su compromiso con la rendición de cuentas. La cantidad de organismos que existen actualmente alrededor del mundo, el avance de los criterios jurisprudenciales en la materia, y los rediseños constitucionales que se han llevado a cabo recientemente en América Latina en particular, nos obligan a concebir a los organismos autónomos como parte de una revolución silenciosa en la división de poderes, que se encuentra en proceso a nivel internacional.<sup>192</sup>

Esta proliferación de nuevos organismos pone en cuestión postulados fundamentales de las teorías clásicas de la democracia y nos invita a preguntarnos si hoy asistimos al surgimiento de un nuevo “cuarto” poder público. Los nuevos organismos buscan expandir la clásica división tripartita del poder con el fin, tanto de fortalecer la vigilancia y el control de las acciones gubernamentales como de inaugurar nuevas sendas para la participación ciudadana en los asuntos públicos.

En general, los organismos autónomos tienen un gran potencial para rearticular el sistema de rendición de cuentas del Estado mexicano, pero no son una panacea, y siempre se corre el riesgo de generar una fragmentación del Estado o de caer en peligrosas simulaciones a la hora de diseñar estos organismos.

En el capítulo introductorio resumimos los principales debates teóricos con respecto a las temáticas de la rendición de cuentas y a los organismos autónomos. El capítulo simultánea-

---

<sup>192</sup> Rosanvallón, Pierre, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2011.

mente dialoga con autores claves en la materia, como Schedler, Caballero, Cárdenas, García-Pelayo y Carpizo, y presenta su propio enfoque, que sintetiza y busca ir más allá de los debates existentes. Específicamente, se propone construir un nuevo enfoque que se distancia tanto de las versiones “minimalistas” como de las “maximalistas” en el estudio de los organismos autónomos de rendición de cuentas reflejadas en el trabajo de los otros autores.

El segundo capítulo, junto con el anexo correspondiente, incluye un amplio estudio sobre la historia y la actualidad de los organismos constitucionales en el mundo. Por un lado, presenta una revisión y categorización de los más de 250 organismos actualmente en existencia. Por otro lado, incluye estudios de caso para algunos de los países que más destacan con respecto al rediseño de la estructura institucional de la rendición de cuentas, como Taiwán, Venezuela y Ecuador.

El tercer capítulo, revisa con cuidado los criterios jurisdiccionales en una gran variedad de países latinoamericanos (Colombia, Brasil, Perú, Venezuela y Argentina) con respecto a la autonomía de los órganos independientes y a sus relaciones con los poderes tradicionales. Esta revisión de casos claves busca dilucidar los nudos analíticos y los retos de interpretación jurídica que suelen surgir frente al nuevo diseño institucional para la rendición de cuentas basado en la creación de organismos autónomos.

El cuarto capítulo, examina el caso mexicano. En este apartado subrayamos las paradojas y las contradicciones actuales de los organismos autónomos en el país, que si bien cuentan con importantes facultades y funciones delineadas por la Constitución, simultáneamente están alejados por la misma carta magna de lo que García-Pelayo llamaría la “dirección política del Estado”. Ello, por la redacción del artículo 49 constitucional y los criterios ambiguos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado en la materia. En consecuencia, se propone reformar el artículo 49 de la Constitución para incorporar plenamente a los

órganos constitucionales autónomos dentro del sistema jurídico mexicano.

En este último apartado resumimos algunas de las discusiones claves que atraviesan el presente texto de manera transversal, e indicamos nuevos caminos para la investigación en la materia.

En un sistema democrático, los ciudadanos eligen a sus representantes, y teóricamente en la siguiente elección los llaman a cuentas por su desempeño. A su vez, los representantes elegidos nombran y llaman a cuentas por su desempeño a los servidores públicos. Se supone que esta cadena de responsabilidad debería asegurar la gobernabilidad y el Estado de derecho, ya que al final de cuentas los empleos de todos los servidores públicos dependen en última instancia del voto popular.

Desafortunadamente, la rendición de cuentas que se establece a través de las elecciones no es suficiente para garantizar un buen desempeño gubernamental y el Estado de derecho. Así que, como ya argumentamos en el capítulo introductorio del presente trabajo, la celebración de elecciones resulta ser una condición necesaria, mas no suficiente, para alcanzar la rendición de cuentas. Habría que complementar a la democracia con reformas que incidan en el desempeño gubernamental de manera directa. En principio, existen cuatro tipos de reformas que se han utilizado históricamente para intentar lograr este fin: “reformas weberianas”, “mercantilización”, “rendición de cuentas social” y “organismos autónomos”.

Primero, Max Weber veía a la burocracia como el mejor ejemplo de la institucionalización de la racionalidad, donde cada servidor público llevaría a cabo una tarea específica y rendiría cuentas por todas sus acciones y decisiones ante sus superiores. Este esquema genera un inflexible triángulo integrado de forma vertical con el poder concentrado en la cima. El buen gobierno se garantiza a través de una constante y cuidadosa supervisión de las tareas de gobierno, así como por medio de una organización racional de éstas.

Este es el “tipo ideal”<sup>193</sup> de burocracia que predominó entre los estudiosos de la administración y de la gestión pública durante la mayor parte del siglo XX. El enfoque no cobró fuerza hasta la fecha, particularmente en el mundo en desarrollo, donde los aparatos gubernamentales suelen ser débiles. Un gobierno sólido y racionalmente organizado es considerado como la estrategia ideal de combate a la corrupción, al clientelismo y a la “captura” del Estado.

Desafortunadamente, en el mundo moderno de “gobiernos flexibles”, el fortalecimiento de las atribuciones gubernamentales de mando y de control ha ido desapareciendo. Sin embargo, estas “arcaicas” estrategias de gestión pública, tales como el servicio civil de carrera y el mejoramiento de los procesos dedicados a las auditorías internas, a la evaluación y a la vigilancia perduran como elementos absolutamente centrales de cualquier conjunto de reformas orientadas al mejoramiento de la rendición de cuentas. Si los apartados centrales administrativos no cuentan con la fuerza y con la legitimidad suficientes para controlar a sus propios empleados, las otras reformas orientadas hacia la rendición de cuentas muy probablemente en el largo plazo tendrán un horizonte de fracaso.

Segundo, la más reciente ola de reformas en la administración pública hace énfasis tanto en la privatización de los servicios públicos como en la emulación de las técnicas de gestión del sector privado por parte de los gobiernos y de las empresas estatales. Ambas estrategias son muy diferentes en términos empíricos y desde el punto de vista del análisis de sus implicaciones. Vender o privatizar los monopolios gubernamentales es algo muy diferente a dirigir las empresas estatales o paraestatales como un negocio. Sin embargo, al introducir en la ecuación la llamada “disciplina del mercado”, ambas estrategias están orientadas a mejorar la rendición de cuentas en la provisión de los servicios públicos.

---

<sup>193</sup> Los “tipos ideales” de Weber son expresiones de las características esenciales de las formas societales, y no reflejan necesariamente la compleja realidad de los casos existentes.

Los procesos de privatización insertan el mercado de un solo golpe, mientras que las estrategias, como la introducción de lógicas de competitividad, las subcontrataciones, la desregulación de los procedimientos gubernamentales y la flexibilización de los mercados laborales, integran las prácticas y las lógicas mercantiles de un modo más acompasado e indirecto. Tales reformas incorporan a la sociedad como un agregado de consumidores supuestamente listos para castigar o recompensar a los proveedores de servicios de acuerdo con la efectividad que estos últimos demuestren. En la práctica, sin embargo, estas estrategias suelen generar más (en lugar de menos) oportunidades para la corrupción y la impunidad.

Asimismo, la mercantilización no debiera ser nunca confundida con el establecimiento de un régimen de “rendición de cuentas social”, nuestra tercera categoría. Aunque ambos elementos se orienten a movilizar a la sociedad, evidentemente cada estrategia tiene lógicas muy diferentes. Mientras que la mercantilización busca entregar partes importantes del Estado a los empresarios, la rendición de cuentas social busca invitar a la sociedad civil a participar activamente en el Estado. Mientras que el discurso de la mercantilización se limita en la protección del consumidor y en el respeto a sus elecciones, el discurso de la rendición de cuentas social se basa en el empoderamiento de los derechos de los ciudadanos.

La rendición de cuentas social también tiene importantes ventajas sobre la mercantilización en tanto que mantiene el control gubernamental sobre la provisión de servicios públicos centrales. Primero, la rendición de cuentas social mantiene la ventaja comparativa que el Estado posee sobre el mercado en la provisión de bienes públicos, monopolios naturales, necesidades básicas y bienes que requieren desarrollo y planeación de largo plazo. Segundo, dado que el Estado mantiene el control sobre la provisión de servicios públicos, los costos de transacción se mantienen al mínimo; ello, al permitir concentrar la coordinación de múltiples programas y actividades con objetivos paralelos. Cuando los ser-

vicios públicos se subdividen y se venden o se subcontratan, los costos de transacción suben considerablemente. Utilizar los mecanismos de rendición de cuentas social en lugar de la mercantilización permite que las ventajas de la coordinación centralizada afloren, eclipsando las desventajas de la burocratización. Tercero, la rendición de cuentas social evita la aparición de los efectos de inequidad y de corrupción que se producen al mercantilizar la función pública.

El universo de las acciones de gobierno es tan amplio, que es necesario incluir la participación y el concurso de la sociedad civil para el éxito de la rendición de cuentas. Los auditores gubernamentales sólo pueden desarrollar un número limitado de auditorías. Los *Ombudsmen* de derechos humanos sólo pueden dar respuesta a un cierto número de quejas. Las legislaturas sólo pueden dar seguimiento a un número limitado de programas. Los presupuestos pueden ser expandidos y los poderes extendidos, pero los infinitos detalles de las conductas gubernamentales siempre escapan de la vista del examinador. No existe un único “ojo divino” desde el cual se puedan controlar plenamente los aparatos gubernamentales.

Por ello, es necesario complementar las estrategias de “patrullaje policiaco” ejercido desde arriba y desde el gobierno con mecanismos de “alarmas de fuego” surgidas desde abajo y desde la ciudadanía. Para McCubbins y Schwartz,<sup>194</sup> el “patrullaje policiaco” es la modalidad típica de vigilancia bajo la cual operan las agencias gubernamentales, tratando de supervisar constantemente a todos aquellos que están obligados a monitorear. Por el contrario, las “alarmas de fuego” se activan cuando los actores externos a las agencias monitoreadas descubren fallas y problemas, y ello obliga a enfocarse en resolver esos problemas con una atención especial. Una patrulla en sus recorridos por el barrio quizá encuentre un ladrón o un edificio incendiándose. Pero la

---

<sup>194</sup> McCubbins, Mathew y Schwartz, Thomas, “Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols vs. Fire Alarms”, *American Journal of Political Science*, vol. 28, núm.1, febrero de 1984.

sociedad está presente en todas partes y responde más y con rapidez cuando hay un problema. Asimismo, el hecho de que la sociedad pueda hacer “sonar la alarma de fuego” en cualquier instante es un poderoso factor que inhibe la corrupción.

Finalmente, existe la cuarta categoría de los organismos constitucionales autónomos analizados en el presente trabajo. Algunos teóricos han cuestionado estas nuevas figuras institucionales, con el argumento de que desvirtúan la división clásica de poderes entre el Ejecutivo, el Judicial y el Legislativo.<sup>195</sup> El Legislativo asegura la soberanía del pueblo en la toma de decisiones y en el diseño de las leyes. El Ejecutivo garantiza un gobierno eficaz y representativo, ya que concentra el poder en un solo aparato ejecutor. El Poder Judicial defiende la Constitución y asegura que ninguno de los poderes elegidos viole nuestros derechos fundamentales. Se argumenta que el delicado equilibrio entre estos tres poderes ha asegurado la legitimidad y la estabilidad política durante siglos, y que este equilibrio podría ser perturbado por el surgimiento de otros poderes, lo que provocaría una gran confusión e ineficacia gubernamental.

En algunos casos ello puede ser cierto. Sin embargo, sería un error afirmar que a priori y por esencia todos los organismos autónomos dañan más que lo que fortalecen a la gobernabilidad y al Estado de derecho. Como hemos visto arriba, la efectividad de tales organismos depende de su desempeño real, medido empíricamente. El desempeño de los organismos autónomos varía ampliamente a nivel internacional. Algunos han jugado un papel central en la consolidación de la rendición de cuentas de sus respectivos países, pero otros únicamente han permitido a los gobiernos evadir sus responsabilidades sociales al desviar las críticas al gobierno central.

Específicamente, los organismos que han conseguido convertirse en un puente entre el Estado y la sociedad son aquellos que

---

<sup>195</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, *El Estado contra sí mismo: las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal*, México, Noriega Editores, 1998.

han cumplido su mandato de modo más efectivo, mientras que aquellos otros que se deslindan y se desvinculan de la sociedad tienden a aislarse en el desprestigio y en la ineffectividad. De esta manera, vemos que la llamada rendición de cuentas “horizontal” y “vertical” no pueden disociarse de forma fácil. La fortaleza de los organismos autónomos depende de sus conexiones e interacción con toda la sociedad, lo cual desde luego potencia la noción misma de rendición de cuentas social.

En general, hace falta rediseñar el marco constitucional del Estado mexicano para definir claramente el papel de los órganos y de los organismos autónomos. El problema es que en México existe una falta de claridad con respecto a la naturaleza jurídica y a las funciones de estos organismos. Ileana Moreno lo señala de manera particularmente clara:

Del esquema legal de los órganos autónomos ya existentes, no se desprende cuál es el fin que motivó su creación. Esto es, no queda claro si lo que se buscaba era entender a la división de poderes como frenos y contrapesos ante la actuación de otros poderes; o bien, si se quería producir entes completamente aislados, independientes, intocables para los demás poderes y entidades públicas.<sup>196</sup>

Surge entonces la necesidad de repensar el diseño institucional del Estado mexicano para que los organismos autónomos cuenten con un lugar firme y debidamente regulado dentro de la carta magna. De otra forma, nos arriesgamos a caminar en dirección de una crisis constitucional de grandes proporciones, que podría poner en riesgo no solamente la vigencia de los organismos autónomos actualmente existentes, sino incluso la efectividad del Estado mexicano en su conjunto. Hay que llevar a cabo un trabajo de reingeniería institucional integral aprendiendo de las experiencias en otros países, como Ecuador, Venezuela y Taiwán.

---

<sup>196</sup> Moreno Ramírez, Ileana, *op. cit.*, nota 12, p. XVI.



Tal y como anotamos en el capítulo introductorio, Manuel García-Pelayo ha articulado el reto en esta materia con particular claridad:

Una unilateral extensión del pluralismo podría conducir a un proceso acumulativo de atomización o factorialización y, en caso límite, a la destrucción misma de la estructura o sistema de la que forman parte los componentes pluralistas. Tal posibilidad sólo puede ser neutralizada por la presencia de la integración, concepto caracterizado, precisamente, por la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, por la superación de la antinomia entre la simple suma o agregación, de un lado, y la uniformidad o la socialización en pautas homogéneas, de otro.<sup>197</sup>

La pregunta clave entonces es: ¿qué tipo de reformas constitucionales y legales serían estratégicas para otorgar una mejor estructura, orden y fortaleza institucional a los organismos autónomos existentes en México? La respuesta que ofrecemos aquí es que sería necesario reformar el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como seguir el ejemplo de países latinoamericanos hermanos, como Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia, para abrir un título específico en la carta magna para dar cabida plena a los organismos autónomos dentro del orden jurídico mexicano.

De acuerdo con una lectura estricta del primer párrafo del artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los organismos constitucionales autónomos no tienen cabida en el orden jurídico mexicano: “el supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Al no formar parte de los poderes tradicionales del Estado, estos organismos no comparten el “supremo poder de la federación”, y por lo tanto no podrían ejercer autoridad pública alguna.

---

<sup>197</sup> García-Pelayo, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. I, núm.1, 1981, p. 27.

En nuestro país, estos organismos están técnicamente fuera de la división de poderes que señala el artículo 49 constitucional. Como hemos visto, el verdadero fundamento de dichos organismos descansa en una jurisprudencia de la Suprema Corte, la P./J, 20/2007, de mayo de ese año. Sin embargo, esta jurisprudencia de la Corte resulta contradictoria, ya que, por un lado, sostiene que estos organismos generan una “evolución” de la teoría tradicional tripartita de la división de poderes, pero, por otro lado, simultáneamente “no alteran” esta teoría. Aunque toda “evolución” necesariamente implica cambio y transformación, así que es imposible evitar alguna “alteración” en un proceso de este tipo. Urge reformar el artículo 49 constitucional para dar una base jurídica sólida a los organismos constitucionales autónomos.

Hemos visto que a nivel internacional existen tres modelos para regular esta clase de organismos. El primero, que podemos denominar “integrador”, se encuentra en las Constituciones de Ecuador, Venezuela y Taiwán, por ejemplo. En los dos primeros casos, sus orígenes se pueden rastrear con el propio Simón Bolívar, y en el tercero, en los postulados del Sun Yat-Sen. El segundo modelo de tipo “enunciativo”, reconoce a los organismos autónomos a nivel constitucional en un apartado específico de la carta magna, pero no como un cuarto poder. En esta situación se encuentran, por ejemplo, los casos de Colombia, Bolivia, Iraq y Sudáfrica. El tercer modelo, que más bien sería un “antimodelo”, no regula o agrupa a los diferentes organismos autónomos, sino que simplemente los menciona de manera dispersa dentro de la Constitución.

México actualmente se encuentra dentro de la tercera categoría. Sería recomendable transitar primero hacia el segundo modelo, para posteriormente consolidar la función jurídica y constitucional de estos órganos por medio de la implementación del tercer modelo.

Más allá de las modificaciones estructurales necesarias a la Constitución, también se pueden plantear propuestas específicas

para resolver problemáticas concretas. Por ejemplo, un rediseño institucional será particularmente importante con respecto al tema del combate a la corrupción. Recientemente ha habido una ola mundial de innovación en cuanto al diseño institucional para la rendición de cuentas, sobre todo en cuanto a la creación y reforma de instituciones especializadas para el combate a la corrupción. Con un fuerte apoyo de organismos multilaterales y fundaciones internacionales, muchos países han buscado seguir el ejemplo del ICAC de Hong Kong por medio de la creación de un nuevo organismo independiente que pueda centralizar los esfuerzos gubernamentales de combate a la corrupción. Ahora, que más de treinta países cuentan con este tipo de organismos, incluyendo Argentina, Australia, Botswana, Colombia, Chile, Ecuador, Korea, Malaysia, las Filipinas, Tanzania, Tailandia, Singapur, Uganda y Venezuela, ¿tendría sentido pensar en una estrategia parecida en México?

Existen dos puntos de vista diferentes sobre el tema. Por un lado, estudiosos como Daniel Kaufmann, del Banco Mundial, son muy escépticos de este tipo de estrategias de reforma:

Organismos de combate a la corrupción, como el ICAC de Hong Kong... generalmente reciben el crédito para muchos de los avances en el combate a la corrupción. En contraste, muchas veces las *reformas institucionales y económicas complementarias* más amplias reciben crédito insuficiente... Los organismos anti-corrupción fácilmente se vuelven inútiles o, peor, manipulados para fines políticos.<sup>198</sup>

Kaufmann se preocupa de que se ponga demasiada atención en la herramienta específica de combate a la corrupción y no en el entorno institucional y económico en general, que crea un clima propicio para el combate a la corrupción.

---

<sup>198</sup> Kaufmann, Daniel, “Revisiting Anti-Corruption Strategies: Tilt Towards Incentive-Driven Approaches”, en UNDP, *Corruption & Integrity improvement initiatives; A depoloping country*, New York, UNDP, 1998.

Por otro lado, autores como Alan Doig<sup>199</sup> y Patrick Meagher (2005)<sup>200</sup> señalan los grandes beneficios de organismos independientes especializados en el combate a la corrupción.

Un organismo anti-corrupción ofrece la oportunidad para retomar el liderazgo así como la responsabilidad para [enfrentar la problemática de la corrupción]... y en cuanto busca resolver los factores estructurales que provoca la corrupción en el sector público, ofrece una ruta hacia el fortalecimiento institucional y de capacidades de intervención.<sup>201</sup>

Cuando se combate a la corrupción por medio de una variedad de diferentes dependencias y organismos, por lo general se presentan grandes problemas de coordinación. Los organismos especializados en el combate a la corrupción tienen la ventaja de que centralizan y focalizan los esfuerzos del gobierno.

Las [comisiones anti-corrupción] pueden (i) centralizar toda la información y inteligencia necesaria sobre la corrupción, y (ii) resolver problemas de coordinación entre varias dependencias por medio de la integración vertical... En otras palabras, las contribuciones principales de una comisión son sinergia, coordinación y poder concentrado.<sup>202</sup>

Las comisiones de combate a la corrupción también complementan las técnicas de auditoría utilizadas por las entidades de fiscalización con técnicas de procuración de justicia. Mientras una entidad de fiscalización tiene el propósito general de evaluar cómo se gastó el presupuesto público, incluyendo evaluaciones al desempeño, una comisión especializada enfoca su atención específicamente en la detención y castigo de los actos corruptos.

---

<sup>199</sup> Doig, Alan, "Good government and sustainable anti-corruption strategies: A role for independent anti-corruption agencies?", *Public Administration and Development*, Vol. 15 No. 2, mayo 1995.

<sup>200</sup> Meagher, Patrick, "Anti-corruption agencies: Rhetoric Versus reality", *The Journal of Policy Reform*, Vol. 8, No. 1, marzo de 2005, pp. 105 - 179.

<sup>201</sup> Doig, Alan, *op.cit.*, nota 200, p. 161.

<sup>202</sup> Meagher, Patrick, *op. cit.*, p. 80.

Por lo general, las comisiones especializadas surgen en respuesta a una crisis generalizada de corrupción que haya provocado una falta de confianza en el gobierno. En este contexto, se busca crear un nuevo organismo que pueda presentarse como algo diferente e independiente de las prácticas de complicidad y corrupción arraigadas en el sistema. Así fue el caso, por ejemplo, de la creación del CPIB en Singapur, el ICAC en Hong Kong, la CCC en Ecuador, así como en la creación de organismos parecidos en Uganda y en las Filipinas.

Sin embargo, la mera creación de un nuevo organismo no es suficiente para resolver el problema. En algunos casos puede hasta empeorar la situación. Por ejemplo, en un estudio de comisiones anticorrupción en África, Doig y Watt<sup>203</sup> han detectado un “ciclo de vida” típico de este tipo de organismos. Al principio existen expectativas muy altas en la nueva institución como la posible solución a todos los males del gobierno, pero típicamente la Comisión no es capaz de cumplir con estas expectativas en el corto plazo. En consecuencia, el organismo recibe menos financiamiento público e internacional, lo cual empeora su desempeño, lo que conlleva a una decepción generalizada en la Comisión independiente y surgen voces que llaman incluso para su desaparición. Este ciclo mina la credibilidad y la legitimidad del gobierno.

Aun cuando son exitosas, las comisiones independientes de combate a la corrupción suelen tener problemas importantes. Por ejemplo, un estudio reciente de Moshe Maor<sup>204</sup> de comisiones y otros mecanismos de investigación independientes en Australia, Italia, la Unión Soviética y los Estados Unidos, demuestra que

---

<sup>203</sup> Doig, Alan y Watt, “Measuring ‘success’ in five African Anti-Corruption Commissions - the cases of Ghana, Malawi, Tanzania, Uganda & Zambia”, disponible: [http://www.afrimap.org/english/images/documents/U4\\_doig-williams2005/measuring-success-accs.pdf](http://www.afrimap.org/english/images/documents/U4_doig-williams2005/measuring-success-accs.pdf).

<sup>204</sup> Maor, Moshe, “Feeling the heat?: Anti-Corruption Agencies in comparative perspective”, *Governance, an international journal of Policy and Administration*, Vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 1-28.

las comisiones y los investigadores independientes que empiezan a entregar resultados se enfrentan a problemas con el sistema político. Aunque a los políticos les gusta crear organismos de este tipo para demostrar su supuesto compromiso con el combate a la corrupción, en el momento en que la nueva institución asume plenamente su mandato y empieza a investigar y a evidenciar a los mismos políticos se enfrenta a grandes dificultades. En estos casos el respaldo más importante para un organismo especializado es el apoyo de la ciudadanía. Maor demuestra que las comisiones anticorrupción se desarrollan más plenamente cuando tienen acceso a los medios de comunicación y pueden legitimarse ante la sociedad civil de manera directa. Cuando el poder político está centralizado y concentrado, la supervivencia de estos organismos es más difícil.

El reto entonces es dotar a los organismos anticorrupción de suficiente autonomía para que puedan evitar las presiones de los políticos y de los funcionarios investigados, así como con suficientes recursos y fortaleza institucional para que puedan tener un impacto palpable en el corto plazo. También son importantes las capacidades amplias de investigación y acceso a la información. Por ejemplo, las comisiones independientes prorendición de cuentas en Indonesia han sido poco efectivas por su falta de capacidades coercitivas.<sup>205</sup> El asunto de la voluntad política también es un factor central. Como lo ha señalado John Quah, “cualquier estrategia anti-corrupción es inútil si los dirigentes políticos no tienen la voluntad para combatir la corrupción”.<sup>206</sup>

Durante las últimas dos décadas se han creado organismos plenamente autónomos para la administración de las elecciones, la defensa y promoción de los derechos humanos, el manejo de la política financiera, así como la integración de la informa-

---

<sup>205</sup> Sherlock, Stephen, “Combating Corruption in Indonesia?: The Ombudsman and the Assets Auditing Commission”, *Bulletin of Indonesian Economic Studio*, Vol. 38, Núm. 3, 2002, pp. 367-383.

<sup>206</sup> Quah, John, “Curbing Asian Corruption. An impossible dream?”, *Current History*, abril de 2006.

ción y la estadística sobre los mexicanos. En contraste, en cuanto al combate a la corrupción, se ha implementado una estrategia multi institucional. La Secretaría de la Función Pública se encarga de modernizar y profesionalizar la función pública, así como prevenir la corrupción y recibir quejas de la ciudadanía. La Auditoría Superior de la Federación fiscaliza al gasto gubernamental para asegurarse de que se cumpla con la normatividad aplicable y con el desempeño esperado. La Procuraduría General de la República investiga y lleva la acción penal en contra de los servidores públicos que hayan cometido algún delito. Ninguna de estas tres instituciones cuenta con autonomía o facultades plenas para erradicar la corrupción.

Habría que considerar una reforma integral que permita centralizar, independizar y aumentar las actividades de combate a la corrupción en México. La simple creación de un aparato burocrático adicional no sería recomendable. Los estudios a nivel internacional demuestran que la existencia de una comisión especializada de combate a la corrupción por sí sola no cambia mucho el escenario.

Sin embargo, deberíamos pensar en rearticular la estructura institucional existente para la rendición de cuentas en México. Una posibilidad sería seguir el ejemplo de Brasil, que con la Constitución de 1988 separó la procuración de justicia para los servidores públicos de la procuración para delitos entre particulares. El Ministerio Público de Brasil es totalmente autónomo, ya que se dedica exclusivamente a investigar los delitos de los servidores públicos y tiene amplias facultades para iniciar investigaciones de oficio. Ha tenido un impacto significativo en mejorar la gobernabilidad, así como en el combate a la corrupción dentro del gobierno brasileño.<sup>207</sup>

También habría que considerar el otorgar autonomía plena a la Auditoría Superior de la Federación y fusionarla con este

---

<sup>207</sup> Bastos, Rogelio, *Ministério Público e Política no Brasil*, São Paulo, Editora Suran, Brasil, 2002.

nuevo procurador público. Tal síntesis conllevaría a la creación de una comisión totalmente independiente y con amplias facultades de fiscalización, así como de sanción directa a los servidores públicos. Si también abriéramos esta nueva instancia a una interlocución directa y estrecha con la sociedad civil tendríamos un organismo verdaderamente formidable para concentrar y potencializar los esfuerzos anticorrupción en México.

Esto es únicamente uno de los múltiples posibles rediseños institucionales posibles. Hace falta utilizar la imaginación y retomar la experiencia internacional para fortalecer el combate a la corrupción en nuestro país. Solamente así podremos construir un verdadero sistema nacional de transparencia, fiscalización y rendición de cuentas que erradique de una vez y para siempre la ineficacia e ineficiencia gubernamental prevaleciente.



*Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 16 de febrero de 2016 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 México, D. F., tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 cm. de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).