

“El Ministerio Público a la luz del art. 120 de la Constitución Nacional y de la Ley 24.496”¹

*“Legum servi sumus ut liberi esse
possimus”
(Somos esclavos de las leyes para que podamos ser libres)
Marco Tulio Cicerón.*

Alejandra Paulina Brasesco

Abogada. Diploma de Honor. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Carrera de Especialización en Derecho Procesal. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad del Salvador. Maestría en Derecho Empresario Económico. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

Afiliación Institucional

Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Correo Electrónico

alejandrabrasesco@hotmail.com

Notas del autor

Con profundo agradecimiento a mis profesores de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal de la Universidad del Salvador, y especialmente a mi tutor de tesis, Prof. Dr. Luis René Herrero, quien -con suma dedicación- me guió en su elaboración.

Resumen

En la República Argentina, hasta 1994, el Ministerio Público era una institución sin rango constitucional, a diferencia de lo que sucedía en varias provincias argentinas, cuyas constituciones lo emplazaban en el ámbito del Poder Judicial.

Las razones de que un órgano de tanta trascendencia no haya obtenido antes su inserción en la ley fundamental, se hallaban, a nuestro entender, en la ardua discusión que existía con relación al exacto emplazamiento institucional del Ministerio Público. Hubo quienes propugnaron que el Ministerio Público fuese un órgano independiente y quienes no lo consideraron así.

En el presente trabajo, analizaremos esta ardua disputa doctrinaria, destacaremos las funciones específicas de este órgano extra-poder, y el rol que le compete en los diferentes tipos de procesos a la luz de la reforma constitucional de 1994 y de la ley reglamentaria 24.946. También, procuraremos delimitar conceptualmente el fundamento o título de su pretensión constitucional, esto es, el concepto de “*legalidad*” y el de “*intereses generales de la sociedad*”.

¹ Arbitrado por el Dr. Daniel C. RANUSCHIO, Profesor de Derecho Procesal Penal de la USAL.

El presente trabajo se elaboró con la convicción de que, desde una perspectiva político-institucional, en las democracias fuertes el Ministerio Público procura afianzar los controles republicanos y garantizar las libertades públicas.

Este objetivo deviene insoslayable en los sistemas políticos debilitados por las recurrentes crisis institucionales y económicas, en los cuales se destaca una excesiva concentración del poder en la rama ejecutiva, la carencia de controles republicanos eficaces para evitar la corrupción y los desvíos de poder.

Abstract

In Argentina, until 1994, the prosecution was without constitutional authority, unlike what happened in several provinces, whose constitutions so they summoned in the field of the judiciary.

The reasons that a body of such importance has not been obtained before insertion in the fundamental law, were, to our knowledge, in the difficult discussion was regarding the exact location of institutional prosecutors. There were those who advocated that the prosecution was an independent body and those not so considered.

In this paper, we analyze this difficult doctrinal dispute, highlight specific features in this extra- power authority, and the role of her competence in the different types of processes in the light of the constitutional reform of 1994 and 24,946 regulatory law. Also, we will attempt to define the conceptual basis or title of his constitutional claim, that is, the concept of "*legality*" and "*general interests of society*."

This work was developed with the belief that, from a political-institutional perspective, strong democracies the prosecution seeks to strengthen controls and ensure Republican civil liberties.

This objective becomes unavoidable in political systems weakened by recurrent institutional and economic crisis in which an excessive concentration of power in the executive branch, the lack of effective controls is highlighted Republicans to avoid corruption and diverts power.

Palabras claves (Keywords)

Ministerio Público	Public Prosecutor
Constitución Nacional	Constitution
Ley 24.496	Law 24,496

I. Introducción.

Los temas que se desarrollarán en el presente trabajo con relación al instituto del Ministerio Público han sido muy discutidos y profundamente analizados por la doctrina más especializada en la materia.

En la República Argentina, hasta 1994, el Ministerio Público era una institución sin rango constitucional, a diferencia de lo que sucedía en varias provincias argentinas, cuyas constituciones lo emplazaban en el ámbito del Poder Judicial.

Las razones de que un órgano de tanta trascendencia no haya obtenido antes su inserción en la ley fundamental, se hallaban, a nuestro entender, en la ardua discusión que existía con relación al exacto emplazamiento institucional del Ministerio Público.

Hubo quienes propugnaron que el Ministerio Público fuese un órgano independiente y quienes no lo consideraron así.

En el presente trabajo, analizaremos esta ardua disputa doctrinaria, destacaremos las funciones específicas de este órgano extra-poder, y el rol que le compete en los diferentes tipos de procesos a la luz de la reforma constitucional de 1994 y de la ley reglamentaria 24.946. También, procuraremos delimitar conceptualmente el fundamento o título de su pretensión constitucional, esto es, el concepto de “*legalidad*” y el de “*intereses generales de la sociedad*”.

El presente trabajo se elaboró con la convicción de que, desde una perspectiva político-institucional, en las democracias fuertes el Ministerio Público procura afianzar los controles republicanos y garantizar las libertades públicas.

Este objetivo deviene insoslayable en los sistemas políticos debilitados por las recurrentes crisis institucionales y económicas, en los cuales se destaca una excesiva concentración del poder en la rama ejecutiva, la carencia de controles republicanos eficaces para evitar la corrupción y los desvíos de poder².

II. Origen y evolución histórica del Ministerio Público.

En las primeras manifestaciones del Ministerio Público, las personas que lo representaban se mostraban como defensoras de los intereses del Fisco: Corona Real y señores feudales.

Señala Clariá Olmedo que³ así aparece en Francia por los siglos XII y XIII, desempeñándose como simple mandatario o procurador no permanente del monarca para percibir el porcentaje que correspondía a la Corona de las confiscaciones y multas impuestas a los súbditos en los procesos.

Luego, esos procuradores adquieren la calidad de permanentes, como verdaderos funcionarios fiscales que intervenían en los procesos, ya con la autoridad propia de la investidura. Pero, a comienzos del siglo XIV, esa misión fiscalista aparece absorbida o suplantada por funcionarios que comenzaron a reemplazar a los particulares, frente al decaimiento de la acusación privada o popular: promotores de justicia penal para defender la cosa pública en ausencia de acusador.

El avance continúa en aumento mientras se extiende el poder real en procura de la formación del Estado, el que termina por confundirse con la Corona como poder absoluto. La institución se fortifica con el acrecentamiento del patrimonio real, la defensa de los débiles y necesitados, la lucha entre los poderes y la necesidad de perseguir a los delincuentes.

Las monarquías absolutas y el sistema inquisitivo que implantan encuentran en el Ministerio Público un poderoso instrumento de gobierno, por lo cual se vigoriza en Francia con las Ordenanzas de 1533 y 1586. Tan poderosa es la institución que la Revolución de 1789 no puede desarraigarla; fracasa en su intento y termina por fortificarla con notas de independencia del Ejecutivo, lo que después se elimina.

III. El Ministerio Público en Europa.

Según señala Prieto Castro y Ferrandiz⁴, la institución del Ministerio Público se ha consolidado en muchos sistemas jurídicos con sus rasgos peculiares, ya centenarios, evolucionando en casi todos en el sentido de adquirir un más elevado grado de perfeccionamiento y un mayor prestigio ante la sociedad a la que debe servir; pero al ser

² GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, Tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 577 y sgtes.

³ CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 16 y sgtes.

⁴ PRIETO CASTRO Y FERRADIZ, Leonardo, “El Ministerio Fiscal en Europa”, LA LEY 1990-C, 781, LLP 1990, 488.

un instituto que no exige y tal vez no necesite ni le convenga una delimitación conceptual ni técnica tan precisa como al de los órganos jurisdiccionales que, prácticamente, vienen desempeñando hoy las funciones que (mutatis mutandis) ya ejerciera el iudex unus romano, puede ser tergiversado para el logro de finalidades distintas de las propiamente jurídicas y sociales, que, en su pureza, son las suyas peculiares.

Estas salvedades ofrecen, seguramente, cierto interés, si se quiere evitar la confusión de un tipo de Fiscal, por ejemplo del sistema español, con otro como el caso del fiscal soviético o del de la República Democrática Alemana o el de cualquiera de los otros países europeos que han tenido que aceptar las directrices emanadas del Soviet Supremo para confeccionar la propia legislación de justicia (política), en aquel momento histórico.

Por tanto, surge la necesidad de partir de un modelo o tipo de Ministerio Público que el citado autor señala como normal o fiel a su historia, como el de España, para que se puedan advertir los contrastes con las realidades legislativas y las aspiraciones de otros sistemas europeos de aquella época.

Sostiene Prieto Castro y Ferrandiz que el Ministerio Público español no es una reproducción del que fue planteado entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX en Francia, sino que excede en funciones y responsabilidades al originario, con matices propios de una historia nacional no desprovista de interés.

Según Prieto Castro y Ferrandiz,

el Ministerio Fiscal español es un órgano adscrito a los tribunales de justicia, encargado de los siguientes cometidos básicos: 1º Promover el respeto a las normas protectoras de la jurisdicción frente a cualquier invasión o abuso de otro poder. 2º Contribuir al cumplimiento de las reglas de asignación de atribuciones y de determinación de la competencia de los diversos órganos jurisdiccionales. 3º Ejercer actividades de defensa material y formal, con la extensión necesaria en cada caso, de las personas que por edad o las circunstancias no pueden proveer a su defensa jurídica. 4º Especialmente en el orden penal, procurar que se actúe por los funcionarios de policía judicial y por los órganos instructores y juzgadores conforme al principio de bilateralidad de la acción, que proclama también la absolucón de los inocentes, lo que exige que se consignen y aprecien las circunstancias así adversas como favorables al inculpado, e igualmente que todos aquellos cumplan la regla de defensa material preconizada (como lo anterior) por el art. 2º de la ley de enjuiciamiento criminal, haciendo que se instruya a este de los derechos que le puedan asistir y de los recursos ejercitables, mientras no le aconseje un defensor formal. 5º Postular ante los tribunales, como parte formal o en calidad de informante, para beneficio del Estado (en cuanto organización jurídica de la sociedad integrada por los individuos), y de los entes equiparados, con particular atención al ejercicio de la acción penal, para que se pueda lograr la efectividad del ius puniendi del Estado (que en toda su extensión comprende también la acción civil nacida del delito, tendiente a la consecución del objeto civil del proceso penal). 6º Procurar la observancia del cumplimiento de los principios peculiares de los procesos que, aun refiriéndose a un objeto no público, tienden a obtener una sentencia que produce efectos contra todos, como son los de estado civil de las

personas, incapacitación y reintegración de la capacidad y análogos. Y 7º actuar como órgano que lleva a los tribunales de justicia (órgano de enlace o "comunicación") las ideas y las cuestiones del Poder Ejecutivo en relación con todos los cometidos enunciados, y a la inversa, especialmente en lo que se refiere al funcionamiento de los tribunales, siendo las actuaciones de este orden las más delicadas que se pueden presentar al Ministerio Fiscal, y por ello, se han de producir de manera tal que las indicaciones y advertencias gubernativas experimenten una reelaboración, apareciendo como trasladadas por un órgano que, a pesar de hallarse en un plano de dependencia respecto del Poder Ejecutivo y gubernativo, procede con criterios jurídicos propios, no político-administrativos, y se mueve con la permanente idea del respeto a un estatuto de independencia de los tribunales. (...) el Ministerio Fiscal español se halla concebido para no ser empleado para finalidades políticas o de conveniencia, en detrimento de los derechos fundamentales y de los subjetivos de la persona.

Un panorama análogo a España ofrecen en Europa, Alemania y Francia e Italia, por lo que se refiere a la dignidad del Ministerio Público y a la objetividad y juridicidad de su funcionamiento, aunque el ámbito de actuación no sea tan variado como en el sistema español. Las constituciones de aquellos dos primeros países no mencionan al Ministerio Público, y esta misma ausencia de mención se observa en las leyes fundamentales de otras naciones.

Sostiene Prieto Castro y Ferrandiz que:

el Ministerio Fiscal en Francia al lado de la Magistratura funciona con arreglo a los principios de subordination hiérarchique (con el Garde des Sceaux-Ministro de Justicia- a la cabeza, aunque no tenga la cualidad del miembro del Ministerio Público), indivisibilité (por lo menos entre los que pertenecen al mismo Parquet), esto es, todos sus componentes actúan como si fuesen una sola y misma persona, independencia tanto con respecto a los órganos de la instrucción como a los del plenario y a la parte ofendida, en cuanto que el Ministère Public "representa al Poder Ejecutivo", y de irrecusabilidad (en el proceso penal, porque se dice que es parte principal y necesaria en él). Como nota distintiva del Ministerio Público se aduce la irresponsabilité, en el sentido de que no puede ser condenado al pago de daños y perjuicios (en los mismos casos en que puede serlo la parte civil a la que se le desestima la pretensión civil) ni tampoco al pago de las costas.

El Ministerio Público, defensor de la legalidad y de conciencia libre, se encuentra sujeto a los principios de unidad y dependencia. La necesaria separación funcional de órganos juzgadores y Ministerio Público (sobre todo en el orden penal -Ministerio Público Fiscal-) se halla claramente denotada en Francia: únicamente tiene la facultad de perseguir y la de ejercer la "acción pública" como abogados de la sociedad, careciendo del derecho de instruir y del de "juzgar".

La ley francesa no autoriza inmisiones gubernativas o políticas en la actividad del Ministerio Público, que le desviarían de sus fines objetivos de legalidad y de justicia; y por todo lo dicho, según el citado autor, el Ministerio Público francés ha servido de modelo en los países de Occidente.

Italia, según el citado autor, respecto de las atribuciones generales del Ministerio Público establece que:

deberá promover la observancia de las leyes, la pronta y regular administración de justicia, la tutela de los derechos del Estado, de las personas jurídicas y de los incapaces, pidiendo en casos de urgencia la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias; ha de promover la represión de los delitos y la aplicación de las medidas de seguridad, ha de impulsar la ejecución de las sentencias y la observancia de las demás resoluciones de los tribunales, en los casos señalados por la ley, y se le confiere acción directa para hacer cumplir y observar las leyes de orden público y que afectan a los derechos del Estado, siempre que tal acción no sea confiada por la ley a otros entes.

IV. El Ministerio Público en la legislación extranjera.

En la legislación extranjera, actualmente, el Ministerio Público es una institución de contenidos imprecisos y ambiguos en cuanto a su inserción o ubicación, y en lo que respecta a sus funciones, lo cual se observa especialmente en su inserción constitucional, tal como analiza detalladamente Loñ⁵.

Así explica el citado autor en lo que hace a su ubicación que Brasil lo contempla como una función esencial de la justicia al margen del Poder Judicial y dentro de la organización de poderes. Si bien es una función judicial y no es un poder, se encuentra en vías de serlo. Con respecto a Perú sostiene que se lo ubica fuera del Poder Judicial y dentro de los poderes del Estado dándole carácter de órgano autónomo. En relación a Venezuela, Portugal y España señala que se lo ubica dentro del Poder Judicial. En los EE. UU. se lo considera actuando en la órbita del Poder Ejecutivo. Colombia establece una doble ubicación, por un lado en el Poder Judicial y otra por fuera dentro de los órganos de control, dependiendo de las funciones que desempeñe.

Loñ señala que en cuanto a las funciones desplegadas por el Ministerio Público, en Brasil se aprecia un desglose de funciones que se atribuyen a distintos órganos. Lo mismo sucede en Colombia. En general, Estados Unidos, Venezuela, Portugal, y España coinciden en otorgarle al Ministerio Público la función tradicional de impulsar la acción penal pública, velar por el cumplimiento de la Constitución, la independencia del Poder Judicial, y la defensa de los derechos humanos.

V. El Ministerio Público en las Constituciones Provinciales.

En nuestro país, la institución detenta variaciones importantes entre la Nación y las provincias. Por lo general, la jerarquización y la unidad son relativas, predominando la falta de coordinación funcional.

En la mayoría de las legislaciones se destaca un funcionario ante el Tribunal más elevado, que es el superior jerárquico de todo el Ministerio Público Fiscal, y grupos de funcionarios ante los dos grados o tipos de tribunales inferiores.

Ahora bien, luego de la restauración de la democracia en 1983, las distintas reformas de las constituciones de las provincias y de la Nación han tenido como común denominador la intención de fortalecer la independencia e imparcialidad del Ministerio Público, situándolo en calidad de controlador y garante de la legalidad constitucionalidad, a la vez que lo han querido dotar de una estructura jerárquica y unificada para su desempeño eficaz.

⁵, LOÑ, Félix R., "El Ministerio Público y la Reforma Constitucional de 1994", LL doctrina, 1996-III.

Conforme señala Loñ⁶ y Apesteguía⁷ las tendencias predominantes en el constitucionalismo provincial son las que ubican al Ministerio Público en la órbita del Poder Judicial, colocan la designación del Procurador General en el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado o Legislatura unicameral, confunden en un solo órgano las funciones de agente fiscal y defensor, conceden inamovilidad e inmunidades –aunque en menor medida aclara el citado autor, a sus integrantes y su remoción se prevé por medio de juicio político. Con relación al grado de autonomía que se atribuye al Ministerio Público en el cumplimiento de su misión, el citado autor señala que se ha abierto camino al reconocimiento de su autonomía funcional.

Asimismo, señala Loñ que las referidas constituciones provinciales, adoptando las tendencias más modernas, prescriben que el Ministerio Público cumplirá su cometido con sujeción a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación, y dependencia jerárquica, lo cual tiene como clara referencia a la Constitución de España.

VI. El Ministerio Público en la Legislación Nacional.

En la República Argentina, hasta 1994, el Ministerio Público era una institución sin rango constitucional, en el orden nacional, a diferencia de su situación en las constituciones provinciales, en las que ya desde antaño tenía definida su ubicación como órgano del Poder Judicial, con excepción de la provincia de Salta, que en su constitución de 1986 lo concibió como un órgano extra-poder.

Señala Monti⁸ que en los textos antiguos el Ministerio Público había estado previsto como parte integrante del Poder Judicial, por ejemplo en el Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 1812, Reglamento Provisorio de 1817, Constituciones de 1819 y 1816, y aun en la Constitución Nacional de 1853, hasta la reforma de 1860 que no lo mencionó.

Conforme señala Gelli⁹, la Constitución Nacional sancionada en 1853 dispuso, al organizar el Poder Judicial Federal que este sería ejercido por una Corte Suprema compuesta por nueve miembros y dos fiscales y por tribunales establecidos por el Congreso. La reforma de 1860, a su turno, eliminó, el número de miembros que debía tener la Corte Suprema

Aquellos “dos procuradores fiscales” del art. 91 de la Constitución Argentina de 1853, desaparecieron a raíz de la modificación introducida por la Convención Nacional de Santa Fe de 1860, conforme sostiene Quiroga Lavié¹⁰. A partir de ahí, la regulación de lo atinente al Ministerio Público se instrumentó en leyes (entre ellas 27, 1893, 3367, 4162, 4055, 17.516, 18.345, 19.539, 20.521), y también en el decreto-ley 1285/58. Entonces, como sostiene Ekmedjian¹¹, nuestra Constitución histórica tenía un vacío normativo muy importante, que era justamente la falta de regulación constitucional del Ministerio Público.

Dicho vacío normativo se cubrió mediante la incorporación del art. 120 a la Constitución Nacional a través de la reforma de 1994.

Sostiene Ortiz Pellegrini¹² que su acceso al texto constitucional fue a través de la ley 24.309, que declaraba la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional (art. 1), dispuso en su art. 3º:

⁶ LOÑ, Félix R., “El Ministerio Público y la Reforma Constitucional de 1994”, LL, cit.

⁷ APESTEGUIA, Carlos A., “Ministerio Público, su situación institucional”, LL, del 20/6/1997.

⁸ MONTI, José L., “Sobre el Ministerio Público y las Instituciones Republicanas”, LL 1994-C, 1114; MONTI, José L., “El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo”, ADLA 1998-A, 101.

⁹ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, ob.cit.

¹⁰ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución Argentina Reformada*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 691.

¹¹ EKEMEJDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 631 y sgtes.

Se habilitan para su debate y resolución en la Conv. Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación:... G. Ministerio Público como órgano extrapoder. Por habilitación de un artículo en la Segunda Parte, en el nuevo capítulo.

Asimismo, el citado autor señala que sobre este marco legal se receptaron diversos proyectos en la Comisión de Sistemas de Control, que sesionaba en la ciudad de Paraná (Entre Ríos), presidida por el Convencional José Luis Nuñez. No obstante todos los esfuerzos, discusiones y sesiones de la Comisión, el Ministerio Público no tenía despacho de mayoría y estuvo a punto de ser omitido por la nueva Constitución. La última sesión de la Honorable Convención estaba prevista para el día viernes 19 de agosto de 1994. Hasta el día anterior, no existía el consenso mayoritario que permitiese incluir el tema en el texto. Esta preocupación consumía al Convencional Jorge de la Rúa, del bloque (U.C.R.), que en continuas consultas con los convencionales, trataba de encontrar fórmulas jurídicas que fueran aceptables para los rígidos criterios de los convencionales del Partido Justicialista. En la consideración del tema, se inició sobre la base de los arts. 171 a 173 de la Constitución de Córdoba, -que luego fueron la esencia del despacho de la minoría. Esta postura fue solo el punto de partida para el análisis, pero se llegó a un punto muerto. Así fue que a último momento en medio de otros temas, y violando el reglamento, la Comisión de Redacción redactó "un nuevo proyectó", que consiguió las mayorías necesarias para acceder al texto constitucional. Así, a último momento, con un texto que estaba lejos del diseño inicial, pero que alcanzaba para salvar esta institución al menos en sus líneas fundamentales, se plasmó el hoy art. 120 de la Constitución Nacional rechazando toda propuesta de modificación a las austeras normas acordadas.

Ahora bien, luego de la reforma de 1994, existía una verdadera anarquía de leyes, contradictorias entre sí, que impedían localizar institucionalmente al Ministerio Público. Las leyes anteriormente dictadas fueron derogadas por la ley 24.946, que organizó al Ministerio Público, concretando y mejorando sensiblemente las pautas establecidas por el mencionado art. 120 de la Constitución Nacional reformada.

El Ministerio Público es bicéfalo, está integrado por dos ramas: el Ministerio Público Fiscal, que comprende fundamentalmente a los fiscales de todas las instancias ante todos los tribunales nacionales y tiene por jefe al Procurador General de la Nación, que es el fiscal nato, para actuar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La otra rama es el Ministerio Público de la Defensa -antes llamado Ministerio Público Pupilar- integrado por los defensores de pobres y ausentes de todas las instancias, cuya cabeza es el Defensor General de la Nación.

VII. Inserción constitucional del Ministerio Público: ¿Es un órgano extra-poder o es un cuarto poder?

¿Cuáles serán las razones por las que un órgano de tanta trascendencia no haya obtenido antes su inserción en la ley fundamental?

Las razones en el orden nacional deben buscarse, en la ardua discusión que hasta hoy persiste, respecto a la ubicación institucional del Ministerio Público. Así como en el Derecho Público Provincial es prácticamente un valor entendido que el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial, en el orden nacional subsisten posturas encontradas e irreconciliables.

¹² ORTIZ PELLEGRINI, Miguel A., "El Ministerio Público Fiscal en la Constitución Nacional", DJ 1997-2, 1067.

Hay quienes propugnan su colocación dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, siguiendo las viejas enseñanzas de Joaquín V. González, Jofré o Alsina¹³. Los hay, por otra parte, que sostienen su encuadre dentro del Poder Judicial, configurando una rama autónoma, organizado en corporación y con independencia de actuación¹⁴.

Otros afirman que debe constituir un órgano extra-poder.¹⁵

Esas tres corrientes, en rigor de verdad, pueden reducirse solo a dos pues tanto quienes pretenden que el Ministerio Público forme parte integrante del Poder Judicial como quienes lo consideran un órgano extra-poder, coinciden plenamente en que un rasgo esencial debe ser su independencia, fundamentalmente respecto del Poder Ejecutivo.

En otras palabras, la puja se reduce a quienes persiguen que el Ministerio Público sea un órgano independiente y quienes no lo quieren así.

El Ministerio Público ha obtenido rango constitucional en la Sección Cuarta del Título Primero -sobre el Gobierno Federal- de la Segunda Parte -Autoridades de la Nación- de la Constitución Nacional. Es decir que la regulación del Ministerio Público Nacional aparece en una sección cuarta autónoma de la sección tercera que, en sus arts. 108 a 119, regula la composición del Poder Judicial.

El artículo 120, único que integra dicha sección, establece:

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

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación, y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibles de sus remuneraciones.

¹³LAPALMA, Guillermo, "Régimen jurídico del Ministerio Público" LL, Tomo 119, Pág. 1101. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de derecho Procesal, Civil y Comercial*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 329; JOFRE, Tomás, *Manual de Procedimiento Civil y Penal*, Tomo I, Buenos Aires, 1924, p. 228; ODERIGO, Mario, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1973, p. 218, n. 205.

¹⁴Así ocurrió en el seno de la Asamblea Constituyente de 1957, que por unanimidad se expidió por la ubicación del Ministerio Público dentro del Poder Judicial. También CHIARA DIAZ en "Características de la intervención del Ministerio Público, El Derecho, T° 96, 1962, pág. 789. Igualmente BIANCHI, Alberto en "La conveniencia de que el Ministerio Público sea órgano del Poder Judicial", El Derecho, T9 106, 1984, pág. 845. Finalmente, las Segundas Jornadas Nacionales del Ministerio Público Salta, Mayo de 1989, señalaron como una de sus conclusiones: "...El Ministerio Público debe componer el Poder Judicial como una rama autónoma del mismo e independiente de la otra, constituida por los magistrados con facultades jurisdiccionales". VANOSSI, Jorge, El Ministerio de Justicia y el Poder Judicial, Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1965-I/II, p. 85; del mismo autor: Otra vez sobre el Ministerio Público, ED, 101-528; PALACIO, Lino, Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, T-II, p. 31.

¹⁵SEISDEDOS, Felipe, "Algunas reflexiones acerca de la independencia del Ministerio Público", en Idearium, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, años 1984-86, N° 10/12, ps. 123 y sgtes.- En el mismo sentido, SAGUES, Nestor, "Carrera Fiscal", en El Derecho, T° 106, pág. 980.- Hay aún otra postura, sin mayor predicamento en el país que defiende su ubicación como órgano con dependencia del Poder Legislativo, al modo en que ello era previsto en la ex U.R.S.S., cuya Constitución disponía que el titular del Ministerio Público era nombrado por el Soviet Supremo, siendo este el encargado del control de su gestión y de hacer efectivas las responsabilidades funcionales que pudieran haber. Sagüés recuerda que en Hungría y Bulgaria el régimen es similar (El Derecho T° 106, pág. 980).

La eficacia del Ministerio Público Nacional está directamente relacionada con su independencia funcional y las garantías que la hagan posible.

Así, señala Herrero¹⁶ que:

La Constitución Nacional destaca asimismo -y lo hace de un modo muy categórico- que el Ministerio Público es un órgano "independiente" -de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial- "autónomo- en el ejercicio de las funciones que le encomienda expresamente, y con autarquía, pues está sujeto al control externo de la Auditoría General de la Nación, y obligado a cumplir -como cualquier órgano autárquico- las leyes de administración financiera del Estado en la ejecución del Presupuesto.

Es por ello, que la primera discusión que plantea el art. 120 de la Constitución Nacional gira en torno a la ubicación del Ministerio Público en la distribución de poder.

Desde el punto de vista dogmático, como recuerda Quiroga Lavié:

...el tema del Ministerio Público venía habilitado por el punto G del artículo 3º de la ley 24.309, con la expresa indicación de que dicho Ministerio debería ser regulado en la Constitución como órgano extra-poder¹⁷

Hay una definición en dicha ley respecto al debatido problema de la ubicación institucional del órgano. Dada aquella disposición legal, si el Ministerio Público pasaba a ser previsto en la Constitución, solo podría ser órgano extra poder.¹⁸

Ello por cuanto los convencionales constituyentes de 1994 discreparon acerca de las alternativas de ubicación institucional del Ministerio Público que se les presentaban: a) órgano independiente, con categoría de nuevo poder, al lado de los clásicos poderes Legislativo, Ejecutivo, y Judicial; b) órgano dependiente del Poder Ejecutivo, tal como lo organizan Alemania y Estados Unidos; c) órgano incluido en la órbita del Poder Judicial; y d) órgano extra-poder, al margen de los poderes clásicos, pero en relación con alguno de ellos.

La Convención aceptó en principio el mandato en tanto y en cuanto lo regula en Sección aparte y comienza su conceptualización afirmando que es un órgano independiente. Su ubicación intenta mostrar que no forma parte de otro poder, al menos en lo formal, sino que es un órgano extra-poder relacionado con el Poder Judicial.

Así fue la postura triunfante en la Convención Constituyente, señala Gelli¹⁹, que caracterizó al Ministerio Público como órgano extra-poder -dictamen de la mayoría y opiniones coincidentes de quienes votaron por la afirmativa- y hubo convencionales que votaron por incluirlo en el ámbito del Poder Judicial.

La mayoría de la doctrina Argentina, entre ellos, por ejemplo Bidart Campos, Quiroga Lavié, Ekmekdjian, Natale, Herrero, Masnatta, y Monti²⁰, sostiene que el

¹⁶ HERRERO, Luis R, "El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 -Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad -Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.", Revista del Ministerio Público Fiscal, n. 5, p. 156

¹⁷ Quiroga Lavié, Humberto; "El Ministerio Público", en "La reforma de la Constitución", por ROSATTI Horacio y osts., Rubinzal - Culzoni, Santa Fe., 1994, p. 284.

¹⁸ Discrepan con esto DROMO-MENEM, *La constitución Reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 383; BIANCHI Alberto, "El Ministerio Público: ¿un nuevo poder?", *El Derecho*, del 21/4/1996.

¹⁹ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, ob.cit.

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI. La Reforma Constitucional de 1994, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 487; QUIROGA LAVIE, Humberto, *Nuevos Órganos de control en la Constitución, en La reforma de la Constitución*, Rubinzal Culzoni,

Ministerio Público es un órgano extra-poder, es decir independiente de cualquier poder del Estado. Ello, con fundamento en que la Constitución Nacional le ha conferido una sección específica y en el mismo rango que a los tres poderes del Estado. Lo cual lo transformaría en un caso único en la Constitución Nacional.

Otros autores, como Gelli²¹, consideran que el Ministerio Público constituye el cuarto poder del Estado, con fundamento en que ningún valor republicano impide incorporar un nuevo poder a la tríada clásica y por el rango de funciones que tiene, el Ministerio Público constituiría el cuarto poder del Estado.

Badeni²² sostiene que al desarrollar el Ministerio Público su labor fundamental en el ámbito jurisdiccional, nos induce a sostener que se trata de un organismo de control horizontal e intraórgano que forma parte del Poder Judicial.

Sagüés²³, afirma que se trata de un órgano extra-poder pero al mismo tiempo parece admitir su existencia como un cuarto poder. Señala que:

...la naturaleza del Ministerio Público ofrece incontables discusiones en el ámbito jurídico. Con una frase cierta, pero al mismo tiempo imprecisa, puede decirse que tiene "la misión de defender intereses que afectan al orden público y social". La expresión es adecuada, porque una rancia tradición atribuye a los fiscales abogar por la Corona, la sociedad, el pueblo, o los principios claves de la organización jurídico-política del Estado. Pero, simultáneamente, esa gestión no es siempre clara ni uniforme. Por ejemplo, Lino Palacio distingue dos papeles diferentes del fiscal, según actúe como parte -o cuasi parte, o representante de parte-, planteando como tal pretensiones, peticiones, oposiciones o requerimientos, ya sea en función de los sujetos del proceso, ya porque hay un interés colectivo en que ciertos derechos no queden a merced de la voluntad de las partes, o, segunda hipótesis, según se comporte como órgano de cooperación judicial, controlando el cumplimiento de determinadas normas y coadyuvando al mejor ejercicio de la administración de justicia.

De todas maneras, vale la pena recordar una vez más la paradoja de Francisco Carnelutti: el Ministerio Público es una parte imparcial, y ello ocurre porque, si bien se desenvuelve

Santa Fe, 1994, p. 289; y QUIROGA LAVIE, Humberto, *Constitución de la nación Argentina Comentada*, ob.cit., p. 692; QUIROGA LAVIE, Humberto, *Estudio Analítico de la Reforma Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 65; QUIROGA LAVIE, Humberto, *Nuevos Órganos de Control en la Constitución*, ob.cit., ps. 267 y sgtes; SAGUES, Nestor P., *Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 28; MASNATTA, Héctor, "Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución", LL, 1994-E-878; NATALE, Alberto, *Comentario sobre la Constitución. La Reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 153; HERRERO, Luis R, "El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 -Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad - Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.", *Revista del Ministerio Público Fiscal*, n. 5, p. 156; EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, ob.cit., Tomo V, ps. 631 y sgtes; MONTI, José L, "Sobre el Ministerio Público y las Instituciones Republicanas", cit.; MONTI, José L, "El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo", cit.

²¹ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, ob.cit.

²² BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2010. BADENI, Gregorio, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 426.

²³ Sagüés, Nestor, "La Estructura del Poder", *Revista Criterio*, Año LXVII, ejemplar del 22.12.94, p. 729.

como parte, con derechos y facultades frente al juez, no actúa por su libre arbitrio y conforme a sus intereses personales, sino que tiene "un deber que cumplir", en razón del interés social en juego. Se trata, en resumen, de "un ser ambiguo entre la parte y el juez.

Esa ambigüedad se refleja en el listado de cualquier tabla de funciones del Ministerio Fiscal: interviene activamente en el ámbito penal, como portador de la acción pública; pero también lo hace en asuntos impositivos, en juicios sucesorios, en las contiendas de competencia, embargos laborales, nulidades de matrimonio, causas de filiación, declaratorias de pobreza, etc. Casi siempre, las leyes orgánicas de tribunales o las específicas de fiscalías, incluyen un inciso "asegurador" aparte de todo lo expuesto, el fiscal también es parte en los demás asuntos donde deba ejercer funciones según las leyes, y en todos los negocios concernientes al orden público. Esta última cláusula, sobre todo, permite involucrar dentro de la gestión fiscal la defensa de la sociedad y del Estado, el afianzamiento de la justicia, la protección de la comunidad, el cumplimiento de las leyes, la salvaguardia de las instituciones fundamentales de la Nación, etcétera..²⁴

Por otra parte, Bianchi, en la nota al Dictamen N° 165 de la Procuración del Tesoro de la Nación de fecha 23.12.1994, titulado “*El Ministerio Público: ¿un nuevo poder?*” publicado en el “Derecho” con fecha 21.04.1995 efectúa un análisis de la cuestión en forma muy detallada y minuciosa.

El autor sostenía en forma previa a la reforma constitucional de 1994, que el Ministerio Público era un órgano integrante del Poder Judicial, con fundamento en las competencias estrictamente judiciales de dicho órgano, y por cuanto el Procurador General de la Nación integraba la Corte Suprema.

Luego, en 1990 la cuestión habría tomado a su parecer un rumbo diferente, ya que el Procurador General de la Nación no integraba la Corte Suprema de Justicia sino que actuaba ante ella. También se habría modificado la forma de designación del Procurador General de la Nación, lo cual provocó que perdiera la estabilidad en el cargo.

Pero el régimen anteriormente aludido fue sustancialmente modificado por la reforma constitucional de 1994, cuando la Convención Constituyente habilitó el debate sobre la ubicación institucional del Ministerio Público como órgano extra-poder, en el sentido de independizarlo tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial, es decir un organismo fuera del trípode nacional.

Señala el citado autor que por ocupar el art. 120 una sección específica, puede dar pie “*a suponer que los constituyentes de 1994 han querido erigir un nuevo órgano de gobierno diferente y separado de los tres clásicos y no meramente un órgano extra-poder*”.

Considera que la teoría de los órganos extra-poderes merece una revisión a la luz de la teoría del órgano que le sirve de antecedente, esbozada por autores como Marienhoff, Diez, Cassagne, y Gordillo²⁵.

²⁴ SAGUES, Nestor P., “La intervención fiscal en el amparo”, LA LEY 1976-D, 690, Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 1025.

²⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1950, p. 527; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ta. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 516; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Tomo I, 2da. Ed. Plus Ultra,

Así sostiene que la Constitución Nacional ha establecido tres ramas o departamentos de Gobierno según las funciones esenciales que el Estado desarrolló. Dentro de cada una de esas ramas existe un órgano que es el destinatario esencial de esa función, pero ello no obsta a que otros órganos que también se hallan en la órbita del mismo poder, formen junto con él una de las ramas o departamentos de gobierno, y colaboren en el ejercicio de las competencias. Tales serían a criterio de Bianchi los órganos extra-poderes. Desde esta perspectiva la existencia de un órgano extra-poder no significa que haya un desprendimiento absoluto de la rama del gobierno al cual pertenece. Por lo cual, Bianchi discrepa con los autores que conciben a los órganos extra-poderes como separados o independientes de cualquier poder. Es decir que el Estado puede tener sus órganos extra-poderes, que no integran pero le pertenecen, están dentro de su órbita y forman parte de la rama o departamento cuya cabeza serán los poderes Ejecutivo, Legislativo, o Judicial. No sería posible concebir órganos extra-poderes que no dependan o estén bajo la órbita de alguno de los poderes.

Bianchi concluye que: “*el Ministerio Público es más un nuevo poder del Estado que un simple órgano extrapoder*”, si bien esta no habría sido la intención de los legisladores que procuraron otorgarle jerarquía constitucional, pero en modo alguno a jerarquizarlo tanto.

En conclusión, el Ministerio Público es un órgano extra-poder, es decir independiente de cualquier poder del Estado. Sin perjuicio de ello, y por las características propias de los órganos extra-poderes, se encuentra relacionado o dentro de la órbita del Poder Judicial en su calidad de órgano extra-poder. Ello, con fundamento en que la Constitución Nacional le ha conferido una sección específica y en el mismo rango que a los tres poderes del Estado, y debe desempeñar sus funciones en forma coordinadas con las autoridades de la República, es decir con los Poderes Ejecutivo, Legislativo, y Judicial.

Por último, se citan algunos precedentes de importancia con relación a la problemática en análisis:

De la reseña normativa expuesta se desprende que dicha Convención (constituyente) ha definido, efectivamente, al Ministerio Público como órgano extrapoder de naturaleza bicéfala -integrado en su máximo nivel por el procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación- al considerarla independiente de los poderes del Estado²⁶

En atención a lo expuesto hasta aquí, soy de la opinión que la voluntad del constituyente no puede interpretarse sino en el sentido de independizar al Ministerio Público tanto del poder ejecutivo como del Poder Judicial. Más aún, como lo sostiene Bidart Campos (...), la Constitución posee al menos un contenido mínimo de fuerza normativa y aplicabilidad directa, aunque falta la intermediación de la ley reglamentaria. Correspondería, pues, avanzar en esa línea para poner en práctica la intencionalidad constituyente. En virtud de esta exégesis del nuevo precepto constitucional debería reconocerse que -por

Buenos Aires, p. 68; CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Tomo I, 3ra. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 160; GORDILLO, Agustín A, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2da. ed, Macchi, Buenos Aires, 1994, p. IX-1.

²⁶ Dictamen del procurador del Tesoro de la Nación en el expte. P.T. 2973/94, del 24/8/1994, “El Derecho” del 28/9/1994.

*mandato constitucional- los funcionarios y empleados del Ministerio Público habrían dejado de pertenecer al Poder Judicial*²⁷

*Se ha señalado que debe tener inmunidad funcional a imagen y semejanza de la que se la ha otorgado al Defensor del Pueblo. Además debe asignársele, como ocurre con los jueces, la intangibilidad de la remuneraciones (...) Ahora bien, según lo dispuesto por el art. 86 de la CN, dicho funcionario -el defensor del Pueblo- goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores (...) Ello así porque -en definitiva- son los habitantes de la Republica quienes tienen derecho a un Ministerio Público independiente. Adviértase que a esta institución se le ha asignado: a) la potestad y el deber de ejercer, discrecionalmente, la acción penal, como exigencia dogmática ineludible, según el principio constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa, toda vez que la separación de la función de acusar y juzgar asegura la máxima objetividad e imparcialidad del órgano (...) Difícil tarea de realizar esta de los fiscales si, permanentemente, se hallaren bajo la amenaza - durante el ejercicio de sus funciones- de ser querellados por injurias, o demandados para daños y perjuicios, por formular imputaciones a quienes pueden resultar sospechosos en la averiguación de los delitos o por sostener determinada opinión en relación con el curso de la investigación emprendida. El temor a ser perseguidos, penal o civilmente, por actos cumplidos en el desempeño de su cargo repercutiría en forma negativa y desvirtuaría la esencia misma de esta pieza vital para la construcción del Estado de Derecho.*²⁸

*Conforme ya lo sostuviera nuestro más alto tribunal, cuando el Ministerio Fiscal es llamado a intervenir en una causa... el representante del Ministerio Público goza para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa, que es ínsita de la magistratura que aquél ejercita y que configura una condición insoslayable que es reconocida a dicho ministerio como presupuesto esencial para el adecuado cumplimiento de su misión de preservar el orden público y procurar la defensa del orden jurídico en su integridad (C.S.J.N., “E.D”., 151- 221).*²⁹

Que a su vez, por acordada C.S: 40/95, se aprobó un nuevo escalafón de magistrados y funcionarios del Poder Judicial (...) en la que excluyen los cargos del Ministerio Público, atento (...) a lo dispuesto por el art.120 de la constitución nacional, modificando y ordenando los alcances del Anexo 1 del escalafón para la Justicia Nacional. En razón, precisamente, de invocarse la norma constitucional que estableció la independencia del Ministerio Público, con autonomía funcional y autarquía financiera, subordinándose su vigencia a la ley reglamentaria

²⁷ Dictamen del procurador del Tesoro de la Nación en el expte. 96.781/94, del 23/12/1994, “El Derecho” del 21/4/1995, con nota de BIANCHI, Alberto, “El Ministerio Público: ¿Un nuevo poder?”.

²⁸ Dictamen del Fiscal de 1º instancia, al que adhiere la sentencia de 1º instancia y la de Cámara, in re “Welter, Lidia R., c. Estado Nacional – Ministerio de Justicia- Procuración General de la Nación s. Responsabilidad extracontractual del Estado”, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, “El Derecho” del 5/11/1997.

²⁹ Dictamen del Fiscal de Cámara, que el fallo hizo suyo, in re “M.E.E. c. V.J.D., s Nulidad de matrimonio”, Cámara Nacional en lo Civil, Sala J, “El Derecho” del 26 de diciembre de 1997, con nota de Eugenio Luis Palazzo.

de este (...) en el ejercicio de jurisdicciones independientes, no deben excluirse sino que, por el contrario, habrá que afianzarse la necesidad de colaboración y cooperación para armonizar las condiciones de funcionamiento y eficacia, por las necesarias implicancias de acciones recíprocas, en relación con equiparaciones y reconocimientos escalafonarios, salariales, gremiales y situaciones provisionales preexistentes, que deben ser atendidas en común, sin perjuicio de que la autoridad en cada jurisdicción actúe ejecutando la competencias propias, con absoluta independencia.³⁰

VIII. Rol del Ministerio Público en el proceso: parte procesal.

El Ministerio Público, conforme señala Herrero³¹, se emplaza en el proceso judicial como una parte más y como titular excluyente de una pretensión, distinta a la del actor y el demandado, cuyo fundamento o título es la defensa de la legalidad y el interés general de la sociedad.

Guasp Delgado³² destaca que ciertos sujetos procesales tampoco acreditan titularidad alguna sobre la relación jurídica material o del bien litigioso objeto del juicio, pero, sin embargo, son quienes formulan la pretensión procesal, como sucede en los procesos de incapacitación, en el proceso penal o con el Ministerio Público Fiscal, especialmente cuando reclama o se opone a una pretensión, no cuando asesora o dictamina.

A mayor abundamiento, el Ministerio Público es parte procesal, por cuanto Herrero³³ define a la parte procesal con criterio dualista como toda persona que invocando un derecho o un interés propio, o un título legal o convencional cuando carece de aquellos, afirma o niega en la demanda o en la contestación de demanda (plano jurídico del proceso), la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social que puede o no existir. Continúa Herrero señalando que en todos los casos -y a diferencia de lo que afirma gran parte de la doctrina- la parte procesal piden en nombre propio, en virtud del título legítimo que ostenta, el dictado de una sentencia favorable a la pretensión simple, compleja o colectiva que esgrime en la demanda.

Asimismo, Herrero³⁴ sostiene que la doctrina moderna -en procura de escapar de la dificultad que encierra hablar de legitimados sin legitimación, o de titulares sin pretensión ni derecho- que considera a los funcionarios que los encarnan como “parte imparcial”, es decir, una figura ambigua entre la parte y el Juez, pues el sujeto procesal en cuestión obraría en el proceso como aquella, pero estaría hecha como este.³⁵

³⁰ CSJN, Acordada 2/97, “La Ley”, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 27/6/1997, ps. 14 y sgtes., con nota de Walter F. CARNOTA.

³¹ HERRERO, Luis R, “El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 –Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad -Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.”, Revista del Ministerio Público Fiscal, n° 5, p. 156

³² GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p.93.

³³ HERRERO, Luis R, “Parte procesal: reformulación del concepto a la luz del realismo jurídico”, Revista “Aequitas”, Facultad de Ciencias Jurídicas – USAL, Número Especial 50 aniversario, Año I, N° I, 2007 ps. 233 y sgtes.

³⁴ HERRERO, Luis R, Fundamentación de la asignatura “Sujetos Procesales en el Proceso Civil” en el programa de la misma, Especialización en Derecho Procesal, USAL, 2011.

³⁵Por ejemplo Francisco CARNELUTTI, cuando señala lo siguiente: “*La función del Ministerio Público se puede, por tanto, condensar en una fórmula que se presta al equívoco, pero que, pesar de ello, sirve para grabar la dificultad del oficio: el Ministerio Público es una parte imparcial. El contraste se presenta, pues, entre la función y la estructura del órgano: el Ministerio Público ofrece el aspecto de un ser ambiguo entre la parte y el juez: obra como aquella, pero está hecho como este. Por ello, mientras aquí tratamos del mismo en cuanto a la función, de la estructura hablaremos en el capítulo siguiente, al*

También Herrero³⁶ señala que la ley 24.946 reafirma la interpretación en cuanto a la calidad de parte que reviste el Ministerio Público en el proceso judicial. Por ejemplo, el art. 41 cuando le impone el “deber” de hacerse “parte” toda vez que el interés público lo requiera, y en tal calidad ejercer la representación de los más diversos intereses comunitarios que le ley enumera con detalle. Y si es “parte”, no puede “controlar” ni “fiscalizar” al órgano jurisdiccional, o velar por la recta administración de justicia - como suele predicarse- menos aún si el Ministerio Público está sometido -como cualquiera de las partes del proceso- a la potestad sancionatoria de los jueces (Ley 24.946, art. 17).

En conclusión, el Ministerio Público –a la luz de su nueva inserción constitucional- inviste la calidad de “parte procesal” por cuanto, tal como sostiene Herrero, para la moderna teoría dualista el concepto de parte es autónomo de la relación jurídica material, y exhibe esta cualidad procesal cualquier sujeto que ingresa al proceso invocando un derecho, un interés legítimo o un título jurídico otorgado por la ley o una convención. Dichos sujetos –o partes procesales- devienen titulares de un variado conjunto de títulos, facultades, derechos y cargas procesales.

IX. Fundamento o título de su pretensión. Alcance del concepto de legalidad y de intereses generales de la sociedad.

El art. 120 de la Constitución Nacional confiere al Ministerio Público la función de

promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad.

La palabra promover utilizada por el art. 120 de la Constitución Nacional, significa: "Iniciar, o adelantar una cosa, procurando su logro;...tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo"; en términos jurídicos el Ministerio Público Fiscal debe "requerir" la actuación de la justicia en un caso concreto. Este requerimiento persigue fines concretos, la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

*ocupamos del oficio judicial. Añadiré solo, que por ello el oficio judicial (infra, núm. 201) divide, en su acepción más amplia, en oficio juzgador y oficio requirente, es decir, Ministerio Público. Sin embargo, esta denominación refleja más bien el oficio desde el punto de vista funcional que por el lado de la estructura, en el que recibe el nombre de procuraduría del rey. Existe una procuraduría del rey en cada “tribunale” y una procuraduría general del rey en cada corte de apelación y en la de casación”. “Si el lector medita acerca de cuanto hemos dicho en este capítulo, se preparará para comprender fácilmente este otro lado de la estructura del proceso civil. Partiendo del principio de que en el proceso civil actúa el sujeto del interés en litigio y, por tanto, de que, por lo general, interés y acción coinciden, le mostramos ya cómo y por qué razones esa convergencia se puede poco a poco cambiar en divergencia cada vez más acusada: desde el representante y el asistente legal al representante voluntario, al sustituto y al interventor, existe toda una gama de casos en que interviene en el proceso una persona distinta del sujeto del interés en litigio. Esos casos presentan cada vez una mayor independencia de aquélla respecto de este. Del sustituto procesal y del interventor adhesivo al Ministerio Público hay, sin duda, un salto; pero el salto aparece menor que cuando se contraponen este último y el propio interesado. Dicho se está que así como el respecto de un interés privado autoriza que en el proceso actúe una persona ajena a este último, con más motivo aún se comprende que ello pueda suceder respecto de uno de los intereses públicos determinantes de la institución del Ministerio Público.” “El Ministerio por tanto, puede intervenir en cualquier proceso; sea cual fuere el litigio, está siempre legitimado como interventor. Pocas disposiciones del proceso civil sirven en la medida de esta para revelar su finalidad esencialmente pública (supra, núm. 76); si el proceso civil obrase en interés de las partes, esta facultad de intervención no tendría explicación.”. CARNELUTTI, Francesco; *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, trad. Alcalá-Zamora y Sentís Melendo, Tomo II, Buenos Aires, 1944, p. 52.*

³⁶ HERRERO, Luis R, “El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 –Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad - Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.”, cit.

El hecho de que el Ministerio Público promueva la actuación de la justicia, lo distingue nítidamente del órgano juzgador. La actividad requirente es la característica de esa institución, sea en aquellos supuestos en que ejercite el derecho de acción o resistencia, como cuando se limita a emitir opinión sobre aspectos del litigio que interesan al orden público.

Esa actividad promotora o requirente debe orientarse a la defensa de la legalidad y a la tutela del interés general de la sociedad, los cuales conforman el fundamento o título de la pretensión procesal del Ministerio Público.

Tradicionalmente ha estado asignada al Ministerio Público la función de representar al fisco en las causas patrimoniales pertenecientes a la hacienda pública (leyes 1893 y 17.516), lo que ha llevado a decir a la doctrina más autorizada -Ayarragaray³⁷, por ejemplo- que

nuestro ministerio público no participa de las características esenciales de las escuelas europea y anglo-americana; sus rasgos propios se han ido acentuando en la historia jurídica y política, por la fuerza misma de las circunstancias y singularidades de nuestro medio, hasta constituir un tipo peculiar argentino. Ejerce funciones de dos categorías: la de representación patrimonial del fisco y la representación de la ley, en nombre del interés social Esta acumulación de atributos le aproxima al ministerio público europeo. Por tal índole se diferencia sustancialmente del sistema anglo-americano, o sea por su intervención en favor de los particulares en materia civil, ejercitada con idéntica intensidad que la acción pública en materia penal, al acusar y perseguir.

Ha quedado fuera de toda duda que el art. 120 de la Constitución Nacional y la ley reglamentaria 24.946 ha excluido de las funciones del Ministerio Público la de representación del Fisco, que no encuentra cabida en el primer párrafo de aquél. Con razón ha destacado uno de los juristas que intervino activamente en el debate parlamentario, Humberto Quiroga Lavié, que la nueva norma está informada por la idea de que las funciones “de ejecutar los créditos que tiene el Fisco, así como atender la defensa de los demás asuntos patrimoniales que tenga el Estado (...), nada tienen que ver con el Ministerio Público”.

El Ministerio Público no representa al Estado o al Fisco, como algunos autores sostenían con insistencia antes de la Reforma de 1994. Este error ha sido enmendado por el art. 120 de la Constitución Nacional y especialmente su ley reglamentaria 24.946, la cual excluye en forma categórica a los fiscales de tal función ante la justicia. Ahora se puede decir sin temor a equívocos que el fiscal no representa al Estado, sino a la sociedad o a la comunidad en su conjunto, cuyos intereses generales no siempre coinciden con los intereses de los Gobiernos y/o poderes del Estado.

Es por eso, también, que no se lo puede subordinar al Poder Ejecutivo, como algunas leyes lo enmarcaban, como si fuera un funcionario dependiente del Ministro de Justicia. Para la defensa judicial de los intereses del Estado nacional existe otro organismo: el Cuerpo de Abogados del Estado, integrado por los servicios jurídicos de las distintas reparticiones, ministerios, secretarías, etc., cuyo jefe es el Procurador General del Tesoro.

El art. 27 de la ley de la ley 24.946 da por concluida la añeja discusión doctrinaria en torno a la posibilidad de que los fiscales representen al Estado nacional en juicio, al rechazar de plano esta posibilidad. También esta norma reglamentaria prohíbe al

³⁷ AYARRAGABAY, Carlos A., *El Ministerio Público*, Ed. J. Lajouane & Cia, Librería Nacional, Buenos Aires, 1928, p.299.

Ministerio Público ejercer funciones jurisdiccionales, pues su cometido específico se limita de hogaño a defender en el proceso los intereses generales de la sociedad, no los del Estado o del Fisco, lo cual es totalmente coherente con la prohibición aneja de asesorar en forma permanente al Poder Ejecutivo, e incluso con la facultad restringida que le otorga a este de dirigirse al Procurador o al Defensor General de la Nación -a través del Ministerio de Justicia- según el caso, a fin de proponerles la emisión de instrucciones generales -no particulares- tendientes a coordinar esfuerzos para hacer más efectiva la defensa de la causa pública -no de las causas privadas- la cual jamás podría entrar en colisión con los intereses generales de la sociedad, por cuya inmunidad e integridad debe velar en el proceso. Es evidente, por lo mismo, que para el constituyente de 1994 el Ministerio público no depende, ni representa, ni defiende al Poder Ejecutivo en el proceso, ni tampoco integra el Poder Judicial de la Nación. A la luz de la última reforma constitucional, entonces, es de toda evidencia que este órgano extrapoder reviste la calidad de sujeto o parte procesal en todos los procesos judiciales no penales, en representación –como quedó dicho- de intereses de enorme trascendencia institucional y social.

El art. 66 de la ley 24.946 prevé un régimen especial para la representación judicial del Estado Nacional, anticipada en su art. 27. De dicho régimen se excluye -en forma total y permanente- a los miembros del Ministerio Público, adjudicándose tal representación judicial ante organismos jurisdiccionales y administrativos a los miembros del Cuerpo de Abogados del Estado, integrado por los servicios jurídicos de las diversas reparticiones y agencias estatales, cuyo jefe es, como anticipamos *ut supra*, el Procurador General del Tesoro. Ni siquiera se adjudica la representación judicial del Estado, en situaciones excepcionales (p. ej. en el interior de la República, adonde el cuerpo de Abogados del Estado no tenga un miembro permanente), al Ministerio Público, como sucedía con el régimen anterior. En tales supuestos de excepción, se deberán contratar abogados particulares, que tendrán una representación *ad hoc* del Estado, bajo la supervisión del Procurador del Tesoro de la Nación.

A su vez, el art. 68 de la ley establece la inmediata desvinculación de los integrantes del Ministerio Público, en todos los juicios en trámite en los que se encuentren representando al Estado, a cuyo efecto el Procurador del Tesoro de la Nación deberá tomar las providencias pertinentes dentro de los 365 días de vigencia de la ley, sin perjuicio, obviamente, de continuar en tal representación hasta tanto sean reemplazados efectivamente.

Ambas disposiciones legales nos parecen claras y coherentes con el nuevo régimen implementado, como lo adelantamos al comentar el art. 27, pues ahora el Ministerio Público representa a la sociedad y no al Estado ni al fisco. Por ello, se excluye de la función propia de este órgano extrapoder la representación judicial de este último.

Tal como señala Herrero³⁸ el Ministerio Público

antes de la Reforma Constitucional de 1994 representaba una “vexata quaestio” para el intérprete -al decir de Vanossi- la exacta demarcación entre el interés “social” y el mero interés “fiscal” del Estado, pero hoy el legislador ha establecido un “divortium aquarum” que nadie puede soslayar, al prohibir en forma expresa al Ministerio Público Fiscal representar al Estado y/o al Fisco en el juicio, asesorar al Poder Ejecutivo, y ejercitar funciones jurisdiccionales.

³⁸ HERRERO, Luis R, “El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 –Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad -Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.”, cit.

Creemos importante destacar en este lugar que desde antiguo las constituciones provinciales regularon la función de asistencia y representación del Estado en juicio y establecieron el órgano encargado de su ejercicio. Por ejemplo, la Provincia de Mendoza que instituyó a la Fiscalía de Estado como órgano independiente, y a la Asesoría de Gobierno para desempeñar este cometido (Mendoza, 1916).

La fórmula utilizada por el art. 120 de la Constitución Nacional, señala Ekmekdjian³⁹, comienza por expresar con claridad la tarea básica y tipificante del Ministerio Público: “*promover la actuación de la justicia*”, expresión adecuada para denotar la idea de sujeto “*agente*” que informa la actividad de dicho órgano y que lo distingue nítidamente del órgano “*juzgador*”. Por encima de las discrepancias acerca de la naturaleza del Ministerio Público, hay acuerdo doctrinal en que la actividad “*requirente*” es la característica de esa institución, sea en aquellos supuestos en que ejercite el derecho de acción o de resistencia (exclusiva o concurrentemente con otros sujetos) como cuando se limita a emitir una opinión sobre aspectos del litigio que interesan al orden público. De allí que el control de los actos del Estado que ejerce el Ministerio Público en cumplimiento de una de sus funciones específicas, puede ser calificado de mediato o indirecto, puesto que tiene lugar con el indispensable concurso de la justicia. Los actos que produce este órgano extrapoder ante la justicia no penal carecen de fuerza decisoria, pues solo se limitan a brindar fundamento jurídico a la requisitoria de intervención judicial. Desde este costado, pues, se puede afirmar que el Ministerio Público posibilita el control de la actividad estatal a través del Poder Judicial.

Como lo señalamos recién, la actividad promotora o requirente debe orientarse a la “*defensa de la legalidad*” y a la tutela (judicial) de los “*intereses generales de la sociedad*”.

Señala Ortiz Pellegrini⁴⁰ que “*En defensa de la legalidad*” significa que el Ministerio Público debe velar por el cumplimiento de la ley, no solo de parte de las personas, sino también por los propios poderes y órganos del Estado, en especial debe velar por la legalidad constitucional, ello debe entenderse como el control del cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales; es un abogado de la constitución, un custodio de la legalidad constitucional. Es la conocida defensa del orden público. Por cierto que este control de la legalidad se refiere a todo el sistema jurídico, y que resulta más conocido y desarrollado en materia penal, donde el principio de legalidad significa su automática e inevitable reacción del Estado representado por el Ministerio Público Fiscal frente a la posible comisión de un delito, que concretada mediante una promoción de acción penal llega -esa hipótesis delictiva- ante los jueces, requiriendo su investigación, juzgamiento y el castigo del ilícito que resultara haberse cometido. En materia penal, todo posible delito debe ser siempre investigado, juzgado y penado. Su función central es el control desde afuera de los tres poderes clásicos, tiene una función institucional, resguardo de las instituciones, a la que se suma el control específico en cada proceso.

Asimismo, señala el citado autor que teniendo en consideración que la sociedad es la convivencia humana en grupo en un espacio físico, que luego se organizan, y es allí donde aparece el Estado y la política, destaca que no todo lo social es político, pero sí, todo lo político es social; la sociedad es la infraestructura del Estado, y como tal existen actividades que no son propiamente políticas, como la actividad religiosa, la actividad empresarial, el poder de la prensa, el poder cultural.

El nuevo cometido constitucional de “*defender los intereses generales de la sociedad*” en el proceso judicial, ha mutado el concepto y la función tradicional del

³⁹ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, ob. cit.

⁴⁰ ORTIZ PELLEGRINI, Miguel A., “El Ministerio Público Fiscal en la Constitución Nacional”, DJ 1997-2, 1067.

Ministerio Público. Por esta razón, no sería desatinado afirmar que es un genuino representante del pueblo, aunque no sea elegido en forma directa, pues todos sus integrantes gozan de inmunidades funcionales similares a los legisladores. Empero, la defensa que ejerce en el proceso no se circunscribe solo a la legalidad o a los intereses generales de la sociedad, sino también a los derechos de incidencia colectiva previstos en el art. 43 de la Constitución Nacional, y a una pléyade de derechos y bienes sociales, históricos, paisajísticos, etc., que le ley 24.946 enumera en su extenso articulado.

Recuerda Ortiz Pellegrini⁴¹ que:

en la Convención Constituyente se mencionó entre las funciones más importantes del Ministerio Público Fiscal, a “tutelar la ética pública”, “atacar las manifestaciones delictivas que ponen en entredicho la credibilidad del sistema democrático”, los delitos como el lavado de dinero, tráfico de drogas, “procesos de licitación cuestionables”, o la corrupción, la impunidad, cuidar la ética y la moral y restablecer los valores que constituyen nuestra nacionalidad, o que promoverá las causas penales por enriquecimiento ilícito de los funcionarios, “...solo los fiscales independientes pueden hacer valer la equiparación inmediateamente operativa que realiza el art. 36 de la Constitución Nacional entre la corrupción y la traición a la patria. En definitiva debe privilegiar la defensa de la Constitución, y los intereses generales de la sociedad, tengan o no norma jurídica que los tipifique. Son los abogados de la sociedad.

En tal sentido señala Herrero⁴² que

el Ministerio Público no ejerce ninguna facultad de control sobre los jueces, ni sobre el procedimiento. Por ello no compartimos la afirmación de Bidart Campos de que este órgano tiene la función de “controlar a los otros órganos del poder” como también la de “ejercer el control de constitucionalidad de leyes, normas infralegales, actos u omisiones del poder y de los particulares”; ya que esta tarea incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional, y por ende, está absolutamente vedada al Ministerio Público (v. CN art. 116, Ley 24.946, art. 27)...Resulta innecesario destacar la implicancia que podría llegar a tener sobre nuestra forma de gobierno aceptar que los jueces están sujetos a un control extraño al que establece la Constitución Nacional.

El Ministerio Público es el encargado de ejercer el derecho de acción en aquellos casos en que, por estar en cuestión un interés público o social, es previsible que los intereses particulares que convergen en aquél no se sientan estimulados a actuar en su defensa, por lo que el ordenamiento jurídico provee a ello instituyendo un órgano estatal al que se le impone el deber (poder-deber) de proceder en esa dirección. En tal sentido, el Ministerio Público en su condición de parte procesal y que actúa en defensa de interés sociales generales, se encuentra sometido a la potestad sancionatoria de los jueces, si incurrieren –como cualquier parte- en conductas maliciosas o temerarias que la ley procesal reprocha y castiga (Ley 24.946, art. 17).

⁴¹ ORTIZ PELLEGRINI, Miguel A., “El Ministerio Público Fiscal en la Constitución Nacional”, cit.

⁴² HERRERO, Luis R., “El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 –Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad - Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.”, cit.

Ahora bien, Herrero⁴³ se pregunta acertadamente que *¿debe entenderse como expresión del concepto de “legalidad”, a la ley en sentido formal; o a un decreto del Poder Ejecutivo?* A lo cual el citado autor contesta lo siguiente:

La respuesta negativa cae de madura, pues si ello fuera así, habría que admitir que el Ministerio Público debería “defender” al Congreso o al Poder Ejecutivo cuando alguna de sus normas fueran impugnadas en el proceso, lo cual importaría incumplir la expresa prohibición del art 27 de la ley 24.946.

Creemos, por el contrario, que lo correcto es interpretar que este órgano debe velar por la defensa del “derecho” puesto que las leyes, decretos, sentencias, facultades jurídicas, etc., se denominan derecho en la medida de la vinculación o relación que guardan con la realidad en la que el derecho propiamente consiste. Y el derecho en su acepción clásica (el dikaiom de los griegos y el ius de los romanos), no es la norma, como lo entiende el “normativismo”, sino lo justo concreto, es decir, y como se señaló recién, 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 del grupo social. Por esta razón destaca Villey con acierto: “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 esencia.

La defensa del “derecho” en el proceso, por consiguiente, le impone al Ministerio Público el deber de pasar por la criba de lo justo concreto - que su versación jurídica le debe proporcionar- a las “leyes”, resoluciones judiciales, doctrina, jurisprudencia aplicables, etc., y básicamente las conductas de los sujetos del proceso potencialmente disvaliosas 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, etc., u 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 como lo quiere la Constitución -prosigue este autor- el Ministerio público debe velar por la pureza como método de debate dialéctico, que es lo mismo que decir que debe velar por el efectivo cumplimiento de la garantía del debido proceso, como lo encarece en tres oportunidades la ley 24 .946. Y velar por el debido proceso, implica impugnar toda norma, acto o conducta procesal que lesione la imparcialidad del juez, quebrante la igualdad de las partes, o les niegue a estas 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), es decir, ejercer en plenitud su derecho de defensa...

En cuanto a las funciones del Ministerio Público, las mismas están enumeradas en el art. 25 de la ley reglamentaria. Son, entre otras, las de promover las actuaciones

⁴³ HERRERO, Luis R, “El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 - Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad - Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.”, cit.

judiciales en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; representar y defender el interés público en todas las causas en que se requiera conforme a la ley; promover y ejercer la acción pública en las causas penales, salvo cuando fuere necesario la previa instancia o requerimiento de parte; promover acciones civiles en los casos previstos por la ley; intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas; intervenir en los procesos en que se alegue privación de justicia; velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes; velar por el efectivo cumplimiento de la garantía del debido proceso legal; promover o intervenir en los casos atinentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, o cuando fuera necesario para suplir la inacción de sus asistentes, representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo, o cuando fuere necesario controlar la gestión de estos últimos; defender la jurisdicción y competencia de los tribunales; asumir la defensa de las personas en las causas penales cuando sea requerida y en otros fueros cuando los defendidos carezcan de recursos o estén ausentes; velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, promoviendo las acciones judiciales pertinentes cuando se verifique la violación de ellos; intervenir en los procesos judiciales donde se solicite la ciudadanía argentina.

La Constitución Nacional y la ley reglamentaria han individualizado ese interés público o social, cuya tutela se le ha encomendado al Ministerio Público, y comprende los siguientes tópicos: observancia de normas de orden público; representación de menores e incapaces; representación de ausentes y carentes de recursos económicos; acción judicial pública en materia penal y civil; declaración de insania; etc.; pureza del debido proceso; protección de bienes inmateriales vinculados al arte; a la naturaleza; a la historia; a los derechos humanos; etc.

También la Ley Suprema ha prescripto con señalado énfasis que el Ministerio Público es un órgano independiente de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, y Judicial, pero esa cualidad comprende dos aspectos fundamentales: “*la autonomía funcional*” y “*la autarquía financiera*”.

La primera, se resuelve en la potestad de desempeñar la función requirente por sí, sin sujeción a instrucciones o sugerencias de otros órganos del Estado. En su exacto alcance esta cualidad, reconocida por la Constitución al Ministerio Público, encierra el poder, discrecional y exclusivo, de ejercer la función en la dirección y condiciones que establezca el propio órgano de control, sin intervención de ningún otro, con la única exigencia de adecuar su actividad a la ley. En la defensa de la ley y la tutela de los intereses sociales, es el titular del órgano, frente a cada caso concreto, el que debe establecer, sobre la base de la interpretación de las normas legales y constitucionales que libremente realice y de la valoración racional de los hechos y de las pruebas, la oportunidad y modos de actuación, sin que ninguna autoridad pueda sugerirle la conveniencia de actuar en modo distinto del que le dicta su conciencia. Claro está que la independencia no significa ausencia de vínculos legales; al contrario, la autonomía funcional solo puede traducir una sujeción estricta a la Constitución y a la ley y solo a ellas, con exclusión de injerencias de cualquier otro interés de índole política, religiosa, personal u sectorial.

El constituyente ha creído necesario complementar la autonomía funcional con la autarquía financiera para redondear la garantía de la independencia del Ministerio Público. No hay dudas que la libertad de criterio para el ejercicio de la función requirente queda notablemente restringida por la falta de medios económicos o infraestructura material para ejecutar las decisiones adoptadas en ejercicio de esa

libertad. Para evitar esa vía indirecta de dependencia, la nueva norma constitucional le ha conferido al Ministerio Público la potestad de calcular sus gastos y administrar sus recursos; de ahora en más, el Presupuesto General de la Nación deberá contener una partida especial para el Ministerio Público, cuyos fondos serán administrados por el titular del organismo. Por otra parte, la autarquía financiera se encuentra relacionada en lo que respecta al control externo de la Auditoría General de la Nación, y obligado a cumplir -como cualquier órgano autárquico- las leyes de administración financiera del Estado en la ejecución del Presupuesto.

Entonces, para preservar su independencia frente al Poder Ejecutivo la ley reglamentaria dispone que el Ministerio Público no puede asumir la representación del Estado en juicio ni brindar asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo, ni ejercer funciones jurisdiccionales, tal como ya fue analizado. Ahora bien, ello no obsta para que el Poder Ejecutivo le proponga al Ministerio Público la emisión de instrucciones generales para coordinar con eficiencia la defensa de la causa pública –no particulares ni privadas- la persecución penal y la protección de los incapaces, inhabilitados, pobres y ausentes.

La ley también regula las relaciones institucionales del Ministerio Público con los órganos ejecutivo y legislativo. Con el Poder Ejecutivo la relación se canaliza a través del Ministerio de Justicia, y con el Poder Legislativo a través de una Comisión Bicameral cuya composición y funciones serán determinadas por ambas Cámaras del Congreso.

Señala Ortiz Pellegrini⁴⁴ que:

En coordinación con las demás autoridades de la República tratándose de un verdadero "cuarto poder", debe coordinar sus actividades con "las demás autoridades de la Nación"; coordinar es "concertar medios, esfuerzos, etc. para una acción común", lo que significa que debe concertar con los demás poderes (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder judicial) "para un accionar común". Se trata en primer lugar de una limitación a las funciones del Ministerio Público Fiscal, pues no puede actuar solitariamente al promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, sino en coordinación con las demás autoridades de la Nación; debe concertar con ellas la búsqueda de un mismo fin, que es el fin del Estado, el bien común de la sociedad, pero donde el Ministerio Público Fiscal tiene una importancia fundamental, pues es el abogado de esa sociedad, es el defensor de esa sociedad ante el Poder judicial, los intereses de ella son los del Ministerio Público Fiscal, no defiende los intereses del Estado ni los de un gobierno en particular, e impulsa la defensa de los intereses generales de la sociedad; no son mandatarios de mayorías ni minorías electorales, sino representantes de la sociedad en su conjunto, ajeno a los cambios y humores circunstanciales de los partidos que legítimamente disputan el gobierno del Estado.

El último párrafo del art. 120 está dedicado a los funcionarios integrantes del órgano y tiene la finalidad de rodearlos de garantías que aseguren, en el terreno personal, la independencia de criterio y la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Así la ley reglamentaria, conforme señala Monti, instituye para los integrantes del Ministerio Público la estabilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta (art.13), lo cual

⁴⁴ ORTIZ PELLEGRINI, Miguel A., "El Ministerio Público Fiscal en la Constitución Nacional", cit.

constituye un axioma esencial, que se articula con un ponderable procedimiento de designación para estos magistrados (arts. 5° y 6°): una mayoría especial de dos tercios para el acuerdo senatorial que requiere el Procurador General y el Defensor General, y la propuesta entera para las restantes designaciones, elaboradas con base en concursos públicos. También es destacable el mecanismo de remoción a través de un tribunal de enjuiciamiento, cuya composición parece garantizar la necesaria prudencia, sin descuido de la celeridad que su trámite exige (arts. 18 a 20). Un resorte igualmente necesario para el desempeño cabal de Fiscales y Defensores son las inmunidades que acuerda el art. 14 y las restricciones a los traslados que prevé el art. 15. A su vez gozan de la intangibilidad de sus remuneraciones al igual que los jueces "*recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida de manera alguna, mientras permaneciese en sus funciones*" (art. 110, Constitución Nacional). En el mismo sentido, cabe destacar las potestades que el art. 26 les confiere, en particular a los Fiscales dentro del proceso criminal, tendientes a conducir la investigación de los delitos. No menos trascendencia institucional corresponde asignar a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas al ámbito del Ministerio Público (arts. 3° y 43 a 50).

Badeni⁴⁵ señala que la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas forma parte del Ministerio Público Fiscal. Es el organismo específicamente facultado para investigar la conducta de los agentes de la administración pública nacional y de las sociedades, empresas o entes en que tenga participación el Estado. A tal fin debe sustanciar los sumarios correspondientes y denunciar ante los jueces los hechos que puedan configurar delitos. En estos casos, la acción penal es ejercida por los fiscales competentes con la intervención del Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas. Cuando los fiscales consideren que no corresponde proseguir con el curso de la acción penal, el Fiscal de Investigaciones Administrativas podrá asumir el ejercicio directo de la acción.

Masnatta⁴⁶ considera que la inmunidad funcional significa que el Ministerio Público, como institución no depende de órgano alguno que ejerza funciones administrativas, judiciales o legislativas. Otros autores lo han asimilado a la inmunidad funcional a la de los jueces.

En síntesis, el Ministerio Público -a partir de la Reforma Constitucional de 1994- no representa ni defiende en el proceso a ninguno de los poderes u organismos del Estado, sino que actúa en defensa de la "*legalidad*" y de los "*intereses generales de la sociedad*". Tampoco fiscaliza a los Jueces.

XI. Conclusión.

El art. 120 introducido en la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, y el posterior dictado de la ley reglamentaria 24.946, fortaleció la independencia del Ministerio Público de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, y Judicial, al emplazarlo como órgano extra-poder, aunque dentro de la órbita del Poder Judicial.

La independencia de este órgano con respecto al Poder Judicial no puede desgajarse en la actualidad del mayor o menor grado de independencia o dependencia que ostente con relación al Poder Ejecutivo; y viceversa.

La importancia del Ministerio Público se hace evidente en cuanto se repara en el control mediato que puede ejercer sobre quienes ostentan el poder político, por ejemplo, persiguiendo penalmente cualquier acto de corrupción administrativa, delito cometido durante el ejercicio de la función pública, etc..⁴⁷

⁴⁵ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, ob.cit.

⁴⁶ MASNATTA, Héctor, "Régimen del Ministerio Público en la nueva Constitución", cit.

⁴⁷ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, Ob.cit.

La eficacia del Ministerio Público en el desempeño de su cometido constitucional, es directamente proporcional al grado de su independencia funcional y también al nivel de calidad institucional existente en el país. Cuando aludimos a la independencia funcional, lo sustantivo es el modo o la forma con que la ejerce frente a los tres poderes del Estado al adoptar sus decisiones sin ser influenciado ni interferido.

Esta independencia no debe impedir que sobre el Ministerio Público se ejerzan los controles republicanos dispuestos por la Constitución Nacional y la ley.

Tampoco lo autoriza a sobrepasar los límites de su actuación como parte procesal, atribuyéndose facultad de control o supervisión sobre el órgano jurisdiccional que la ley no le concede, ni tampoco sobre el proceso judicial, cuyo único director es el juez natural de la causa.

Herrero señala con gran acierto que:

Para que el proceso constituya el sendero hacia lo justo como quiere la Constitución, el Ministerio Público debe velar por la pureza como método de debate dialéctico, que es lo mismo que decir que debe velar por el efectivo cumplimiento de la garantía del debido proceso, como lo encarece en tres oportunidades la ley 24.946. Y velar por el debido proceso, implica impugnar toda norma, acto o conducta procesal que lesione la imparcialidad del Juez, quebrante la igualdad de las partes, o les niegue a estas la oportunidad de participar con utilidad en el proceso, tomar conocimientos de sus actos y etapas, ofrecer y producir pruebas, gozar de audiencia (ser oído), es decir, ejercer en plenitud su derecho de defensa.⁴⁸

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 más 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 jueces –que reviste el Ministerio Público Fiscal en todo proceso judicial.⁴⁹

Monti⁵⁰ concluye que:

Por fin esta magistratura, muchas veces descuidada y apenas conocida en su proyección constitucional, tiene ahora un estatuto legal acorde con la alta misión que le concierne en la custodia del orden jurídico con base en la Constitución, la defensa de la causa pública y la tutela de los intereses generales de la sociedad. Pero viene al caso reiterar aquí que las mejores reglas no bastan. Solo si ellas se van articulando con los comportamientos adecuados de los ocupantes de los cargos y se afianzan a través de una práctica constante arraigada en la comunidad, cabe aguardar buenos resultados. El legislador ha hablado y lo ha

⁴⁸ HERRERO, Luis R, “El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 –Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad -Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.”, cit.

⁴⁹ HERRERO, Luis R, “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?”, Revista “Aequitas”, Facultad de Ciencias Jurídicas - USAL, Volumen 6, Número 6, Año 2012.

⁵⁰ MONTI, José L., “El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo”, cit.

hecho bien, ahora repetiremos con Antígona: “Solo falta justificar esas palabras magníficas.

Por ejemplo, el rol constitucional del Ministerio Público Fiscal en los procesos de la Seguridad Social se ve desdibujado cuando la garantía del debido proceso se quebranta y este no hace nada para restablecerla como lo exige la ley reglamentaria.

Asimismo, es necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal -como lo hemos destacado- en toda acción de amparo tendiente a proteger los derechos comprendidos en el texto constitucional o en los tratados internacionales sobre derechos humanos por encontrarse comprometido el orden público.

En lo que respecta al rol de este órgano en los procesos de Defensa del Consumidor en los cuales se hallan afectados derechos de incidencia colectiva, es expresa la legitimación activa del Ministerio Público Fiscal como representante institucional de los intereses generales de la sociedad, al punto que se le reconoce legitimación procesal subsidiaria en los supuestos de desistimiento o abandono de la acción por parte de las asociaciones de consumidores o usuarios, en representación de aquellos intereses colectivos superiores. Y en los supuestos que el Ministerio Público no intervenga en el proceso como parte procesal, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

El Ministerio Público Fiscal se halla legitimado para actuar como parte en los procesos judiciales ambientales en procura de prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud, al medio ambiente, a bienes o derechos de valor artístico, histórico, y/o paisajístico. Sin duda sería necesaria la creación de Fiscalías Ambientales en atención a que el bien jurídico protegido reviste carácter supra-individual e inter-generacional.

Lo expuesto con respecto a la legitimación del Ministerio Público Fiscal en materia de Derecho Ambiental es de aplicación analógica en los procesos de Hábeas Data Colectivo.

En los Procesos Colectivos la pretensión puede ser deducida por el Ministerio Público Fiscal, por hallarse involucrados derechos de incidencia colectiva.

El Ministerio Público Fiscal en el proceso Contencioso-Administrativo ostenta análoga facultad de invocar y reclamar su legitimación en defensa de los intereses generales de la sociedad. La defensa del Estado Nacional, en estos supuestos, debe ser asumida en por los abogados de la Procuración del Tesoro.

En el sistema penal acusatorio -como es por todos sabido- la titularidad de la acción punitiva y la investigación penal le corresponden al Ministerio Público Fiscal, quien a través de su actuación y en representación de la sociedad impulsa el proceso penal hasta el dictado de la sentencia de condena o absolución de los imputados.

La reforma constitucional de 1994 ha condensado en nuestra Ley Suprema los avances más significativos en materia jurídica e institucional que se han desarrollado en el mundo civilizado durante la última centuria. El Estado Social de derecho ha sentado sus reales en forma definitiva; una nueva visión de lo jurídico se ha instalado en el mundo durante todo este tiempo, en la cual la protección de los derechos sociales y colectivos de tercera y cuarta generación, se fusiona y se confunde con la protección de los derechos de las víctimas, de los desposeídos, de los más débiles, quienes son los que recurren a la justicia en demanda de amparo contra aquellos que prevalidos de su mayor poder -siempre fue así y lo será hasta el fin de los tiempos- han ocasionado el daño que se pretende reparar a través de una decisión jurisdiccional independiente, e imparcial.

El rol constitucional del Ministerio público en esta eterna lucha del hombre por un orden social más justo y equitativo, que no es otro que el fin supremo del Derecho, deviene trascendental e insustituible.

Quizá las siguientes reflexiones del gran filósofo alemán Rudolf Von Ihering⁵¹, con las cuales damos por finalizada esta investigación, representan un buen compendio de este anhelo y de esta lucha –inherente a la condición humana- contra la injusticia:

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuesto a defenderlos.

El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el Derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el Derecho en su impotencia; se complementan recíprocamente; y el Derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza. El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplegando sin cesar para defender su derecho tan penosos esfuerzos como lo que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su derecho, toma parte en este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del Derecho sobre la tierra. (...)

(...) ...esta circunstancia, en virtud de la cual los pueblos no llegan al Derecho sin penosos esfuerzos, sin trabajos innumerables, sin luchas continuas y hasta vertiendo su propia sangre, es precisamente lo que hace nacer entre los pueblos y su Derecho ese lazo interno, que al comienzo de la vida, en el nacimiento, se establece entre la madre y el hijo. Se puede decir de un Derecho ganado sin esfuerzo, lo que se dice de los hijos de la cigüeña: un zorro o un buitre puede perfectamente robarles; pero ¿quién arrancará fácilmente al hijo de entre los brazos de su madre? ¿Quién despojará a un pueblo de sus instituciones y de sus derechos alcanzados a costa de su sangre? Bien puede afirmarse que la energía y el amor con que un pueblo defiende sus leyes y sus derechos, están en relación proporcional con los esfuerzos y trabajos que les haya costado alcanzarlos. No es solamente la costumbre quien da la vida a los lazos que ligan a los pueblos con su Derecho, sino que el sacrificio es quien los hace más duraderos, y cuando Dios quiere la prosperidad de un pueblo, no se la da por caminos fáciles, sino que le hace ir por los caminos más difíciles y penosos.

En ese sentido, no vacilamos en afirmar que la lucha que exige el Derecho para hacerse práctico, no es un castigo, es una bendición.

⁵¹ VON IERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993, ps. 7 y sgtes.