

El Ministerio Público Fiscal en el Fuero Federal de la Seguridad Social a la luz
de la Reforma Constitucional de 1994

¿Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad?

¿Vigía de los jueces o una parte más en el proceso?

The attorney General's Office of Social Security in light of the constitutional
reform of 1994.

Dr. Luís René Herrero*

RESUMEN

El autor analiza el papel del Ministerio Público Fiscal desde una perspectiva
constitucional republicana conforme al nuevo texto de nuestra Carta Magna y
sus repercusiones en el ámbito de la justicia de la Seguridad Social.

ABSTRACT

The author discusses the role of Public Prosecutions from a Republican under
the new constitutional text of our Constitution and its implications of justice
social security

PALABRAS CLAVES

Ministerio público fiscal-seguridad social- Constitución Nacional.

KEY WORDS

Public Prosecutor-social security-constitution

Dudo que exista en nuestro país una institución pública más ajustada a
los principios republicanos y al *Estado social de derecho* que el Ministerio
Publico Fiscal, a la luz de la actual normativa constitucional y reglamentaria que
disciplina su trascendental cometido en el proceso judicial.¹ Ensayar, entonces,

*Juez de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Profesor en la Especialización en Derecho Procesal.
Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad del Salvador.
Artículo recibido 12/8/2012. Aceptado 22/9/2012

¹ Mucho se ha escrito sobre el arduo franqueo mental que hubo que transitar desde el “gélido orbe *liberal*
decimonónico” hacia el “*Estado social de Derecho*” que comenzó a gestarse durante la aurora del siglo
anterior. Miguel A. Aparicio Pérez –al prologar el libro de Dieter Simon titulado “La independencia del
juez” - puntualizó con acierto que “la jurisdicción en el Estado liberal componía un adecuado elemento de
cierre de la operatividad del sistema jurídico, en el cual las relaciones reguladas por el derecho eran
fundamentalmente del ámbito privado y estaban asentadas sobre dos sólidos pilares que representaban las
necesidades de la cúspide social, a saber: la propiedad y el contrato, que articulaban el bien común y
garantizaban la libertad civil. El juez aparecía –y en buena parte lo era, concluye Pérez- como uno de los
pilares esenciales del sistema.” (Simon, Dieter, “La independencia del juez”, Ed. Ariel, Barcelona, 1985
p. XVII). Este arraigado ideario liberal decimonónico promueve –como lo destacaba el recordado maestro
Augusto M. Morello- una justicia “formalista, recargada de oropeles pseudo-garantistas ... un verdadero
infierno que perdura hasta nuestros días y que nadie quiere simplificar y reducir a pocas normas

una breve semblanza en torno a su actual emplazamiento procesal, representa sin duda un atrapante desafío. Coadyuva a este propósito, no sólo mi afición - quizá un tanto obstinada en estos tiempos que corren- al Derecho Constitucional de la Seguridad Social frente a un orden legal tan esquivo a sus eminentes directivas, sino también el imperativo de conciencia que grava a los operadores jurídicos de esta rama del derecho en la actual etapa de transición en la que se halla el sistema previsional argentino, regulado por las Leyes 24.241, 24.463, 26.417 y 26.425, instándonos a participar proponiendo soluciones, formulando críticas, o colocando el acento sobre temas de enorme trascendencia jurídica y social todavía no suficientemente debatidos por la doctrina, como lo es para mí el rol procesal que debe cumplir el Ministerio Público Fiscal en el proceso previsional, a la luz de la Reforma Constitucional de 1994 y de su ley reglamentaria N° 24.946.

Si hemos de tomar en serio el mandato preambular de «afianzar la justicia» en el ámbito de la seguridad social, nadie debería negar la trascendencia que reviste el proceso previsional para el goce y ejercicio efectivos de los derechos que -sobre esta materia- consagran la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.² No por

racionales y eficaces” (Morello, Augusto M. “¿Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas”, Revista de Derecho Procesal 2008-2, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 17 y 18); es de prosapia marcadamente individualista y está centrado en la defensa “*a outrance*” del *derecho de propiedad*. Este viejo sistema que todavía perdura en la hornacina mental de no pocos operadores jurídicos que se resisten a asumir los cambios históricos, económicos y sociales producidos durante el convulsionado siglo anterior, ha dado paso a otro sistema cuyo centro neurálgico se emplaza en la persona humana –más que en su patrimonio- dotada por su creador de una naturaleza y vocación distintivas que la colocan por debajo de su Autor y a igual nivel que su prójimo –como enseñaba el recordado maestro Antonio Vázquez Vialard-. El propio Eduardo J. Couture se hace cargo de este cambio copernicano de sistemas al señalar lo siguiente: “El derecho procesal de la democracia ha de eliminar las bases del individualismo y formular todo un sistema que sea la manifestación misma de este régimen, que es el de la defensa de nuestra *condición humana*, para lo cual debe porfiar por los valores de la *dignidad* de y de la *igualdad*, sin los cuales se hace difícil, si no imposible, asumir sólidamente los requerimientos del bien común.” (Couture, Eduardo J. “Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil”, en “Estudios de Derecho Procesal, vol. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1978, p. 341). El rol del juez ciertamente que también ha mutado durante este difícil tránsito entre el sistema liberal decimonónico y el Estado social de Derecho. De aquél gélido magistrado liberal que padece el “mal de Pilatos” –apuntan Monroy Gálvez y Monroy Palacios- pues no asume ninguna responsabilidad por las consecuencias sociales que puede producir su decisión; que confunde “independencia” con “indiferencia” y se limita a protocolizar el mandato legal con absoluta asepsia (“Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”, publicado en el libro “Sentencia anticipada. Despachos interinos de fondo” por Peyrano, Jorge W, Director, y Carbone, Carlos A. Coordinador, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, pág. 171), se ha pasado a un juez –según Augusto Mario Morello- suelto y flexible, que no se sustrae a la independencia y a la imparcialidad, no es indiferente al resultado valioso, útil de la *justicia de protección*, y, sin perder su imparcialidad, se siente custodio de los fines o metas que enuncia el texto constitucional para que esos derechos no se frustren. Un juez –al decir de Vargas Llosa- que no vacila en meter la cabeza, entrometerse en la miga del caso que es el drama humano al que está convocado, que lo ve y lo siente, lo cual le impide que se instale en posición distante o ajena a lo que ocurre –aunque siempre desinteresado e *imparcial*- y a su más justo desenlace, obrando siempre con equilibrio y ponderación.” (“Jurisprudencia anotada en la jurisdicción de protección o acompañamiento”, Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004-2, “Demanda y reconvencción”, pág. 380; cit a Vargas Llosa, Mario “Carta de batalla por Tirant lo Blanc”, en Revista de Occidente, n. 70, Madrid, 1970, ps. 20 y 21)

² Ana Clara Pauletti, al comentar el fallo “Pardo, Héctor Paulino y otro c/Dí Césare, Luis Alberto y otro s/Artículo 250 del CPN” (C.S.J.N., sentencia del 06/12/2011), señala al respecto lo siguiente: “En esta tónica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que el artículo 25.1 de la Convención que contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial *efectivo* contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den *resultados* o *respuestas* a las violaciones de derechos

nada el profesor de la Sorbona Michel Villey destaca que es en el proceso donde los operadores del derecho, bajo la dirección del juez, han de concluir determinando lo justo, es decir, lo que el derecho propiamente consiste («suum cuique tribuere»). Es que las normas jurídicas -tan pródigas en la enumeración de derechos que casi nadie goza efectivamente- regulan conductas e imponen modelos de vida -por ello Villey las emplaza en el plano moral, no en el jurídico- pero no prescriben lo justo de cada uno, la igualdad («ison») en el reparto de los bienes, o la buena proporción entre las cosas que se dividen, de modo que cada uno reciba lo que exige una medida recta, una cierta igualdad, que es precisamente lo que establece el juez en la sentencia como resultado de la búsqueda colectiva y dialogada de lo justo a través del método dialéctico, faena peculiar del proceso judicial desde el vértice del realismo jurídico³.

Hoy el Ministerio Público Fiscal -según nuestro punto de vista- se emplaza en el proceso judicial como una parte más y como titular excluyente de una pretensión procesal distinta a la del actor y demandado, cuyo fundamento, *causa petendi* o título lo constituye -por mandato constitucional- la defensa de la legalidad y del interés general de la sociedad.

Es cierto que antes de la reforma Constitucional de 1994, la exacta demarcación entre el interés «social» y el mero interés «fiscal» del Estado -a los cuales este órgano representaba ante la justicia- constituía para Jorge Reinaldo Vanossi una suerte de «vexata quaestio», pero hoy la ley reglamentaria al abrigo de una norma constitucional clara en su textura ideológica, ha erigido una suerte de «*divortium aquarium*» con el pasado que ningún intérprete sagaz puede soslayar, particularmente cuando se prohíbe en forma expresa al Ministerio Público Fiscal representar al Estado o al Fisco en el juicio, asesorar al Poder Ejecutivo y ejercer funciones jurisdiccionales.

Empero, todavía persiste el equívoco en muchos autores y fiscales de todas las instancias del fuero federal y nacional, consistente en atribuir funciones de vigilancia o contralor al Ministerio Público sobre el órgano jurisdiccional, equiparándolo en su cometido a los antiguos Personeros Reales y Procuradores del Rey del Fuero Juzgo -o a los Testes Sinodales o Fiscales Episcoporum de la inquisición- que velaban por los intereses de la Corona o de la Iglesia ante los tribunales; ensanchando de esta suerte -allende sus límites- la naturaleza de órgano «extra poder» que le asignó la ley 24.309 y quebrantando la letra y el espíritu el art. 120 de la Constitución Nacional y su ley reglamentaria N° 24.946 -lo cual no es menos grave- que le atribuyeron el rol específico de “parte procesal” en defensa de derechos, garantías o bienes

contemplados, ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes, y que no pueden considerarse *efectivos* aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten *ilusorios*.” (CIDH, 04/03/2011, “Abrill Alosilla y otros c/Perú”, en sitio web de la CIDH); en: “Tutela anticipatoria y proceso civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, publ. En Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Directora Angelina Ferreyra de De La Rúa, Año VI / N° 8 / Junio de 2012, pág. 60). Es impensable concebir en estas horas la actuación procesal de un Ministerio Público Fiscal desentendido de esta nueva realidad jurídica mundial y nacional, cuya impronta indeleble y traslúcida se halla grabada a fuego en las flamantes normas constitucionales y legales que regulan su actual cometido a la luz de los derechos de segunda y tercera generación, cuya salvaguarda en el proceso le ha sido especialmente encomendada por el constituyente y el legislador comprometidos *a outrance* con esta nueva cosmovisión jurídica.

³ Eduardo J. Couture señala que el proceso es un método de debate en el cual participan el juez, auxiliares, partes, testigos, peritos, etc., y su estructura es el orden dialéctico, pues a la verdad o a lo justo se llega por oposiciones y refutaciones, tesis, antítesis y síntesis (v. Couture, Eduardo J., Introducción al estudio del derecho procesal, Ed. Depalma, 1978, pág. 54/5).

supraindividuales e indivisibles, de inequívoca trascendencia institucional y social⁴; o quizá también, confundidos por el hecho que los constituyentes de 1994 le asignaron -en exceso de sus atribuciones- una nueva sección (la “cuarta”) que modificó la planimetría constitucional de 1853, emplazando al Ministerio Público como un cuarto poder del Estado Nacional.⁵

Sin embargo, ni del texto ni del espíritu del art. 120 de la Constitución Nacional –tampoco de su ley reglamentaria n° 24.946- surge semejante facultad o “imperium” de fiscalización o control en cabeza del Ministerio Público sobre los jueces . Por el contrario, el art. 120 de la Constitución Nacional le asignó un cometido muy preciso y delimitado, aunque no por ello menos gravitante para la paz social y el goce y ejercicio efectivos de los derechos humanos consagrados en diversos documentos internacionales con jerarquía constitucional, cuando establece que su actual faena consiste en: «... *promover* la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad...”

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra «promover» significa “iniciar una cosa procurando su logro»; deriva del latín «pro-moveo», que quiere decir «mover o empujar hacia delante». Por lo tanto, una lectura rigurosamente gramatical y jurídica de esa norma constitucional, da cuenta que el Ministerio Público Fiscal debe «accionar» en el proceso en procura de la tutela de los susodichos intereses públicos y sociales que le fueron encomendados, si se admite –claro está- que el derecho de acción representa el poder jurídico del actor de provocar -o *promover*- la actividad del órgano jurisdiccional.⁶

Por este motivo, no compartimos la afirmación del maestro Germán J. Bidart Campos consistente en que este órgano extrapoder tiene la responsabilidad de controlar a los otros órganos del poder estatal, como también la de ejercer el control de constitucionalidad de leyes, normas

⁴ Por ejemplo, el art. 41 de la ley 24.946 dispone que los fiscales de primera instancia –y los fiscales generales de Cámara por añadidura- tienen el deber de *hacerse parte* en todas las causas o trámite judiciales -de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional- a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, como también *hacerse parte* para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente. Este deber procesal que pesa sobre el Ministerio Público Fiscal –incumplido hasta el presente- incluye la tarea de: “Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria (...) promoviendo las *acciones* correspondientes cuando se verifique violación. Cualquier vía procesal es apta para el cumplimiento efectivo de este deber procesal de prosapia constitucional y legal –p. ej. pretensiones de amparo, medidas cautelares autónomas, innovativas, pretensiones *mere* declarativas, habeas corpus, pretensiones inmanentes, etc.).

⁵ El profesor Bianchi señala que la posición institucional del Ministerio Público sigue siendo un dilema. La convención reformadora -aclara- tenía una directiva categórica emanada de la ley 24.309, pero no la ha seguido, ya que en lugar de colocar al Ministerio Público como órgano extrapoder dentro del ámbito de alguno de los otros poderes -ya que la ley de convocatoria de la reforma autorizó a la convención a establecer el Ministerio Público: «por habilitación de un artículo a incorporarse en la segunda parte, en el nuevo capítulo», y no asignarle una nueva sección como si se tratara de un cuarto poder del Estado- como sucedió con el Jefe de Gabinete, la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Consejo de la Magistratura (Bianchi, Alberto B. El Ministerio Público: ¿Un nuevo Poder? Reexamen de la doctrina de los órganos extra-poder, E.D. 1.162-153).

⁶ COUTURE, Eduardo J., op. cit., p. 19.

infralegales y actos u omisiones del poder y de los particulares⁷; ya que esta función de naturaleza jurisdiccional concierne en forma indelegable y/o exclusiva a los jueces, razón por la cual, le está absolutamente vedada al Congreso de la Nación, al Poder Ejecutivo Nacional y obviamente al Ministerio Público Fiscal (v. C.N. “sección” primera; art. 109 y 116; Ley 24.946, arts. 25, 27 y 41).

Repárese -a mayor abundamiento- que la palabra «control» -según el diccionario de la Real Academia Española- es sinónimo de «fiscalización», «inspección» e «intervención»; funciones que sólo se pueden ejercer desde una posición de “dominio”, «preponderancia o mando”, como aclara este prestigioso glosario.

Sería imposible consentir esta suerte de señorío o imperio sobre los jueces por parte de otros poderes del Estado (o de sus órganos extrapodres), sin mengua de los principios constitucionales de división de funciones del Gobierno Nacional e independencia del Poder Judicial.⁸

Resulta insoslayable destacar en este lugar, la implicancia que podría llegar a tener sobre la forma de gobierno representativa, republicana y federal de la Nación Argentina, aceptar que los jueces están sujetos a un contralor extraño al que establece la Constitución Nacional en procura de su mas absoluta independencia e imparcialidad. La ley 24.946 reafirma esta interpretación a través de varias normas que no dejan ningún resquicio de duda sobre la calidad de “parte procesal” –y no de “escorta vigilante y armado” sobre los jueces⁹- que reviste el Ministerio Público Fiscal en todo proceso judicial. Por ejemplo, el artículo 41 que le impone el “deber” de “hacerse parte” en cualquier tipo de procesos toda vez que el interés público lo requiera y -en tal carácter- asumir la representación de los más diversos intereses supraindividuales que enumera con pulcritud; o el art. 6 inc. c) de la ley 24655 que establece de manera categórica que el Ministerio Público de primera instancia en los juzgados federales de la seguridad social es “*parte necesaria* en todas las causas de la seguridad social.”

Si el Ministerio Público Fiscal –entonces- actúa en todo tipo de juicios como cualquier “parte procesal”, en defensa de derechos y/o bienes infungibles, indivisibles e inmateriales cuya salvaguarda en el proceso le encomienda expresamente la Constitución Nacional y la ley 24.946, la lógica jurídica más elemental indica que en ejercicio del rol delimitado y fraccionado que le impuso el constituyente y el legislador –como una “parte” y no el “todo” de la relación procesal- no puede ni debe “controlar” o “fiscalizar” al órgano jurisdiccional, por más excelsos que fuesen los bienes y/o derechos que encarnara en el proceso frente a las restantes partes; como tampoco puede ni

⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, TOMO I, EDIAR, Buenos Aires, 1997, P. 364.

⁸ Adolfo Alvarado Velloso -con el estilo cáustico y frontal que lo caracteriza- puntualiza que: «exigir que los fiscales controlen a los jueces, es subvertir el orden natural de las cosas. Al mismo tiempo la atribución de esta competencia controladora constituye una enorme hipocresía que no se puede cohonestar. (v. Alvarado Velloso, Adolfo, introducción al estudio del derecho procesal, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2da parte P. 129).

⁹ CALAMANDREI, Piero, *Estudio sobre el proceso civil*, Traducción Santiago Sentís Melendo, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 157/151

debe autoasignarse la función excluyente de velar por una recta administración de justicia,¹⁰ como también se ha señalado a mi juicio sin demasiada cautela.¹¹

No puede soslayarse que este órgano extrapoder de reciente y merecido linaje constitucional, está sometido en su condición de parte procesal a la potestad sancionatoria de los jueces, por lo que su emplazamiento en el proceso en tal carácter no debería suscitar ninguna duda a la luz de la novel preceptiva que actualmente lo regula.¹²

La Constitución Nacional también prescribe en forma categórica que el Ministerio Público es un órgano “independiente” –de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial- “autónomo” en el ejercicio de sus funciones¹³, y con “autarquía financiera”, lo cual implica que está sujeto –como todo órgano autárquico- al control externo de la Auditoría General de la Nación y a la ley de Administración Financiera del Estado en la ejecución de su presupuesto.¹⁴

Por lo tanto, a partir de la reforma constitucional de 1994, el Ministerio Público Fiscal no representa ni defiende en el proceso a ninguno de los poderes u organismos autárquicos del Estado Nacional, ni fiscaliza la tarea de los jueces, sino que “promueve –como se ha puntualizado varias veces- la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.”

Ahora bien, ¿debe entenderse como *extensión* del concepto de “legalidad” a la ley en sentido formal o a un decreto del Poder Ejecutivo Nacional?¹⁵

La respuesta negativa a este interrogante cae de madura, pues si este fuese el cometido funcional del Ministerio Público Fiscal a la luz de la normativa que lo reglamenta, también debería defender en el proceso al Congreso de la Nación –autor de la ley- o al Poder Ejecutivo Nacional –emisor del decreto- toda vez que alguna de sus normas fuesen impugnadas o controvertidas, lo cual entrañaría no sólo un palmario incumplimiento a la expresa prohibición que

¹⁰ Anhelos por cierto muy loables, pero al ser tan genéricos, inasequibles y de carácter imperativo para todos los sujetos del proceso –p. ej. jueces, abogados, funcionarios, partes, etc.- deviene a todas luces impropio adjudicárselo sólo a alguna de las partes de manera exclusiva o excluyente y con total prescindencia del órgano jurisdiccional.

¹¹ MONTI, José Luís, *Sobre el Ministerio Público y las Instituciones Republicanas*, LL-1994- C-116; ídem MASNATTA, Héctor, *Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución*, LL-1994-E - 879.

¹² El art. 17 de la ley 24.946 prescribe lo siguiente: “Los jueces y tribunales sólo podrán imponer a los miembros del Ministerio Público las mismas sanciones disciplinarias que determinan las leyes para los litigantes por faltas cometidas contra su autoridad o decoro, salvo la sanción de arresto, las cuales serán recurribles ante el tribunal inmediato superior.”

¹³ Si bien los conceptos de «autonomía y soberanía» revisten carácter político, como los de autarquía y autarcía corresponden a la esfera administrativa, la Constitución cuando alude a “autonomía funcional” coloca el acento en la libertad con que cuenta el órgano para desempeñar las funciones que le encomienda expresamente, al igual que cuando se alude a «autonomía universitaria» se pone el acento en la libertad académica o de cátedra sin la cual no puede concebirse progreso alguno en el conocimiento o en la investigación científica.

¹⁴ Ley 24.156 (promulgada en forma parcial el 26 de octubre de 1992)

¹⁵ El filósofo Francisco Romero expresa lo siguiente en torno al *contenido* y a la *extensión* del “concepto”: “Todo concepto tiene su *contenido* y el mismo se constituye por el hecho de que el concepto se refiere a un objeto al cual reproduce o traslada al plano lógico. La *extensión* del concepto, en cambio, depende de los objetos que el concepto comprende o subsume, ora en sentido empírico, ora en sentido lógico.” (v. “Lógica e introducción a la problemática filosófica”, Ed. Losada, 6ª ed., Buenos Aires, 1983, pas. 42/43)

le impone el art. 27 de la ley 24.946,¹⁶ sino también descuidar o desatender los intereses generales de la sociedad cuya tutela la norma constitucional le confió taxativamente. Ello así, pues como acertadamente destaca José Luis Monti: "... no pocas veces los propósitos y las emergencias que conciernen a los diferentes departamentos del gobierno federal pueden no coincidir con los *intereses permanentes de la sociedad* cuya custodia le ha encomendado la Ley Suprema."¹⁷

Creemos, por el contrario, que lo correcto es afirmar que este órgano extrapoder debe velar por la defensa del "derecho" a secas, no de la ley en sentido formal, puesto que las leyes, decretos, sentencias, facultades jurídicas, etc, merecen denominarse "derecho" en la medida de su vinculación con la porción de realidad en la cual el derecho propiamente consiste.

Y el derecho en su acepción clásica (el *dikaion* de los griegos y el *ius* de los romanos), no es sólo la norma legal como se predica actualmente¹⁸ y como lo entiende el *normativismo* jurídico,¹⁹ sino lo justo concreto, es decir, y reiterando lo enunciado más arriba, la buena proporción entre los bienes que se reparten entre las personas; lo que merece cada uno con relación a lo que merecen los otros miembros del grupo social. Por ello acierta Villey cuando destaca que si la ley no expresa la realidad justa, no merece llevar ese nombre; una ley injusta no es propiamente una ley; un instrumento no tiene razón de ser si no cumple efectivamente la función que hace a su esencia²⁰.

La defensa del *derecho* en el proceso –venero del concepto de *legalidad*- le impone al Ministerio Público Fiscal el deber de franquear por la criba de lo justo concreto –que su versación jurídica le debe proporcionar- las leyes, resoluciones judiciales, doctrina, jurisprudencia aplicable, etc, y básicamente las conductas de las personas potencialmente lesivas al interés general de la sociedad, como aquellas que ponen en riesgo el patrimonio social, la salud de la población, el medio ambiente, los derechos del consumidor, bienes o derechos de valor artístico, histórico, paisajístico, o que ocasionen privación de justicia, afecten la garantía del debido proceso o quebranten el principio de supremacía constitucional (ley 24.946, arts. 25 y 41).

Para que el proceso constituya el sendero hacia lo justo concreto, como lo postula la Constitución Nacional en su Preámbulo, el Ministerio Público debe velar por su pureza como método de debate dialéctico, que es lo mismo que decir por la efectiva vigencia de la garantía del debido proceso, cometido que le concierne en forma excluyente por imperio de la ley 24.946.²¹

¹⁶ Art. 27 de la ley 24.946: "Quedan excluidas de las funciones del Ministerio Público: la *representación del Estado y/o Fisco*, así como el asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo y el ejercicio de funciones jurisdiccionales."

¹⁷ MONTI, José Luis, *Sobre el Ministerio Público y las Instituciones Republicanas*, Op. cit. p. 114

¹⁸ Si así fuera, las leyes sancionadas por el régimen "nazi" –y por todos los regímenes totalitarios similares a él- deberían denominarse propiamente derecho y –por añadidura- sería incuestionable su legitimidad jurídica, lo cual entrañaría un grave contrasentido metafísico y lógico –además de una enorme hipocresía moral- imposible de cohonstar a la luz del pensamiento occidental y judeo-cristiano.

¹⁹ El "normativismo" es aquella concepción que identifica a la "norma jurídica", en especial a la ley, con el derecho. Para esta forma de pensar lo jurídico "el derecho estaría formado por normas, por las que el espíritu humano dirige los hechos de la realidad; prescribe a la realidad la forma como debe ser" (v. Villey Michel, cit. Massini, Carlos I., *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Pág. 22.)

²⁰ Cit. Por Massini, Carlos I. *La prudencia jurídica*, Ed. Abeledo Perrot, Prol. German J. Bidart Campos, Pág. 22 nota 27

²¹ Ley 24.946, art. 25 inc. "h", 41 inc. "a" y "b"

Y velar por esta garantía constitucional, lo obliga a impugnar toda norma, acto o conducta procesal que menoscabe la *imparcialidad* e *imparcialidad* del juez,²² quebrante la igualdad de las partes, niegue a éstas la oportunidad de participar con utilidad en el proceso, tomar conocimiento de sus actos y etapas, ofrecer y producir pruebas, gozar de audiencia (ser oído); en síntesis, atacar todo acto que impida desplegar en plenitud el derecho de defensa en juicio; incumbencia que se acentúa notablemente en el proceso previsional, en el cual litiga el sujeto que ostenta mayor poder y permanencia en la sociedad- el Estado- con la persona más desamparada y en la etapa final de su existencia, dada su avanzada edad y frágil estado de salud.²³

Y la garantía del *debido proceso* se quebranta en el fuero de la seguridad social, cuando, por ejemplo:²⁴

I. Se conculca el derecho a la jurisdicción de los actores –jubilados y pensionados- al negarles la vía del silencio de la administración prevista en el art. 10 de la ley 19.549²⁵

II. Una de las partes- el Estado- suspende el ejercicio de la actividad jurisdiccional- Dec. 2.302/94- sin reparar que ordenar que no se administre

²² Juan Montero Aroca incluye a la *imparcialidad* del juez entre las garantías orgánicas, las cuales para él son iguales en el proceso civil y en el proceso penal (no así las que denomina garantías procesales, que pueden variar entre un proceso y otro). El renombrado jurista hispano distingue entre “imparcialidad” e “imparcialidad”. La primera siempre es subjetiva –aclara- y los italianos la denominan “alienita” –o “ajenidad”, la cual además diferencia a la jurisdicción de la administración y está referida a las causales de recusación y excusación-. En cambio, la “imparcialidad”, es siempre “objetiva y tiene que ver con la condición de “tercero” que ostenta el juez con respecto a las partes (especialmente en materia probatoria). Montero Aroca recuerda que este vocablo fue llevado a España por Werner Golschmidt (v. “La *parcialidad* y la *parcialidad*”, en Revista de Derecho Procesal, 1950, pp. 184 y ss.).

²³ En torno a la jurisdicción *proteccional* o de *acompañamiento* en la cual desempeña su cometido constitucional el Ministerio Público de la Seguridad Social, señalábamos en un trabajo de doctrina vinculado a este tema lo siguiente: “El maestro Roberto O. Berizonce, en un antiguo trabajo sobre el proceso de familia y su proyección sobre la tutela cautelar y anticipatoria, puntualizaba que el juez en el modelo de la “justicia auxiliadora”, de “colaboración” o de “acompañamiento”, asume una posición de apoyo y colaboración con la parte más débil [que obviamente no es la ANSeS en el proceso previsional] como exigencia de mayor tutela del interés social comprometido. El distinguido jurista platense no advierte que de esta manera se pudiera afectar el principio de neutralidad del juez, confundido habitualmente con el de imparcialidad, o el de preclusión, que en su expresión más extrema –aclara muy bien- cede paso a la pauta más rendidora de la flexibilización de las postulaciones de las partes en la etapa constitutiva del proceso. En esta clase de procesos *proteccionales* o de *acompañamiento*, nunca defraudará las aspiraciones de la ley –agrega Eduardo J. Couture- el juez que coloca por encima de las virtudes del tecnicismo jurídico los dictados de su conciencia recta y justiciera.” (v. Luis René Herrero, “¿Tutelas o pretensiones procesales diferenciadas? Una mirada descarnada y una propuesta diferente sobre una figura jurídica de contornos evanescentes”, publ. En Revista Jurisprudencia Argentina, Fascículo 3, del 21/07/2010, pág. 21; id. Roberto O. Berizonce, “La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar anticipatoria”, en Revista de Derecho Procesal, “Medidas cautelares”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 145 y ss.; id. Eduardo J. Couture, “El procedimiento verbal”, en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, vol. III, 2ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 534

²⁴ En la mayoría de los precedentes que se mencionarán a continuación, el Ministerio Público Fiscal de la Cámara Federal de la Seguridad Social los impugnó por vía del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁵ En la causa “Galbusera, Dante C. c/C.N.P.I. y A.C.”, la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social por mayoría declaró procedente en el fuero de la seguridad social la vía del “silencio de la administración” –la anterior ley 23.473 sólo contemplaba el “amparo por mora de la administración” del art. 28 de la ley 19.549- mediante sentencia de fecha 01/04/1992 (v. comentario de Germán J. Bidart Campos: “El silencio de la administración previsional y el acceso a la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social”, en E. D. 6. T. 148, pág. 306). Esta doctrina fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –modificando su criterio anterior- en el caso “Villarreal, Clara Baudilia c/ANSeS s/reajustes varios” (sentencia del 24/04/2001)

justicia, es administrarla por sí mismo a través de una veda inconstitucional (C.N. art.109)²⁶

III. Se quebranta la garantía del juez natural y el principio de preclusión (ley 24.463, art. 24)²⁷

IV. Se menoscaba el principio de igualdad de las partes y la utilidad del proceso a través de la inicua defensa de falta de recursos que puede oponer la parte demandada (ley 24.463 art. 16)²⁸

V. Se implanta un régimen sobre costas que prescinde del resultado del juicio y estimula el incumplimiento del deudor (ley 24.463 art. 21)²⁹

VI. Se acepta una práctica inconciliable con la imparcialidad del magistrado – inhabilidad de instancia de oficio-³⁰

²⁶ En la causa “Elkan, Tomás Tiberio” c/ANSeS s/reajustes varios”, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social mediante sentencia de fecha 13/02/1995, declaró nulo de nulidad absoluta e insanable el DNU N° 2.302/94 –el primero que dictó el Presidente de la Nación después de la reforma Constitucional de 1994- mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional suspendió por el plazo de 180 días el trámite de los procesos previsionales y administrativos por reajuste de haberes y-por ende- el ejercicio de la potestad jurisdiccional para dictar sentencia y aplicar el derecho vigente durante ese lapso (esta veda dispuesta por el poder administrador alcanzó a cinco fueros de la Capital Federal, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la cumplieron escrupulosamente, salvo –obviamente- la Sala II de la CNASS). Este fallo fue comentado por el Dr. Germán J. Bidart Campos en un artículo que tituló: “La justicia independiente invalida un decreto de necesidad y urgencia que no era tal y que resultaba inconstitucional” (v. El Derecho, del 6 de abril de 1995, pág. 4)

²⁷ En el caso “Hussar, Otto c/ANSeS s/reajustes varios” (sentencia del 27/09/95), la Sala II de la CFSS declaró inconstitucional el art. 24 de la ley 24.463 que –a juicio de este Tribunal- violaba las garantías constitucionales del debido proceso, defensa en juicio, los principios del juez natural, la *perpetuatio jurisdictionis*, de preclusión, entre muchos otros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo confirmó mediante sentencia de fecha 10/10/1996).

²⁸ Mediante sentencia de fecha 11/04/1997, la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social declaró inconstitucionales los arts. 16 y 17 de la ley 24.463 que establecían la excepción de falta de recursos a favor de la ANSeS, por violatorios de los principios de igualdad en el proceso, debido proceso legal, derecho de defensa en juicio y tutela judicial efectiva (v. nota al citado fallo de Germán J. Bidart Campos y Walter F. Carnota titulada: “Economicismo, Constitución y Seguridad Social”, publicada en La Ley 1997-D, pág. 226; id. Germán J. Bidart Campos, “El orden socioeconómico de la Constitución”, Ed. Ediar, 1999, pág. 370. En este libro, el prestigioso maestro del derecho constitucional destacó lo siguiente: “Cuando las leyes se sublevan contra los principios cardinales del orden de valores constitucionales, el último baluarte se instala en el control judicial de constitucionalidad, para cuyo funcionamiento hace falta un poder judicial independiente, imparcial, objetivo e idóneo en su composición humana”. Y en la nota n° 11 correspondiente a este párrafo, puntualiza lo siguiente: “Haciendo excepción a nuestra práctica de no citar en este estudio jurisprudencia de tribunales inferiores a la Corte, traemos acá a colación un importante fallo de la Cámara Federal de la Seguridad Social en autos “Ciampagna, Rodolfo N. c/A.N.Se.S” –ED 18/XI797- en el cual se ejerció ampliamente el control de constitucionalidad sobre normas de la ley 24.463)

²⁹ En la causa “Arena, Alfredo c/A.N.Se.S s/reajustes varios” (sentencia de fecha 07/10/1999), la Sala II de la CFSS declaró inconstitucional el art. 21 de la ley 24.463 que impone las costas por su orden en todos los supuestos, apartándose del principio objetivo de la derrota en materia de costas en el proceso previsional. El Tribunal consideró que conculcaba el principio de igualdad, las garantías del debido proceso, defensa en juicio, buena fe procesal, el derecho a la tutela judicial efectiva, y estimulaba el incumplimiento del organismo previsional de las leyes vigentes y fallos de la justicia. Esta doctrina fue revocada por mayoría por la Corte Suprema de justicia mediante la sentencia pronunciada en la causa “Flagello, Vicente c/A.N.Se.S s/interrupción de prescripción” con fecha 20/08/2008 (Fallos 331: 1873). Los ministros Lorenzetti, Fayt y Petracchi votaron en disidencia propiciando la confirmación del fallo de la Sala II. Sin embargo, la Corte había morigerado con anterioridad este criterio restrictivo en “Rueda Orlanda”, al declara inaplicable el citado art. 21 de la ley 24.463 en las “ejecuciones previsionales”; y con posterioridad a “Flagello”, hizo lo propio en “De La Horra Névida” con relación a los amparos ley 16.986 –sentencia del 16/03/1999 y en “Patiño Raúl Osvaldo”, con respecto a los amparos por mora de la administración. En estos tres últimos precedentes, entonces, el Alto Tribunal no considera aplicable el citado artículo 21 de la ley 24.463

VII. Se aplica un instituto procesal que agravia la naturaleza irrenunciable de los derechos de la seguridad social, como lo es la caducidad o perención de instancia³¹

VIII. Se vulnera el principio de cosa juzgada, se lo restringe en forma irrazonable, o se frustra el “imperium” de los jueces (ley 24.463 arts. 22 y 23).³²

IX. Se viola el derecho de propiedad de las personas que aportaron en forma voluntaria a sus cuentas de capitalización individual creadas por la ley 24.241, cuando la administración les niega la devolución de las sumas ingresadas en tal carácter, luego de la eliminación inopinada de aquel régimen por conducto de la ley 26.425.³³

³⁰ Mala práctica procesal copiada del fuero contencioso administrativo federal, en el cual no se ejercita la jurisdicción *proteccional* o de *acompañamiento* –como en el fuero de la seguridad social- ni las pretensiones revisten carácter alimentario.

³¹ Precisamente, por las razones señaladas en la nota anterior, en la causa “Lanata, Norberto Abel c/A.N.Se.S. s/reajustes varios” (sentencia de fecha 18/09/1997), la sala II de la C.F.S.S. estableció por mayoría que es inaplicable en el proceso previsional el instituto de la caducidad de instancia previsto en los artículos 310 y siguientes del C.P.C.C.N. Se hizo hincapié en el efecto de “cosa juzgada” que revestía la declaración de caducidad de instancia en el fuero de la seguridad social, lo cual se da de bruce con el carácter imprescriptible e irrenunciable que revisten las pretensiones concernientes al derecho de la seguridad social, si se tiene en cuenta el plazo de caducidad que establece el art. 25 de la ley 19.549 para impugnar los actos administrativos ante la justicia. En sede civil, por el contrario, la declaración de perención de instancia no impide reiterar la demanda si el derecho no estuviera prescripto, porque no existe ningún plazo de caducidad análogo al que establece el citado art. 25. Nueve años después de este fallo de la Sala II, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló en la causa “Bombelli, Roberto c/ANSeS s/reajuste por movilidad” con relación al instituto de la “caducidad de instancia”, lo siguiente: “La decisión del a quo –que la había declarado en segunda instancia- merece serios reparos porque desatiende principios del derecho previsional que deben ser armonizados con las reglas procesales, a fin de evitar que una comprensión amplia del referido instituto pueda redundar en menoscabo de derechos que cuentan con particular protección constitucional (...) no caben interpretaciones que importen prescindir de su contenido, dada la índole de los derechos en juego que exige no llegar a su desconocimiento sino con extrema cautela (...) dado el carácter alimentario, integral e irrenunciable que tienen los beneficios de la seguridad social según el art. 14 bis de la Ley Fundamental, no corresponde admitir una comprensión de normas que vuelva inoperante la protección allí establecida...” (Resolución de fecha 06/06/2006).

³² En la causa “Fernández, Vicente c/A.N.Se.S” (sentencia del 26/02/1999), la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social declaró la inconstitucionalidad de los arts. 22 y 23 de la ley 24.463. Se consideró que las normas invalidadas resultaban contrarias a la directiva del art. 75 inc. 23 de la C.N., a los derechos de la seguridad social tutelados por numerosos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, e implicaban una invasión a la zona de reserva jurisdiccional del Poder Judicial de la Nación – en cuanto prohibían a los jueces disponer un plazo distinto para el cumplimiento de la sentencia, como también aplicar sanciones pecuniarias, compulsivas o conminatorias al organismo previsional y a los funcionarios competentes-.

³³ En la causa Franzini, Martín Ignacio c/Estado Nacional y otro s/ amparos y sumarísimos” (sentencia de fecha 22/09/2010), la Sala II de la C.F.S.S. declaró por mayoría la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 26.425 y ordenó el reintegro al actor de los fondos depositados en su cuenta de capitalización individual en “MET AFJP” a valores de la última liquidación practicada al tiempo de operarse la transferencia de dichas imposiciones voluntarias al Sistema Integrado Previsional Público, con más los intereses que devenguen tales sumas según la tasa pasiva mensual que publica el Banco Central de la República Argentina, hasta el efectivo pago (esta causa se halla actualmente en la Corte Suprema de Justicia para resolver el recurso extraordinario deducido por la ANSeS). El Ministerio Público Fiscal impugnó, a través de esta vía recursiva, todas las medidas cautelares innovativas despachadas por la Sala III ordenando la devolución de los aportes voluntarios a sus titulares, por constituir las mismas –según éste órgano extrapoder- “despachos interinos de fondo mediante los cuales se satisface, en forma parcial, la pretensión incoada en la demanda.” Se impone la siguiente pregunta: ¿Qué interés debería tutelar el Ministerio Público Fiscal en estos supuestos: ¿el del Estado a través de uno de sus organismos autárquicos -como lo es la ANSeS- o el interés de un sector de la sociedad que invirtió su dinero confiando en las reglas de juego que le garantizaba la ley 24.241, pero que con posterioridad las eliminó en forma inopinada

X. Se interpreta la garantía constitucional del amparo a la luz de la doctrina de la seguridad nacional que inspiró la sanción de la ley 16.986, en desmedro de los Tratados sobre Derechos Humanos que hoy revisten jerarquía constitucional.³⁴

XI. Se incurre en graves errores de interpretación en torno a la competencia por razón de la materia y especialidad en detrimento de la Cámara Federal de la Seguridad Social, cuando se decide sin fundamento jurídico –siguiendo un criterio que conceptuamos equivocado por parte la Procuración General de la Nación- que ésta no es competente –pese a la materia y a la especialidad- cuando la pretensión procesal de seguridad social se plantea ante los juzgados federales con asiento en el interior del país, por una vía distinta a la prevista en el art. 15 de la ley 24.463 (por ejemplo, mediante acciones declarativas, amparos, medidas cautelares, ejecuciones de aportes a la seguridad social, etc.). En estos supuestos, se declara competente a las Cámaras Federales con asiento en las provincias.³⁵

Consectario:

En nuestro país, el Ministerio Público Fiscal, lejos de representar al Estado –en sus tres clásicas manifestaciones, ramas o funciones- interviene en el proceso como una simple parte procesal –es decir, al mismo nivel que las restantes- en defensa del “derecho” y de los “intereses generales de la sociedad”, la cual de este modo participa en forma efectiva en el debate – como actora o demandada, según la posición jurídica que enfrente o coadyuve- a través de este órgano que –como quedó dicho en forma reiterada- no sólo defiende sus más preciados intereses en el juicio, sino que desde el más alto sitio de lo jurídico brega por el establecimiento de lo justo concreto, presupuesto ineludible para el logro de una paz social genuina y perdurable.

mediante otra ley (la 26.425), con el agravante que también se negó a reintegrar a sus titulares –bajo diferentes formas- las sumas aportadas por éstos en procura de un objetivo de naturaleza previsional que ya no existe, porque el propio Estado decidió eliminarlo? Este sería uno de los supuestos imaginados por el Dr. José Luis Monti en los cuales el interés del Estado no coincide con el interés de la sociedad, cuya salvaguarda en el proceso le impuso al Ministerio Público Fiscal la Constitución Nacional y la ley 24.946 en forma imperativa.

³⁴ HERRERO, Luis René, *El amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional: ¿Amparo nuevo o amparo reciclado*, Jurisprudencia Argentina, 3 de diciembre de 1997, pp. 2/30

³⁵ Cabe reparar en este lugar que el art. 25 inc. “j” de la ley 24.946 pone en cabeza del Ministerio Público: “Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales.” En la causa “Nemernich, Mónica Laura c/PEN y otro s/amparo y sumarísimo” en la cual se planteó un conflicto negativo de competencia de esta naturaleza (resolución de fecha 16/02/2010), el Alto Tribunal se remitió al dictamen del Procurador General en el cual postuló el criterio que juzgamos equivocado en el párrafo anotado.