EL MINISTERIO PÚBLICO COMO ABOGACÍA PÚBLICA

Fabián O. Canda

Abogado por la UBA y Máster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, Diploma de Honor y Premio Editorial Ciencias de la Administración a la mejor tesina, año 1994. Profesor del posgrado en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor de las Maestrías en Derecho Administrativo, en Derecho Empresarial y en Derecho de la Magistratura de la Universidad Austral; Profesor de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Bs. As.; de la Universidad Nacional y de la Católica de Cuyo, de la Univ. Nac. del Nordeste, Univ. Nac. del Comahue, Univ. Nac. de La Matanza y de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Profesor de Derecho Administrativo de la carrera de Abogacía de las Universidades de Buenos Aires y Austral. Dirigió la Especialización en Abogacía del Estado de la Provincia de Tucumán y dirige la Diplomatura en Abogacía del Estado de la Provincia de Jujuy, ambas dictadas por la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Es autor del libro *Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios políticos* y de más de 50 trabajos de la especialidad publicados en libros y revistas de Derecho Público. Dirige la *Revista de Derecho Administrativo* de la Universidad Austral. En la vida profesional se desempeñó como Fiscal de Investigaciones Administrativas, Secretario de la Comisión de Reglamentos del Consejo de la Magistratura de la Nación, Jefe de Gabinete del Síndico General de la Nación y Fiscal en lo Civil y Comercial Federal. En la actualidad es Fiscal en lo Contencioso Administrativo Federal.

I. Introducción

Si bien no es usual que se piense en el juez, en el fiscal ni en el defensor oficial como "abogados del Estado", lo cierto es que desde un punto de vista conceptual ninguno de ellos puede ser designado en tan altas magistraturas sin acreditar previamente la condición de "abogado", y, por otro lado, todos ellos constituyen órganos de algún poder estatal, es decir, forman parte de la organización estatal en sentido amplio.

De modo que los fiscales del Ministerio Público son abogados estatales que, ciertamente, persiguen en el cumplimiento de su función una finalidad pública, por lo que el Ministerio Fiscal –afirmamos– ejerce la Abogacía Pública.

Ahora bien, ¿de qué modo se ejerce dicha función?

Sabido es que los órganos estatales no gozan del principio de "libertad ontológica" de

actuación que caracteriza a las personas físicas (del cual deriva la regla constitucional según la cual lo no prohibido está permitido), sino que las posibilidades de actuación dependen de la previa atribución de competencias por el ordenamiento jurídico.

Nuestra idea es presentar las principales competencias que en ejercicio de la función el Ministerio Público despliega, pues es a través de ellas que será dable apreciar la fuerte presencia de lo público como norte invariable de la actuación ministerial fiscal.
El Ministerio Público Fiscal se vale, pues, del proceso judicial administrativo(1) para conferirles un significado a los valores públicos contenidos en nuestra Norma Fundamental (2), toda vez que su función se incardina en la promoción de la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (CN, art. 120, y LOMPF 27.148, art. 1º) (3).

La defensa de la legalidad implica que el fiscal debe velar tanto por la observancia del bloque de juridicidad (Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos que menciona expresamente el art. 1º, ley 27.148 (4)) como por la faz adjetiva de aquel principio, esto es, por el respeto al debido proceso legal (art. 31, inc. a, ley 27.148).

En suma, el fiscal contencioso administrativo interviene en el proceso en calidad de "parte imparcial"(5) y tiene por función velar por la vigencia del principio de legalidad –principio fundamental del Estado de Derecho (6)–, tanto desde el punto de vista sustancial (que al resolver se respete el bloque de juridicidad) como formal o adjetivo (que durante el trámite se cumpla con las reglas del debido proceso).

El rótulo de "parte imparcial" que le cabe al Ministerio Público debe entenderse considerando que es "parte" en sentido formal, ya que tiene relación con las expectativas, posibilidades, cargas y exoneraciones procesales, aunque el objeto de la controversia no lo afecte personalmente (y por esto último es que no es "parte" en sentido material). Por otro lado, es "imparcial" pues debe dictaminar con objetividad, "poniendo entre paréntesis todas las condiciones subjetivas" y bregando básicamente por la tutela del orden legal, y no por los apetitos sectoriales de cada protagonista del litigio (7).

---

(1) Se ha puntualizado que la expresión de cuño español "proceso administrativo" es la preferida mayoritariamente por la doctrina moderna, sin perjuicio de la tradición existente en cuanto al uso de la locución "contencioso-administrativo" para designar a este tipo de procesos (Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, t. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 180). Sin ir más lejos, en el ámbito normativo se alude a los "Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso-administrativo" y a las "causas contencioso-administrativas" (Ley N° 13.998 de Organización de la Justicia Nacional, art. 45).
(2) Finalidad que también se predica de la judicatura en general (ver Fiss, Owen, *El Derecho como razón pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 23)
(3) En cuanto a su naturaleza jurídica, hemos sostenido que el Ministerio Público es un órgano extrapoder. De esta cuestión y de las funciones del MPF nos hemos ocupado en "El Ministerio Público Fiscal en el proceso contencioso administrativo federal", que integra la obra colectiva *Tratado de Derecho Procesal Administrativo* (Director: Juan Carlos Cassagne), t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 247 y ss., trabajo que –con reformulación parcial, adaptaciones y actualizaciones– en el presente seguimos.
(4) La alusión a las normas de mayor rango (Constitución y tratados de derechos humanos) no excluye, por supuesto, que el MPF deba velar por la vigencia de las leyes, reglamentos y del resto del bloque de legalidad.
(5) Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. II, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1944, ps. 51 y 52.
(6) Nuestro Máximo Tribunal Federal ha expresado que un Estado de Derecho se caracteriza por reunir en sí cuatro notas esenciales: la existencia de un ordenamiento jurídico; que dicho ordenamiento sea justo; que tenga vigencia efectiva, es decir, que se realice prácticamente; y que se sancionen las transgresiones al ordenamiento legal (CSJN, Fallos 305:505, "Recchia de Sedran").
(7) Sagüés, Néstor P., "Carrera fiscal", ED 106-980, con cita de Werner Goldschmidt y Francesco Carnelutti.

II. Ministerio Público, Abogacía Pública, interés público

La manda constitucional de promoción de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad permite inferir, en primer lugar, que la intervención del Ministerio Público en el proceso aparece justificada en aquellos supuestos en los que la naturaleza de la relación ventilada en juicio versa sobre derechos indisponibles para las partes, por encontrarse involucrado el interés público.

El interés público que subyace en las relaciones de fondo de naturaleza administrativa justifica, por ejemplo, la intervención del Ministerio Público en materia de amparo, habeas corpus y habeas data, así como, en general, en toda cuestión en que se encuentren en juego normas o principios de orden público (8).

La idea según la cual la relación sustancial analizada en el juicio incide o contagia a los institutos procesales en juego debe ser, sin embargo, completada con aquella otra que postula que el proceso, en tanto tal, guarda en sí relevancia para el interés público.

Desde este punto de vista, el proceso es concebido como de interés público en sí y no como mera "cosa privada de las partes", por lo que su dirección técnica y formal puede ser sustraída a la libre o más bien a la arbitraria "disposición" de las partes, sin que de ello derive una lesión al carácter privado y por consiguiente disponible del derecho sustancial deducido en juicio. "Ese derecho subjetivo es 'cosa de las partes' pero no es cosa de las partes el buen funcionamiento del proceso, porque publice interest (esto es, interesa a la sociedad organizada y por tanto al Estado) el hecho de que se tenga una administración de justicia lo más ordenada, rápida y justa posible"(9).

Esta idea explica, por ejemplo, que cuando se suscitan cuestiones de competencia el juez deba dar intervención, sin perjuicio de la naturaleza disponible del derecho sustancial en juego, al Ministerio Público. Atañe, pues, al interés público comprometido en el correcto funcionamiento de la justicia, que más allá de la voluntad de los contendientes los jueces se expidan sobre su aptitud legal para ejercer la jurisdicción en una causa concreta y determinada (10).

En suma, las intervenciones del Ministerio Público en el proceso, en tanto órgano estatal incardinado en velar por la defensa de la legalidad y de los intereses generales de

(8) LOMPF 27.148, art. 31, inc. b.
(9) Cappelletti, Mauro, *Procesos, ideología, sociedad*, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1974, p. 351.
(10) Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. I, 4ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975. La intervención del Ministerio Público en cuestiones de competencia surge del art. 31, inc. e, LOMPF 27.148.

la sociedad (CN, art. 120), se justifican por el interés público comprometido en la relación jurídica de fondo y/o por la faz pública del proceso en sí, que en determinados aspectos excluye de la disponibilidad de las partes cuestiones tales como la determinación del juez que deberá entender en razón de la materia, tiempo, territorio y grado; así como su aptitud jurisdiccional para intervenir (vgr., control de la habilitación de la instancia); etc.

Estamos, pues, frente a un órgano constitucional cuya misión más importante es afianzar la legalidad (principiando por la legalidad constitucional) y los intereses generales de la sociedad. Desde este punto de vista, el Ministerio Público se presenta como un representante de la sociedad argentina, en lugar de serlo de algún ente estatal (11).

Cumple, de tal modo, con los dos tipos de funciones que clásicamente le han sido atribuidas por la doctrina, pues por un lado se encuentra habilitado para plantear cierta clase de pretensiones, peticiones u oposiciones, en casos en los que el interés social aconseja no supeditar tales planteos a la iniciativa privada; y por el otro, colabora con la Justicia en el contralor de la observancia de determinadas normas que hacen al orden público judicial en temas tales como la competencia de los tribunales que habrán de entender en un asunto; la reunión de los requisitos indispensables para que el juez pueda ejercer su jurisdicción (vgr., habilitación de la instancia judicial); etc. (12).

III. El Ministerio Público Fiscal en el texto constitucional

Se ha señalado en la doctrina que las funciones del Ministerio Público seducen por su variedad, su activismo y por el espíritu expeditivo que exigen, razón por la cual el oficio de fiscal requiere del gusto por la asunción de responsabilidades, la rapidez y la eficacia de lo dictaminado (13).

Tal vez haya sido tal variedad –imposible, en consecuencia, de ser prevista y desarrollada en el texto constitucional– la determinante de la escueta redacción del art. 120, CN, que ha sido doctrinariamente cuestionada "no tanto por lo que dice sino por lo que no dice" (14).

---

(11) Sagüés, Néstor P., "El Ministerio Público en la reforma constitucional", en AA.VV., *La Constitución argentina de nuestro tiempo,* Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 132.
(12) Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. II, reimpresión, Buenos Aires, ps. 586 y 587.
(13) Sagüés, Néstor P., "Carrera fiscal" cit., con cita de Guy Chavanon y Georges Verpraet.
(14) Sagüés, Néstor P., "El Ministerio Público..." cit., p. 131. Este autor señala que la disposición constitucional omite toda referencia concreta a las funciones propias del Ministerio Público contemporáneo, entre las que figuran la tutela del orden público constitucional, el ejercicio de la acción penal y el velar por una recta administración de justicia, a más de la protección de menores, pobres, incapaces y ausentes, aunque ello puede inferirse de los objetivos genéricos que la norma enuncia.

Recordemos que la previsión constitucional determina que el Ministerio Público "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".

Guarda interés señalar que el verbo promover implica tanto "iniciar" como "adelantar" una cosa, procurando su logro (15); es decir que el Ministerio Público no sólo "promueve" la actuación de la Justicia cuando inicia o protagoniza la acción, sino también cuando, merced a su intervención, se "adelanta" de cualquier modo el proceso en el que interviene, coadyuvando a su logro. En suma, toda intervención del Ministerio Público "promueve" la actuación de la Justicia, en el sentido de que propende al avance del proceso y, en el orden normal de las cosas, al dictado de una resolución definitiva que ponga fin a la cuestión de fondo.

Dos son los bienes jurídicos enunciados por el constituyente y confiados a la tutela del Ministerio Público: a. la legalidad; b. los intereses generales de la sociedad.

No se trata, por cierto, de bienes antitéticos, pues existe un interés social primario en el cumplimiento de la legalidad.

En cuanto a este último, no será ocioso recordar que la "legalidad" es un componente, junto con la razonabilidad, de un principio que incardina la actividad estatal toda, tal es el principio de legitimidad (16).

Ese velar por la legalidad implica, en primer lugar, el afianzamiento de la legalidad constitucional o supremacía de la Constitución.

La procura de la legalidad en el proceso, como norte impuesto al Ministerio Público Fiscal, ha sido de reciente apreciación por la Corte al expresarse que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto que, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa (17), siendo notas de su actuación la objetividad y procura de la verdad (18).

En cuanto a la tutela de los intereses generales de la sociedad, no puede evitarse

---

(15) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., t. II, Madrid, 1992, p. 1676.
(16) CSJN, "Solá", Fallos 320:2509. En tal sentido, la CSJN ha destacado que de la calidad de poder público se deriva el deber estatal de sometimiento al ordenamiento jurídico ("Naveiro de la Serna López c/Bahuoffer", Fallos 315:2771), pues en tal sometimiento radica una de las bases del Estado de Derecho ("Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la APDH", Fallos 315:1361).
(17) CSJN, "Quiroga", Fallos 327:5863. En este fallo –dictado en el marco de un proceso penal– el tribunal precisó, empero, que si bien tanto jueces como fiscales cumplen función judicial, lo hacen desde posiciones procesales diversas, pues ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar.
(18) CSJN, "Quiroga", Fallos 327:5863, voto del juez Maqueda.

señalar la vinculación entre este concepto indeterminado y otros igualmente abiertos –pero imprescindibles–, tales como los de "interés público", "bien común" u "orden público", de los que nos ocuparemos seguidamente, al analizar las atribuciones conferidas a los fiscales por la reciente ley 27.148.

IV. Atribuciones del MPF en el ejercicio de la Abogacía Pública

Quien litigue por ante los tribunales contenciosos iniciará, de ordinario, su acción, en primera instancia, y allí será donde por vez primera habrá de encontrarse con la intervención del Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la que, en su oportunidad, competa al Fiscal General en la segunda instancia, o al Procurador General (o Procurador Fiscal) ante la Corte.

La ley 27.148 preceptúa que "El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad".

La redacción es reiteración casi textual de la previsión constitucional. La diferencia radica en la inclusión de la conjunción "y" (destacada en negrilla y subrayada), que no aparece en el art. 120 CN.

El texto legal contribuye a clarificar que la función del fiscal no se agota en la defensa de la legalidad en el proceso, sino que también le asiste legitimación para la defensa de los intereses generales de la sociedad, allí donde estos se encuentren comprometidos y la ley autorice dicha actuación (19).

El concepto de interés público o general ha sido entendido como equivalente al de "bien común", habida cuenta de que el interés público al cual normalmente hace alusión la doctrina no puede ser sino el "bienestar general" mencionado en el Preámbulo de la CN, y este, a su vez, debe ser entendido, según ha señalado la CSJN, como el "bien común de la filosofía clásica" (20).

Ahora bien, para hacer del interés público una noción operativa es menester delimitarla jurídicamente, correspondiendo al legislador definir la idea de interés público que en cada momento el Estado persigue (21).

---

(19) Vgr., como veremos, en materia de tutela de los derechos de usuarios y consumidores, conforme lo prevé la ley 24.240.
(20) Comadira, Julio R., "Procedimientos administrativos", en *LNPA anotada y comentada*, con la colaboración de Monti, Laura, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 3, con cita del fallo de la CSJN "Quinteros Leónidas", Fallos 179:113.
(21) Sainz Moreno, Fernando, "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", REDA n. 8, p. 63.

El interés público comprometido en el proceso contencioso administrativo se vincula, a nuestro entender, con un doble orden de valores.
Por un lado, dicho interés se moldea en el concreto respeto de la juridicidad; es decir –como ya lo anticipamos–, hay un interés público primario en que en el proceso contencioso se cumpla con el ordenamiento jurídico procesal y sustantivo. Tal deber atañe, por cierto, muy especialmente a los representantes del poder público estatal (jueces y fiscales), pues su sumisión a la ley constituye una nota esencial del Estado de Derecho (22).

Se visualiza aquí la labor de cooperación que el MPF desarrolla en la prestación de justicia, pues va de suyo que tanto el juez como el fiscal deben dirigir su actuación a la realización de la juridicidad en el trámite procesal.

A ello alude la CSJN cuando sostiene que, si bien desde posiciones procesales diversas, tanto jueces como fiscales cumplen una función judicial, en el sentido de que aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa (23).

En este aspecto, el interés público se compone tanto de la juridicidad como de la eficacia que el proceso contencioso debe exhibir, sin que ninguno de estos valores pueda ser de modo alguno sacrificado en el altar del otro.

En suma, existe un interés público en que el proceso exhiba apego tanto a la juridicidad como a la eficacia, dado que un proceso supuestamente eficaz (en términos, por ej., de rapidez) sólo formalmente lo será si el precio de tal supuesta "eficacia" es el sacrificio de la legalidad. Inversamente, un proceso en el que se han cumplido uno y cada uno de los pasos previstos pero que ha sido presa de dilaciones y demoras innecesarias, sólo formalmente aparecerá como apegado a la ley, mas, en sustancia, resultará antijurídico por impedir declarar y realizar el derecho en tiempo oportuno.

Esta cuestión se vincula con el segundo valor que el proceso no puede descuidar, y en el que también está involucrado el interés público. Me refiero, pues, al interés público comprometido en la concreta realización del debido proceso, que, como desprendimiento de la garantía constitucional de la defensa en juicio y con alcance general a todo tipo de proceso (y no solo al penal), dimana del art. 18, CN.

El deber de "Velar por el debido proceso legal" es impuesto al MPF en el art. 31, inc. a, LOMPF.

---

(22) CSJN, "Naveiro de la Serna López", Fallos 315:2771; "Consejo de Presidencia de la APDH", Fallos 315:1361; "Solá", Fallos 320:2509, entre otros.
(23) CSJN, "Quiroga", Fallos 327:5863.

Podemos concluir, por tanto, que el interés público por el que debe velar el fiscal en el proceso se integra tanto con el aseguramiento de la juridicidad como con la garantía del debido proceso (24).

Dicho interés público se concreta en la ley 27.148 en la enunciación de supuestos especiales, como por ejemplo cuando manda la intervención fiscal "en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional" (art. 31, inc. b).

Por otra parte, es también deber de los fiscales "Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan" (art. 31, inc. d).

Fuera de la intervención en el proceso, la ley establece que es su competencia "Realizar investigaciones con relación a los casos en los que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales" (art. 31, inc. h).

La vastedad de las disposiciones transcriptas y su centro en los derechos de segunda y tercera generación marcan la identificación del rol fiscal con la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y su constante ampliación (25).

El interés público en estos derechos de segunda y tercera generación ya aparecía, por cierto, en ciertas normas especiales, como lo es el caso de la ley que tutela los intere-

---

(24) Es claro que la vulneración del debido proceso agravia el derecho de defensa del particular, y esta afección puede ser leída (con mirada parcial) exclusivamente como un ataque a la esfera vital de intereses del individuo. Ahora bien, cuando el agravio proviene del ejercicio de una prerrogativa estatal enmarcada en una función de igual índole (y, ciertamente, la potestad de resolver controversias con fuerza de verdad legal lo es), esa acción u omisión irregular en el uso del poder público contradice las bases mismas del sistema (que presupone el sometimiento del Estado, en todas sus manifestaciones, al ordenamiento jurídico). Ello explica por qué en tales supuestos concurre también un interés público primario en el restablecimiento de la legalidad en el ámbito en que dicho quiebre legal se haya producido, en el caso, el proceso.

(25) Los derechos fundamentales pueden ser analizados partiendo de su "universalidad", de modo tal que habrá derechos fundamentales cuando el ordenamiento reconozca la titularidad de estos en cabeza de toda la comunidad o, al menos, de una clase o sector de esta (con lo cual quedan fuera del concepto los derechos meramente patrimoniales, posición sustentada por Ferrajoli), o desde el punto de vista de su alcance "geográfico", por lo cual no serán fundamentales los que solo rigen en determinado ámbito territorial o sean asignados solo a los habitantes de un lugar (cfr. Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1ª ed., 2013, p. 28 y ss).

ses de los usuarios y consumidores. En tanto estos derechos de incidencia colectiva se vean comprometidos, "El Ministerio Público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley", y para el caso de que las asociaciones de consumidores y usuarios abandonen o desistan de la acción colectiva, "la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público" (art. 52, ley 24.240, en concordancia con el art. 31, inc. c, ley 27.148) (26).

Con lo dicho anteriormente queda explicada, asimismo, la competencia otorgada al MPF para velar por la observancia de la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos y el resto del bloque legal.

Se trata, pues, de un mandato legal de velar por la supremacía de la Constitución y del resto de la pirámide jurídica contemplada en el art. 31, CN.

Esta competencia, que en tanto tal es de ejercicio obligatorio, implica que necesariamente, y aun de oficio, el fiscal debe observar toda vulneración al ordenamiento jurídico que en el plano procesal o sustantivo se advierta, sea en la tramitación del proceso, sea en la valoración de los actos y normas que resulte necesario evaluar para resolver la cuestión de fondo.

Los mismos argumentos que concurren para postular el control oficioso de la constitucionalidad de las normas (27) se dan cita para explicar el deber fiscal de puntualizar posibles inconstitucionalidades tanto en el plano procesal como en lo atinente a la cuestión de fondo, en aquellos procesos que prevean su intervención antes del dictado de la sentencia definitiva. Argumentos que, cabe señalarlo, en el caso se ven potenciados por la existencia de una previsión legal que explicita tal mandato y ordena tal vigilancia objetiva de la supremacía constitucional.

V. Un rol histórico: la opinión fiscal en punto a la competencia del tribunal

La primera intervención del MPF en los procesos contencioso administrativos se confiere, comúnmente, para que el fiscal se expida sobre la competencia.

Al respecto, la LOMPF establece como atribución común a todos los fiscales de

---

(26) Estas acciones tramitarán por ante los tribunales ordinarios (es decir, civiles o comerciales) que correspondan según la jurisdicción, conforme a la atribución específica de competencia que efectúa el legislador (art. 53, párr. 1°, ley 24.240).
(27) CSJN, "Mill de Pereyra", Fallos 324:3219; "Banco Comercial de Finanzas", ED 209-130; "Lapadu", 23/12/2004, Fallos 327:5723. Ver, respecto de los dos primeros: Comadira, Julio R. y Canda, Fabián, "¿Control de constitucionalidad de oficio de las normas? (Un análisis del caso 'Mill de Pereyra' resuelto por la CSJN)", EDA 2001/2002-159, y "La Corte Suprema reafirma el control judicial de oficio de las normas. 'Banco Comercial de Finanzas', un fallo en línea con 'Mill de Pereyra'", EDA 2004-629.

primera instancia “Intervenir en cuestiones de competencia” (art. 31, inc. e).

El concepto “cuestiones de competencia” tiene una impronta técnico-procesal que no puede ser soslayada, pues alude a aquellos casos en los que la competencia no es clara y ha suscitado o puede suscitar una “cuestión” de esta índole, es decir, una posible declinatoria o inhibitoria del juez que solicita la intervención del fiscal (Libro I, tít. I, cap. II, “Cuestiones de competencia”, del CPCCN).

Ello explica que no necesariamente en toda causa deba darse inicialmente intervención al fiscal por la competencia, pues si esta corresponde claramente al juez por ante el que se ha iniciado el proceso y existen opiniones del MPF concordantes al respecto, no existirán dudas, y el magistrado habrá de asumirla sin intervención fiscal.

Ciertamente, si en su oportunidad las partes plantean la incompetencia del juez que entiende por vía de excepción, corresponderá –al suscitarse una cuestión de esa índole – dar vista al fiscal.

VI. El fiscal y la habilitación de la instancia judicial

En oportunidad de conferir vista al fiscal por la competencia, o una vez emitida dicha vista y asumida aquella por el juez, se solicitará al MPF dictamen en punto a la habilitación de la instancia judicial pues, como veremos, si la instancia no se encuentra habilitada, el juez carece de jurisdicción para entender en el asunto planteado (art. 31, inc. e, ley 27.148).

Al respecto, el temperamento seguido por el Ministerio Público Fiscal (ciertamente influenciado por la jurisprudencia de la CSJN) se asienta en el *principio in dubio pro actione* (28), según el cual en caso de duda razonable corresponde estar a la preservación del derecho de accionar y, consecuentemente, a la habilitación de la instancia judicial.

VII. Intervención en excepciones en las que esté comprometido el orden público

La atribución fiscal en materia de competencia y habilitación de instancia explica su intervención cuando las partes interpongan excepciones vinculadas con aquellas.

---

(28) CSJN, "Resch", sent. del 26/10/2004, Fallos 327:4681, ED del 30/9/2005; "Elemec S.A.", sent. del 4/9/2001, Fallos 324:2672, LL del 24/1/2002, "Electroingeniería S.A.", sent. del 3/4/2001, Fallos 324:1087; "Tidone", sent. del 22/12/1993, Fallos 316:3231; "Colegio Bioquímico del Chaco", sent. del 4/11/1993, Fallos 316:2477.

La presentación de las excepciones de incompetencia y de falta de habilitación de la instancia judicial impetradas por el accionado motiva, pues, una vista al fiscal para que emita opinión sobre tales asuntos.

El hecho de haber dictaminado con anterioridad de conformidad con la competencia del juzgado o a favor de la habilitación de la instancia de modo alguno neutraliza la necesidad de la vista, pues debe tenerse presente que tanto en lo que atañe a la competencia como a la habilitación, el fiscal dictamina y el juez resuelve con base en la narración fáctica y los elementos aportados en la demanda (29). Ello no quita, empero, que fiscal y juez revisen su temperamento, a la luz de las argumentaciones y elementos que el accionado pueda incorporar al contestar la acción. Tales aportes del accionado pueden conducir, por cierto, a propiciar y adoptar un criterio diverso al seguido al resolver en aquella primera oportunidad procesal.

Asimismo, se conferirá vista al fiscal cuando se planteen otro tipo de excepciones en las que estén involucradas cuestiones de interés público relativas a la preservación de la legalidad o estrechamente vinculadas con el cabal respeto al debido proceso.

Entre este tipo de excepciones destaca la defensa de prescripción del derecho, que para ser resuelta como de previo y especial pronunciamiento exige la inexistencia de hechos controvertidos acerca del momento en que comenzara a contabilizarse o fuera interferido el plazo de prescripción (30).
Se ha conferido intervención al fiscal, asimismo, en supuestos en que se planteen excepciones tales como la de defecto legal.

Esta defensa "...resulta viable cuando el escrito de demanda interpuesto no reúne las solemnidades y condiciones de claridad que se imponen en el art. 330 del Código Procesal, por resultar ininteligible a consecuencia de imprecisiones, ambigüedades u omisiones, que impidan u obstaculicen el ejercicio de la defensa contraria" (31), es

---

(29) "Al examinar las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa antes de declarar habilitada la instancia judicial y correr traslado de la demanda, el juez debe seguir criterio análogo al que rige para determinar la competencia del tribunal contencioso administrativo, y atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda, y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, el derecho que invoca como fundamento de su pretensión" (Comadira, Julio R. y Monti, Laura –colaboradora–, "Procedimientos administrativos", en *LNPA anotada y comentada*, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 429, con cita de jurisprudencia).
(30) Si respecto de dicho plazo se invocan hechos susceptibles de comprobación, como así también circunstancias con potencialidad para incidir sobre el inicio y curso de la prescripción, la resolución de esta debe diferirse al momento en que se resuelva la cuestión de fondo (cfr. Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. I, 4ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 559 y las citas jurisprudenciales allí efectuadas).
(31) Morello, Sosa y Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, t. IV-B, art. 347, inc. 5, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 226 y 227; CNACAF, sala IV, "Contrera, Luciano Marcos y otro c/ Mº de Economía y Obras y Servicios Públicos y otro s/ daños y perjuicios", del 16/3/1998.

decir, se vinculan con la adecuada tutela del debido proceso adjetivo.

En tal orden de ideas, la Sala IV del fuero ha expresado que cuando el accionante incumple la obligación "...que el ordenamiento procesal le impone en la última parte del art. 330 del Código Procesal, se ve afectado el derecho de defensa, el que debe primar por sobre los demás intereses en juego, resultando en consecuencia viable la excepción de defecto legal" (32), y la Corte, por su lado, ha dicho que para la procedencia de esta excepción "...es menester que la omisión u oscuridad de la demanda coloquen al contrario en verdadero estado de indefensión, al no permitirle oponer las defensas adecuadas u ofrecer las pruebas conducentes" (33).

La procedencia de la excepción debe ser evaluada con criterio estricto, pues como lo ha sostenido la CSJN, si el defecto imputado no impidió a la accionada, de conformidad con los términos de la contestación de la demanda, el ejercicio amplio de su derecho de defensa, corresponde rechazar la defensa de defecto legal (34).

En suma, la intervención del MPF se justifica, respecto de la excepción de defecto legal, por la posible incidencia que el planteo defectuoso puede tener sobre el derecho de defensa, mas para que esta proceda es menester que dicho agravio resulte sustantivo, en los términos antevistos.

VIII. Ofrecimiento y control de la prueba

En aquellas causas en que el MPF actúe como parte le asistirá el derecho de ofrecer y solicitar pruebas (art. 31, inc. c, ley 27.148), así como –en razón de la tutela del debido proceso adjetivo que le atañe– verificar la regularidad de la prueba sustanciada en el proceso, explicándose ello por la íntima conexión que el tema guarda con el derecho de defensa.

IX. Intervención ante planteos de inconstitucionalidad

---

(32) "Roldán, Elda Noemí y otros c/ Estado Nacional –INTI–", del 25/6/1996; "Sociedad Minera Pirquitas Piccheti y Cía. c/ Estado Nacional –Sec. de Industria y Comercio Exterior y Sec. de Minería–", del 13/8/1987; "Campos Uriburu, Carlos María c/ Estado Nacional –SIDE–", del 6/6/1991; "IBM Argentina S.A. c/ ENTel", del 21/9/1995; "Duarte, Ignacio y otros c/ EN-Mº de Economía y Obras y Serv. Publ.- DGFM", del 19/5/1998, entre otras.
(33) CSJN, "Provincia de Formosa c/ Tecnicagua S.A. y otros (Estado Nacional) s/ cobro de suma de dinero", del 24/6/2004, F.480.XXXVIII; "Etchepar de Bravo, María Inés del Tránsito y otros c/ Provincia de Tucumán y otros s/ daños y perjuicios", del 11/5/2004, E.63.XXXVIII; "Castro Zapata, Eladio y otros c/ Provincia de Jujuy s/ cobro de pesos", del 10/4/2003, Fallos 326:1258; "Caffaro, Norberto José y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", del 18/12/2002, Fallos 325:3524; "Provincia de Mendoza c/ CADIPSA S.A. y otro s/ ordinario", del 31/10/2002, Fallos 325:2848, entre otros.
(34) CSJN, "Etchepar de Bravo" cit.

El deber legal de velar por la observancia de la Constitución Nacional (art. 31, inc. b, ley 27.148), directamente derivado del mandato constitucional de defender la legalidad (art. 120, CN), implica la intervención del MPF ante planteos de inconstitucionalidad de las normas o actos estatales, pues a través de la vista que habrá de conferírsele, el fiscal emitirá opinión respecto de la alegada violación al orden constitucional.

En este orden de ideas, cabe recordar que, conforme a inveterada doctrina de la CSJN de recibo, ciertamente, por el MPF, la declaración de invalidez de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, sólo practicable como razón ineludible del pronunciamiento por dictarse (35). Se trata, pues, de la ultima ratio del orden jurídico, de modo que solo procede en aquellos supuestos donde se advierte una clara, concreta y manifiesta afectación de las garantías constitucionales (36).

Al dictaminar sobre el planteo de inconstitucionalidad, el fiscal deberá verificar, además, si dicho planteo ha sido sustanciado, pues de no haberse dado traslado a la contraparte se vería vulnerado su derecho de defensa.

X. Intervención en casos en los que se hallaren en juego normas o principios de orden público

La Ley Orgánica del MPF impone el deber de los fiscales de intervenir "en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público" (art. 31, inc. e).

Se trata, pues, de una competencia que exige, para su delimitación, una hermenéutica del concepto "orden público".

Es esta, ciertamente, una empresa ardua, considerando el carácter altamente indeterminado de la locución. Aprovechando, pues, los esfuerzos doctrinarios preexistentes, cabe señalar que dos son los criterios comúnmente aceptados.

De un lado, la posición mayoritaria concibe al orden público como "un conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida" (37).

---

(35) CSJN, Fallos 264:364; 290:83; 302:457; 302:1283, entre muchos otros.
(36) CSJN, Fallos 327:831, entre muchos otros.
(37) Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 15ª ed., I-158.

Por otra parte, la corriente minoritaria considera que "una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a la cuestión de orden privado, en la cual sólo juega un interés particular" (38).

Con afán esclarecedor, también se ha sostenido que el orden público "es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares", y que "el orden público-objeto (que equivale al interés general de la sociedad) sería entonces un concepto jurídico indeterminado que, una vez precisado su contenido y decidido por los órganos autorizados que dicho interés se halla comprometido, se convierte en objeto de protección del orden público-institución mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, garantizándose así su prevalencia sobre los intereses particulares" (39).

Con especial atinencia a la intervención del MPF, se ha señalado, asimismo, que "el orden público (y sus expresiones gemelas, interés público, interés general, bien público o bienestar general), se vincula a los conceptos básicos que atañen a la organización jurídico-política de una comunidad, los que se establecen como imperativos, y por tanto, no se remiten al libre cumplimiento (o incumplimiento) de funcionarios y de particulares". Existe, pues, un orden público constitucional interesado en la preservación de la supremacía de la Constitución que justifica la intervención fiscal en ciertos procesos, como el del amparo (40).

Según entendemos, el concepto de "orden público" se vincula profundamente con el de "interés público", siendo este último, como fuera visto a lo largo del presente trabajo, el norte esencial hacia el que se orienta la intervención fiscal toda en el proceso; razón por la cual pensamos que esta competencia del MPF llena su contenido con los cometidos hasta aquí estudiados.

Puede concluirse, entonces, que la "intervención" del fiscal en el proceso, en los casos en que se hallen comprometidas normas o principios de orden público, se explica como una aplicación específica de la competencia genérica de "promoción" de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

XI. El dictamen fiscal

(38) Borda, Guillermo, "Concepto de ley de orden público", LL 58-999.
(39) De la Fuente, Horacio, *Orden público*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 23/25.
(40) Sagüés, Néstor P., *Ley de Amparo comentada*, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 289, con cita de Bidart Campos.

Así como el acto administrativo constituye el producto típico resultante del ejercicio de la función administrativa, y la sentencia y la ley, respectivamente, los productos típicos de las funciones judicial y legislativa, el dictamen lo es en relación con la función del fiscal en el proceso (cfr. art. 2, incs. a y b, ley 27.148).

Los dictámenes emitidos en el marco del proceso contencioso administrativo, en tanto opinión, parecer o punto de vista del MPF sobre un determinado asunto, no resultan de seguimiento obligatorio para el juez, ni producen efectos jurídicos directos sobre las partes en el proceso. Consecuentemente, como ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia del fuero, no son vinculantes (41).

Es por ello que no constituyen actos procesales pasibles de ser atacados por medio impugnatorio alguno, pues, más allá de la conformidad o no de las partes respecto del dictamen fiscal, este no es idóneo para incidir –en el proceso contencioso– en la esfera de derechos e intereses de aquellos.

El dictamen fiscal es una pieza jurídica elaborada bajo la guía del principio de legalidad y del interés público en la tutela de los intereses generales de la sociedad (art. 120, CN).

Debe contener una relación circunstanciada de hechos y la subsunción de estos al derecho aplicable. Dicha subsunción debe estar suficientemente motivada, es decir, habrán de expresarse las razones que indujeron al fiscal a dictaminar en determinado sentido. El dictamen fiscal constituye un acto de autoridad pública que, en tanto tal, debe ser razonable. No sería posible apreciar la razonabilidad de la opinión fiscal si el acto careciera de motivación.

Los legisladores dan cuenta de sus decisiones en las exposiciones de motivos de las leyes, los jueces dan razón de sus sentencias y la Administración debe motivar sus actos (art. 7º, inc. e, LNPA 19.549), por lo que resultaría absurdo que el Ministerio Público Fiscal quedara sustraído de este deber republicano que deriva del principio de legalidad.

Es que, como se ha sostenido, “La obligación de motivación constituye, en sí misma, un modo de limitar la actuación de los poderes públicos que contribuye asimismo a alcanzar una mayor eficacia en su obrar, ya que un acto que cuente con un adecuado discurso justificativo hallará más fácil aceptación y más rápida ejecución”. No puede

(41) CNCAF, Sala III, "Stutz", causa 5104/2004, sent. del 18/4/2005.

desvinculársela, asimismo, de la presunción de legitimidad que acompaña a todo acto estatal, pues como contrapartida de dicha prerrogativa sustancial, la adecuada motivación "constituye una de las garantías centrales de los particulares" que "actúa como contrapeso o balance de la aludida prerrogativa", y que se relaciona con la vigencia de la seguridad jurídica como un modo de afianzamiento de las instituciones, puesto que "persuade al destinatario" y permite, por último, "el control indirecto de la opinión pública" (42).

Tras expresar las razones jurídicas que justifican su posición, el fiscal vuelca en el dictamen su parecer en punto a la cuestión sometida a opinión, aconsejando, según el caso, la competencia o incompetencia del fuero, la habilitación de la instancia o su rechazo, la procedencia de determinada excepción, la constitucionalidad o no de la norma, la procedencia de la acción de amparo, de hábeas data, etc.

XII. Síntesis y conclusiones

El Ministerio Público cuenta, desde la reforma constitucional de 1994, con jerarquía constitucional.

Ha sido erigido, pues, como un órgano extrapoder con independencia y autonomía funcional, no subordinado a ninguno de los poderes estatales clásicos, con los que lo vincula una relación de "coordinación" (art. 120, CN).

La importante, pero escueta, disposición constitucional derivó al legislador formal el dictado de una ley de desarrollo del instituto. Esta ley fue promulgada en el año 1998 y rigió hasta el año 2015, en el que fue derogada y reemplazada por la ley 27.148, de la que venimos dando cuenta.

De la Constitución y de la ley se desprenden las facultades de intervención del MPF en los procesos contencioso- administrativos, orientándose estas, en lo esencial, a la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, y justificándose por el interés público comprometido en la relación de fondo, o por la faz pública que toda actuación judicial conlleva y que sustrae de la disponibilidad de las partes la dirección y buen orden del proceso, más allá de la naturaleza de los derechos en disputa.

Estamos, pues, frente a una "parte imparcial" –en categorización de Carnelutti–, ya que formalmente reviste la calidad de parte, pero materialmente el objeto de la

---

(42) Tawil, Guido S. y Monti, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires,1998, p. 9 y ss.

controversia no le afecta personalmente, razón por la cual su deber es dictaminar con objetividad, bregando básicamente por la tutela del orden legal, y no por las pretensiones de fondo de los contendientes.

Desde tal lugar, cumple su cometido de defensa del interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, en el respeto del debido proceso y en el mantenimiento del orden público.

A tal fin, "promueve" la actuación de la Justicia, es decir, la impulsa, sea dándole inicio, sea interviniendo en guarda del mencionado interés general en cualquier etapa del proceso, siempre con norte en el logro de una sentencia justa. Su actuación debe vestirse, pues, con las túnicas de la objetividad y procura de la verdad, como lo ha puesto de relieve la CSJN (43).

En el devenir del proceso contencioso, normalmente, la primera intervención del fiscal se vincula con la competencia de los tribunales y la verificación de las condiciones de la jurisdicción. Esto último, considerando las particularidades de este proceso iuspublicístico, en el que el Estado exhibe sus prerrogativas de corte procesal, entre las cuales destaca la habilitación de la instancia judicial, que exige acreditar –como regla– el agotamiento de la vía administrativa y el inicio de la acción en los breves plazos de caducidad que fija la norma ritual. Extremos que al juez de oficio y al fiscal, a su requerimiento, compete controlar.

De no menor relevancia es la intervención que le atañe ante el planteo de excepciones de previo pronunciamiento, en las que se pueda ver comprometido el interés público con el alcance antes definido y comprensivo, por tanto, de la juridicidad, debido proceso y orden público eventualmente involucrados.

En similar orden de ideas, concierne al MPF ofrecer y controlar la prueba que se produzca: lo primero, a fin de coadyuvar al dictado de una sentencia justa; y lo último, en adecuada defensa del debido proceso.

También compete su intervención ante planteos de inconstitucionalidad, ya que es deber primario del MPF velar por la observancia de la CN, aun de oficio, frente a toda posible actuación o norma estatal que la infrinja.

El legislador de la ley 27.148 ha acentuado el compromiso fiscal con los derechos de segunda y tercera generación, en tanto expresiones del género "derechos fundamentales", caracterizados por su universalidad (sin perjuicio de su "especificación", que

---

(43) "Quiroga", Fallos 327:5863, reiteradas veces citado en este trabajo.

permite, al individualizarlos en razón del sujeto –derechos de los trabajadores, de los discapacitados, de los niños, de las mujeres, etc.– o de su objeto –derecho de la salud pública, derechos vinculados con el patrimonio cultural, histórico, etc.–), previendo un rol activo en su tutela, sea como fiscal "en el interés de la ley" o bien como fiscal que se hace "parte" en el proceso y lo impulsa.

El MPF canaliza su función de promoción de la actuación de la justicia a través de dictámenes, constituyendo estos, en consecuencia, el producto típico de su función estatal.

Tales dictámenes no son vinculantes para el juez y, consecuentemente, carecen de incidencia directa sobre la esfera de derechos de las partes, razón por la cual no son impugnables.

La omisión del requerimiento, cuando este está previsto en la normativa que rige la actuación fiscal, determina la nulidad del proceso por agravio a la función constitucionalmente asignada al MPF.

El contenido del dictamen hace a la independencia de este órgano, que la Constitución vino expresamente a asegurar, de modo tal que no puede ser sugerido ni impuesto por autoridad estatal alguna.

Las notas reseñadas dan cuenta de la indudable finalidad pública que viste la actividad del fiscal toda; se trata, pues, de un calificado órgano estatal que aboga por el interés público y la vigencia de la juridicidad.